

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POST- GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN NORMATIVA DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL, EN LOS JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, DE OCTUBRE DEL AÑO 2008 A MAYO DEL AÑO 2009.

Tesis presentada para optar el Grado Académico de Magister por el graduando:

EUFRACIO TICONA ZELA

AREQUIPA – PERÚ

2010

***A Dios por todo; a mis padres por su ejemplo y esfuerzo;
a mi esposa por su abnegación y a mis hijos por su
cariño que me llenan de inspiración.***



“No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno en la cual las libertades no estén respetadas en su totalidad; y ninguna es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas”

J. Stuart Mill, Sobre la Libertad



ÍNDICE GENERAL

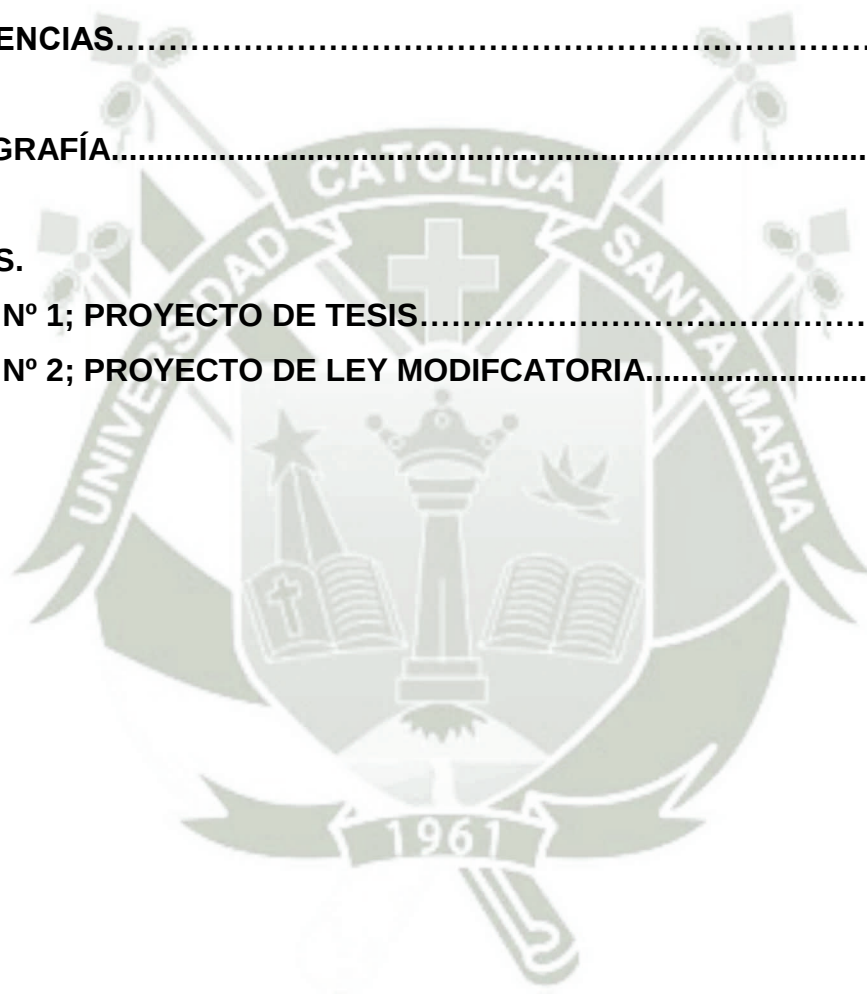
	Pág.
RESUMEN.	6
ABSTRAC.	9
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	
DESARROLLO METODOLÓGICO DE LA VARIABLE	
I. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL.....	15
A. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.....	15
B. LA DETENCIÓN.....	25
C. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN.....	30
II. LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.....	35
A. GENERALIDADES.....	35
B. LOS SUPUESTOS PARA DICTAR MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.....	37
C. LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL, LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.....	45
D. TRÁMITE A SEGUIR PARA EL MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL A EJECUTARSE CUANDO YA EXISTA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y EL PROCESO SE ENCUENTRA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, INTERMEDIA O DE JUZGAMIENTO.....	46
E. EL TRÁMITE PARA RESOLVER EL REQUERIMIENTO	

FISCAL DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL	48
F. LOS DATOS QUE SE DEBE CONSIGNAR EN LA REQUISITORIA DEL IMPUTADO QUE SE ENCUENTRA CON MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.....	49
G. LA VIGENCIA DEL MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR, Y SI EL JUEZ ESTA FACULTADO A RENOVAR LA REQUISITORIA DE OFICIO.	50
H. LAS OPCIONES QUE TIENE EL FISCAL, CUANDO UNA PERSONA ES DETENIDA POR UNA ORDEN DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL O POR FLAGRANCIA, ANTES DE QUE FORMALICE LA INVESTIGACIÓN.....	51
I. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	51
III. PACTOS Y CONVENIOS PROTECTORES DE LA LIBERTAD EN LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.....	73
A. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	74
B. CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José).	76
C. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.	78
IV. EL HABEAS CORPUS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN ANTE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.	78
A. EL HABEAS CORPUS PREVENTIVO.....	81
B. EL HÁBEAS CORPUS REPARADOR.....	83
C. EL HÁBEAS CORPUS TRASLATIVO.....	86
V. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR....	88
A. PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR.....	88
B. INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTOS PARA LA IMPOSICIÓN DE DETENCIÓN PRELIMINAR.....	90
C. ANÁLISIS.....	90

CAPITULO II

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

I. DE LA INFORMACIÓN ESTADÍSTICA.....	92
A. ENCUESTA.....	92
B. RESOLUCION ES DE DETENCION PRELIMINAR.....	107
CONCLUSIONES.....	110
SUGERENCIAS.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	116
ANEXOS.	
ANEXO N° 1; PROYECTO DE TESIS.....	124
ANEXO N° 2; PROYECTO DE LEY MODIFCATORIA.....	150



RESUMEN

Teniendo en consideración que la Constitución reconoce en su artículo 1, “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” y bajo este marco genérico, se desarrolla luego en el ordinal b) inc. 24 del artículo 2, que, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (...), normas que también están reconocidas internacionalmente, como así se establece en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7, inc. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, tal como se desprende de la norma constitucional acotada, los derechos fundamentales como el de la libertad no son absolutos, estos se encuentran constreñidos cuando entran en colisión con otros derechos o intereses jurídicos determinados de igual valor, como es el de la justicia; que se da cuando un ciudadano incurre en una conducta que este catalogada como delito en nuestro Código Penal, que trascienden la esfera individual de la víctima, para convertirse en un conflicto, que deben merecer una sanción penal.

El Estado se erige entonces, como el titular del *ius puniendi* o derecho a castigar, fundamentalmente bajo el principio de legalidad, para ello dentro de un marco de autonomía e independencia el Poder Judicial interviene. Sin embargo para la persecución penal se requiere que el Ministerio Público en su calidad de titular de la acción penal en quien recae la carga de la prueba, debe buscar en la investigación preliminar elementos de prueba y fuentes de prueba que hagan exitosa la viabilidad de la acción penal, siendo necesario en muchos casos hacer uso de medidas coercitivas, las que debe solicitar al Juez como órgano jurisdiccional, como son aquellas que restringen la libertad personal, como es la “Detención Preliminar Judicial”.

Por ser la libertad uno de los derechos más importantes de la persona, solo puede ser restringida por mandato judicial, en el marco del proceso penal;

por ello se establece que el mandato debe ser escrito y motivado, es decir, una resolución judicial con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho que justifique la detención.

En los Pactos y Acuerdos Internacionales en los que el Perú es parte, no solo protege la libertad personal sino también establecen límites y restricciones a quienes cometen determinadas acciones que contravienen la seguridad jurídica de las personas o el país, dichas acciones tienen el carácter de ser antijurídicas, típicas y culpables (elementos constitutivos del delito). Las personas que contravengan el orden jurídico de un estado democrático y que por seguridad jurídica de las personas la emplean, dichos límites y restricciones son traducidas en Medidas Coercitivas Personales, específicamente la Detención Preliminar Judicial, tema central del presente trabajo de investigación.

Es así que tanto la legislación internacional como nacional a normado los casos de detención con la finalidad de no hacer uso y abuso de la privación de libertad de la persona, esta acción es conocida jurídicamente como Detención ilegal la cual se da cuando la autoridad detiene a una persona sin ninguna justificación o por la falta de algunos de los requisitos que se establecen en la ley.

La detención es una medida excepcional y, por ello, está limitada en el tiempo. Este principio significa que la prisión preventiva, solo puede ser dictada por una autoridad judicial, a diferencia de la detención, puede ser realizada por la policía y el Fiscal.

Medidas de coerción podrán ser reales cuando sea el caso, el Fiscal solicitará que el allanamiento comprenda la detención de personas y también la incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso, el Fiscal solicitará al Juez la investigación preparatoria que ordene su incautación o exhibición forzosa. Los bienes sustraídos serán entregados al agraviado. La persona tiene derecho a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; sin embargo, este derecho puede ser restringido con

finde de investigación. Aun bajo nombre supuesto, pueden ser objeto de interceptación, incautación y ulterior apertura.

En cuanto Código Procesal Constitucional, el proceso de hábeas corpus busca proteger el derecho a la libertad personal y demás derechos constitucionales conexos a ella.

El derecho a no ser detenido sino es por mandato escrito y motivado del Juez o en caso de mediar flagrancia delictiva por la policía constituye tal vez el derecho emblemático, por decirlo de alguna manera, susceptible de ser protegido a través del hábeas corpus; es así que, la detención policial o conocida también como detención preliminar procede cuando media situación de flagrancia delictiva.

Este tipo de medida de coerción procesal es parte fundamental de la presente investigación, ya que en ella se centra de acuerdo a la investigación desarrollada el problema que representa la actual regulación normativa de la detención en el delito de lesiones graves culposas.

Según el N.C.P.P., esta detención durará un plazo máximo de veinticuatro horas, a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si continúa la investigación preparatoria y solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.

La detención preventiva o judicial tiene como antecedentes legales, las Leyes N° 27379 y 27934. Estas normas la denominaron “detención preliminar” que a su vez comprende la policial y la judicial. En el N.C.P.P., en el título de la detención se ha comprendido a la detención policial, el arresto ciudadano y a la detención preliminar judicial, la cual puede ser convalidada por siete días.

El N.C.P.P., al desarrollar la norma constitucional autoriza al Juez de la investigación preparatoria a que dicte “mandato de detención preliminar”, siempre y cuando se cumpla con los requisitos indicados en el artículo 261.

La detención preliminar judicial, las diligencias preliminares y la formalización de la investigación preparatoria debe ser a solicitud del Fiscal para que el Juez dicte detención preliminar y únicamente en la etapa de investigación preliminar.



SUMMARY

Considering that the Constitution recognizes in Article 1, "The defense of the person and respect for its dignity are the supreme goal of society and the Government.", and given this global framework, it is then developed the ordinal b) par. 24 of Article 2, in which any way of restriction of personal freedom is not allowed, except in cases provided by law (...), standards that are also recognized internationally, as currently stated in Article 9 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 7, par. 3 of the American Convention of Human Rights.

As it is clear from the above mentioned constitutional law, the fundamental rights, such as freedom, are not absolute; these are constrained when they collide with other specific rights or legal interests of equal value such as justice, which can be seen when a citizen presents a certain behavior that is classified as a crime in our Penal Code, which trespasses the individual sphere of the victim and becomes a conflict that should deserve a penalty.

The state stands then as the owner of *ius puniendi* or right to punish, primarily under the principle of legality, to do this, within a framework of autonomy and independence, the authority called Judiciary intervenes. However, for criminal prosecution the presence of the Public Prosecutor, as head of the prosecution who should bear the burden of proof, should look at the preliminary inquiry evidence and look for sources to make successful the viability of the prosecution, in many cases the use of coercive measures is necessary, which must be applied to the Judge as court, such as those that restrict personal freedom, like the "Preliminary Judicial Detention".

As freedom is one of the most important rights of the individual, it can only be restricted by court order, under the criminal process framework. This is why it is established that the order must be written and must have a reason, that is, a judicial resolution that exposes the foundations of law and fact to justify the detention.

The covenants and international agreements signed by Peru do not only protect personal liberty, but they also establish boundaries and restrictions on those who commit certain actions that violate the legal security of the citizens or the country, such actions are meant to be unlawful, typical and guilty (elements of the offense). People who violate the legal order of a democratic state and for legal security the people who use it, such boundaries and restrictions are reflected in Coercive Personal Measures, specifically Judicial Preliminary Detention, main subject of this research paper.

Thus, both international and domestic laws, has ruled the detention cases in order not to use and abuse the deprivation of liberty of the person, this action is legally known as Illegal Detention, which is presented when the authority detains a person without any justification or lack of some of the requirements established by law.

The detention is an exceptional measure and therefore is limited in time. This principle means that preventive detention can only be issued by a judicial authority, unlike the detention, it can be made by the police and the Prosecutor.

Measures of restraint may be real when appropriate, the Prosecutor shall request that the search includes the detention of the persons involved and seizure of property that may serve as evidence or be subject to forfeiture. The Prosecutor will ask the Judge to order a preparatory research that concludes in a seizure or forced display. The stolen goods will be delivered to the complainant. The person has the right to the inviolability of its communications and private documents; but this right may be restricted for research purposes. Even under an assumed name, they may be subject of interception, seizure and subsequent opening.

As for the constitutional procedural code, the habeas corpus seeks to protect the right to personal liberty and other constitutional rights related to it.

The right not to be arrested except with a written order by the Judge or mediate in case of criminal flagrantly by the police is perhaps the emblematic law, so to call it, capable of being protected through habeas corpus so that custody or detention, also known as preliminary situation, is recognized when criminal flagrantly exists.

This type of procedural coercive measure is a very important part of this investigation, since it focuses on research carried out according to the current problem of the normative regulation of the arrest for the crime of negligent bodily injuries.

According to the **N.C.P.P.** this arrest will last a maximum of twenty-four hours, after which the Prosecutor will decide whether to order the detainee's release or if the preliminary investigation continues and requests custody or other alternative measure.

Protective custody has as legal background laws No. 27379 and 27934. These rules called it "preliminary detention" which includes at the same time the police and the judiciary. In the **N.C.P.P.**, the title of the arrest includes the police custody, the citizen's arrest and the judicial preliminary detention, which can be validated for seven days.

The **N.C.P.P.**, by developing the constitutional law authorizes the Judge of the preliminary investigation to issue "order of preliminary detention" as long as it complies with the requirements stated in Article 261.

The preliminary judicial detention, pre-trials and the executing of the preliminary investigation should be by the Prosecutor's request in order for the Judge to issue preliminary detention and only in the preliminary investigation stage.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se desarrollará el tema de Detención Preliminar Judicial figura jurídica recientemente incorporada a la legislación nacional por medio del Código Procesal Penal (D. Leg. 957), dicha institución es una novedad en nuestra normatividad ya que en los anteriores códigos no se ha tomado en cuenta, que si bien es cierto ya se tenía antecedentes en el derecho procesal con la Ley N° 27379 así como la Ley N° 27934, ya no se encuentra dispersa y se pretende regular acorde a nuevo sistema de corte acusatorio garantista.

Entonces es de verse que la detención preliminar judicial institución que trae el Nuevo Código Procesal Penal actualmente es aplicado por los operadores de justicia, de la que emergen aspectos que conviene ser analizados a fin de determinar si se respetan los derechos fundamentales como la libertad ambulatoria, y esta resulta eficaz a la persecución penal que tiene a su cargo el Ministerio Público.

La presente investigación se encuentra dividida en dos grandes capítulos.

CAPÍTULO I, denominado DESARROLLO METODOLÓGICO DE LA VARIABLE; en el cual se desarrolla: I. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL, II. LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL, III. PACTOS Y CONVENIOS PROTECTORES DE LA LIBERTAD EN LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL, V. EL HABEAS CORPUS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN ANTE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, V. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR, el mismo que ha sido desarrollado de manera minuciosa y concienzuda, para lograr un amplio conocimiento doctrinario, dogmático, legalista y jurisprudencial

CAPITULO II, denominado PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS; en el cual se desarrolla, I. DE LA INFORMACIÓN ESTADÍSTICA, en el mismo que se trata y analiza A. ENCUESTA, B. DE LA INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA, C. DE LA INFORMACIÓN DE INTERNET, D. VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS; con este capítulo se ha llegado a demostrar la hipótesis planteada.

También en la presente investigación se desarrollan CONCLUSIONES y SUGERENCIAS, las mismas que dan por concluida la presente investigación y de la misma manera expresa las atingencias finales sobre el tema materia de investigación, así también se presente un proyecto de ley como aporte.

El Autor.





CAPÍTULO I

DESARROLLO METODOLÓGICO DE LA VARIABLE

I. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL.

A. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.

El derecho materia de análisis se encuentra previsto en normas de carácter internacional y adoptado en nuestra Legislación Nacional vigente, recogido en la Constitución Política del Perú del año 1993. Así mismo se debe tener en cuenta que en todo ordenamiento jurídico se establecen límites y restricciones en cuanto a la persona que ha realizado un acto antijurídico, típico y culpable elementos constitutivos del delito. Por lo que posteriormente analizaremos los límites de la libertad personal y las restricciones comprendidas como Medidas Coercitivas Personales, específicamente la Detención Preliminar Judicial.

De tal modo que para tener un concepto general de la libertad es preciso citar a Fioravanti quien indica que *“de libertad se puede discutir fundamentalmente desde dos grandes puntos de vista. Muy resumidamente, se puede decir que se puede discutir en singular o en plural. De libertad, en singular, discuten por regla general los filósofos, sobre el plano ético y también sobre el más específicamente político, indagando sobre el lugar que la libertad ocupa en la construcción de un cierto orden colectivo políticamente significativo. De libertades, en plural, como derechos, discuten por su parte los juristas, indagando sobre el lugar que las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ocupan dentro de un ordenamiento concreto y en particular sobre las garantías efectivas que tal ordenamiento es capaz de ofrecer”*¹.

El término **libertad** podríamos caracterizarlo como uno de los más ambiguos en el lenguaje social, político y jurídico, es un vocablo que lleva implícito varias definiciones o significados que permiten que podamos usarlo indistintamente para los fines más variados. Es por eso que dar una definición lo más general y abarcadora posible de la libertad, ha resultado ser una de las

¹ M. Fiorivanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, trad. M. Martínez Neira, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid – Ed. Trotta; Madrid, 1996, p.23

tareas más difíciles para los estudiosos de las ciencias sociales. No obstante la mayoría de las definiciones han coincidido en considerarla como una **facultad o capacidad** que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, o sencillamente no obrar,² esta facultad nace del poder de que se halle revestido naturalmente el hombre para emplear sus facultades en la ejecución de aquello que le parezca más conveniente. Por tanto la libertad debe entenderse como ausencia de coacciones o trabas externas que impidan el desarrollo integral de la persona.³ **Acto libre** sería entonces aquel que se ejecuta con dominio, esto es, con facultad para realizar otro distinto o contrario, o cuanto menos para omitirlo.⁴

La libertad caracteriza los actos propiamente humanos, y hace al hombre responsable de sus actos en la medida en que ellos son voluntarios. Spinoza entiende como **libre** “lo que existe únicamente por necesidad de su naturaleza y sólo por ella se determina a la acción, necesario, o por mejor decir, obligado; es algo que está determinado de una manera segura y precisa por otra cosa para ser y actuar”.⁵

Desde el materialismo filosófico la libertad no puede ser entendida al margen del determinismo casual. La concepción casual de la libertad la ve no como la posibilidad de realizar “actos sin causa”⁶, sino como la posibilidad de atribuir a la persona misma la causalidad del acto libre, constituido en un circuito procesal. Esta idea es la que se expresa, de un modo metafísico (por cuanto trata a la persona como si fuera sustancia ya constituida) en las fórmulas: “la libertad es la facultad de hacer lo que se es”, “es libre quien puede cumplir el principio: sé quién eres”.⁷ Sólo podremos considerar libres aquellos actos de los cuales podamos considerarnos **causa** (o nos hacemos

² Al respecto puede consultarse la *Enciclopedia Universal Ilustrada europeo-americana*. Tomo XXX. Editorial Espasa-Calpe. Madrid-Barcelona.

³ Bolívar Botía, Antonio; Villegas Salvador Guillén: *Ética y Moral III*. Bruño. Madrid. España. Pág. 32.

⁴ Instituto Internacional de Teología a Distancia: *Iniciación a la Antropología Filosófica*. Madrid. España. Pág. 21.

⁵ Sobre los criterios de Spinoza sobre la libertad es de obligatoria referencia la obra de Emeridi Coreth: *¿Qué es el hombre? Esquema de una Antropología Filosófica*. Herder. España. 1982.

⁶ Entiéndase como arbitrarios o gratuitos.

⁷ Diccionario interactivo filosófico alfabético sistemático.

responsables), para lo cual será imprescindible que hayan sido proyectados (planeados o programados) como episodios de un proceso global, en una **prolepsis**⁸ cuyos componentes han de ser dados por **anamnesis**⁹ previamente. Desde este punto de vista no cabe hablar de libertad cuando desconozco las consecuencias de mi elección.

En sentido estrictamente jurídico podemos indicar que la libertad es susceptible de varias definiciones, así podemos hablar de libertad de pensamiento, de culto, del espíritu, de conciencia, etc. En estos momentos nos interesa referirnos a la libertad de tipo **personal** y específicamente en el sentido jurídico.

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió en un derecho cuando el Estado se obligó a respetarla. Ya dicho factor no tenía una mera existencia **deontológico**, sino que se tradujo en el contenido mismo de una **relación jurídica** entre la entidad política y sus autoridades por un lado, y los gobernados o ciudadanos por el otro. Esta relación de derecho, que surgió cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios, decidió respetar una esfera libertaria a favor del individuo como consecuencia de un imperativo filosófico, creó para los sujetos de la misma un derecho y una obligación correlativa¹⁰. Un **derecho** para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, concebido en los términos a los que aludíamos anteriormente. Una **obligación** para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar, pasivamente o activamente ese respeto. Es entonces cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo cuyo titular es el gobernado, así como de una obligación estatal correlativa.

Jurídicamente la libertad es un derecho natural e imprescriptible del hombre que en consecuencia, debe ser considerada como una facultad que

⁸ **Prolepsis**: Anticipación, previsión de objeciones.

⁹ **Anamnesis**: Se refiere a la memoria. Hacer presente un hecho del pasado.

¹⁰ Burgoa, Ignacio: *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa. México, D.F. 1954. Pág. 301.

afecta a todos sin excepción. Para brindar una primera definición jurídica podríamos partir de lo expuesto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, de 1789, en donde se dice que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás.¹¹ Es decir, que el goce de este derecho debe estar limitado exclusivamente en razón de asegurar a los demás el mismo derecho, y como, en una sociedad democrática, tal limitación no puede hacerse sino mediante ley, habría que concluir afirmando que la libertad es el derecho de hacer todo lo que no está prohibido por las leyes. En consecuencia los revolucionarios franceses, a efectos de ser consecuentes con lo señalado en el artículo citado, expusieron en la siguiente declaración que la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad y, por tanto, todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.¹² Se superaba así el concepto más restringido de libertad dado por Montesquieu del cual hicimos referencia.

La libertad implica, por consiguiente, la facultad de autodeterminación personal, con ausencia de cualquier presión exterior o condicionamientos que la hagan imposible. De este modo, el derecho a la libertad puede encontrar su impedimento en dos tipos de obstáculos:

- Por una parte, el primero lo representan los poderes públicos y los terceros, ante los que hay que exigir el derecho a su abstención a fin de que la libertad de cada uno se pueda realizar.
- Por otra, es claro que puede existir una libertad formal, pero sabemos que la libertad no puede ser más real que si la persona dispone de los medios indispensables para ejercerlo. No es posible que ninguna disposición constitucional permita completar la libertad con el derecho a obtener las prestaciones necesarias para su ejercicio. Tal exigencia en todo caso, no depende del Derecho Constitucional, sino de la política constitucional que todo gobierno está obligado a realizar.

¹¹ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 4.

¹² Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Artículo 5.

Se desprende de lo expuesto que la reivindicación del derecho a la libertad va indisolublemente unida a los orígenes del constitucionalismo, en tanto se concibe a éste como el intento de limitar y regular los poderes del Estado en aras de la libertad del individuo.

Por consiguiente, la conquista de este derecho se encuentra en la base de las dos grandes revoluciones: americana y francesa, que dan lugar al constitucionalismo moderno. En cuanto a la primera, se puede citar el inicio de la **Declaración de Independencia de 1776** que dice así: "mantenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que su Creador les atribuye determinados derechos inalienables, entre los que se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...".¹³ Y en cuanto a la segunda, hemos visto ya que la libertad es la piedra angular de la **Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**. Desde entonces las diferentes constituciones de corte liberal han reconocido de una forma u otra este derecho fundamental. Ambas declaraciones han sido la base para la elaboración de documentos internacionales sobre derechos humanos que ponen énfasis en el reconocimiento de semejante derecho, como por ejemplo la **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948** en su artículo 3 y 9 plantea: todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni arrestado o desterrado¹⁴. Igual tratamiento recibe este derecho en el artículo 9 del **Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos**, y le adiciona que *toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación*.¹⁵ A estos mismos principios la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7 le agrega que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas

¹³ *Declaración de Independencia.*

¹⁴ *Declaración Universal de Derechos Humanos.*

¹⁵ *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.*

conforme a ellas, y reconoce algunas garantías para los individuos privados de libertad.

Como habíamos planteado, las constituciones de corte liberal han reconocido de una u otra forma este derecho a la libertad, y al hacerlo, de manera general, han seguido los siguientes postulados:

- Los poderes públicos no sólo deben garantizar este derecho en abstracto, sino que les corresponde promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva.
- En aras de no perjudicar la libertad de cada uno, se prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.
- El valor superior que constituye la libertad exige que en su privación, como máxima garantía, entre en juego los tres poderes clásicos del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial, según diferentes modulaciones.

De este modo, únicamente es lícita la privación de libertad cuando se dan los siguientes supuestos:

- Que la actuación del ejecutivo al detener a alguien sea estrictamente provisional.
- Que la actuación del legislativo signifique que se hayan previsto los casos y los procedimientos para privar a un ciudadano de su libertad.
- Que la actuación concreta del judicial sea la condición *sine qua non* para privar de manera firme a una persona de libertad.

Junto a la idea del derecho a la libertad se maneja también el concepto de seguridad jurídica. La seguridad jurídica va a determinar los supuestos y los requisitos para privar de libertad a las personas. Esta comporta la ausencia de

perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención y otras similares que adoptadas arbitraria e ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en algún momento o lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias convicciones.¹⁶

En consecuencia este derecho, hay que entenderlo como la garantía jurídica del individuo frente al poder, dirigido a evitar no sólo la privación de su libertad, sino, también, cualquier forma arbitraria de represión. Cumple así dos objetivos: de un lado, le garantiza que no tiene nada que temer de ninguna autoridad mientras que el ejercicio de sus libertades, cualquiera que sea, se mantengan dentro de los límites de la legalidad; y de otro, que si es sospechoso de haberlos traspasado, exponiéndose así a una sanción, se le protege igualmente de toda represión arbitraria que exceda de los requisitos legales que regulen esa conducta.

De ahí que el derecho a la seguridad de las personas sea la protección de vanguardia de todas las libertades y lo que permite su ejercicio regular.

La seguridad jurídica de las personas debe ser contemplada bajo las siguientes premisas:¹⁷

- Se concibe la privación de libertad como una excepcionalidad.
- Si la detención se ha llevado a cabo de forma ilegal, se exige la devolución inmediata de la libertad.
- Si la detención se ha realizado legalmente, se deben garantizar los derechos del detenido.

¹⁶ Aquí nos estamos refiriendo a la seguridad jurídica en un sentido estricto, pues ella comprende otros objetivos. Nos limitamos en su definición en aras de ajustarnos a los objetivos de la investigación y no desvirtuarnos del tema.

¹⁷ No existe uniformidad entre los autores al referirse a estos criterios o premisas de la seguridad jurídica. Es por eso que nosotros nos hemos acogido al criterio del autor español Jorge de Esteban.

- Si se somete a juicio al inculpado se le deben garantizar varios derechos durante el proceso.
- Si la persona procesada es condenada a una pena privativa de libertad, se le deben garantizar también determinados derechos.

Las personas no pueden ser privadas de su libertad, pero en el caso de que se produzca la excepcionalidad y tal privación se lleve a cabo, ésta debe hacerse de acuerdo con dos exigencias:

- **Exigencia de legalidad:** Los casos de privación de libertad solamente se pueden establecer mediante la ley, lo cual significa tres consideraciones especiales:
 - Únicamente es el poder legislativo, a través de sus productos normativos, quien puede regular las penas de privación de libertad. Por consiguiente, la administración en ningún caso dispone de una capacidad sancionadora que signifique la privación de libertad respecto de los ciudadanos.
 - Nadie puede ser sancionado, detenido o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa. (*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*).
 - Los supuestos de privación de libertad sólo deben ser establecidos por el acto normativo de mayor jerarquía.
- **Exigencia de precisión.** Al ser la libertad un bien precioso del hombre, los supuestos de su privación establecidos en la ley, deben ser extraordinariamente precisos a efectos de que no haya dudas en su aplicación.

Además la Libertad es uno de los derechos fundamentales más preciados del ser humano. La libertad es considerada a la vez un valor y un

derecho fundamental. Contemporáneamente, la libertad se desagrega en una amplia gama de libertades (libertad de expresión, religión, de tránsito, etc.), en este caso se desarrollará la libertad física y sus restricciones, sentir en el cual deben entenderse todas las referencias a la libertad personal que de ahora en adelante se realicen.

Sin embargo se entiende que el Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad ciudadana y el bien común de los gobernados y, en ese contexto, combatir la delincuencia y por ende, en determinados casos, fijar privaciones de la libertad -naturalmente necesarias para salvaguardar el orden público- no es menos cierto que estas últimas deben hacerse bajo un conjunto de reglas razonables que no desnaturalicen el contenido del derecho. En consecuencia, se debe regular y conducir la conducta de los funcionarios públicos armonizando los potenciales conflictos entre la libertad personal y el deber del Estado de garantizar el orden personal, mediante el diseño de normas y procesos que sirvan para promover la investigación y sanción del delito, como para proteger al individuo que se encuentra bajo sospecha o acusación de la realización de un acto delictivo.

Las garantías propias de la libertad personal no sólo son exigibles en el caso que alguien se le prive de ella por la comisión de un delito o la concurrencia de indicios de la comisión de un delito, sino que se aplica a otros ámbitos en donde este derecho puede ser vulnerado. El derecho a la libertad personal, implica la prohibición de todas las formas de privación arbitraria de la libertad, ya sea como consecuencia de un delito.

En nuestro caso la Constitución de 1993, no podía dejar de contener normas programáticas para la protección de los derechos individuales, no sólo declarándolos sino garantizándolos; naturalmente, entre los más importantes, el de la libertad. Esto no sólo para guardar concordancia con la Declaración de Derechos Humanos, votada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, en París, sino como resultado de nuestro propio proceso histórico y jurídico.

En su artículo 2 de la Constitución hace una enumeración minuciosa de los derechos de la persona. Así se trata de cubrir todos los ámbitos de su actividad de manera que pueda lograr su debida plenitud, en el respeto a su dignidad. En el párrafo 24 de esta normatividad, se enumeran las diversas expresiones del derecho a la libertad y seguridad personal. El inciso «a» de esta disposición preceptúa que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. En forma genérica, el inciso «b» señala que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. El inciso «d» contiene el principio de legalidad; es decir, que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible. La presunción de inocencia mientras no se declare judicialmente la responsabilidad, está regulada en el inciso «f». En forma más concreta, la libertad física de la persona se encuentra estatuida en el inciso «g» al establecerse que nadie podrá ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito.

Con respecto a la detención que se ha llevado a cabo de forma ilegal, se exige la devolución inmediata de la libertad), el Habeas Corpus es el instrumento idóneo que garantiza tal devolución y del cual nos referiremos con mayor precisión en los epígrafes siguientes.

B. LA DETENCIÓN.

Antiguamente en el Siglo XIX, en el mayor número de casos, los agraviados ocurrían previamente a las autoridades de policía que, de hecho, procedían a la captura del acusado, sea cual fuere la naturaleza del delito que se le impute. No es extraño hallar detenidos a individuos a quienes se acusa de injurias, calumnias, delitos contra el honor y hasta de hechos que, aunque reprobados por la moral, no constituyen delito.

La persona que era detenida o privada de su libertad por meros indicios necesitaba de una presunción fundada de su inocencia para obtener su

libertad, y esa presunción se derivaba de las diligencias efectuadas. Pero si, por el contrario, las actuaciones venían a dar mayor vehemencia a los indicios, confirmando las sospechas que originaron la detención, el Juez debía expedir auto mandando que la detención continúe.

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

La notoriedad del hecho, un certificado aún no reconocido juratoriamente, la fractura de puerta o mueble, la presentación del documento que se decía falsificado, no comprobaban el cuerpo del delito, por falta de solemnidad, pero bastaban para presumir que la acusación descansaba sobre un hecho positivo y era imprudencia no tomar entonces la precaución de ley.

En los delitos que merecían penas más graves que la de arresto mayor, el Juez Instructor (hoy Juez de la Investigación Preparatoria), dictaba orden de detención provisional fuera de los casos de flagrante delito o cuasi flagrante delito, en los que era obligatorio, siempre que a su juicio existían graves presunciones de que el acusado había cometido realmente el delito, o siempre que lo solicite el agente fiscal.

En consecuencia, como se acaba de apreciar, ocasionaba y provocaba serios problemas al procesado por la congestión de expedientes con reos en cárcel.

Ahora bien, podríamos definir preliminarmente la detención como toda aquella privación de la libertad ambulatoria que no consista en la ejecución de una pena.

Podemos definir que la detención es entonces, una medida cautelar personal que consiste en la privación de la libertad personal estrictamente la libertad de tránsito o ambulatoria de la persona, esta situación ordenada por el

Juez a solicitud del Fiscal en la que se sospecha de una persona como el autor de la comisión del delito, tomándose como medida preventiva por tenerse la existencia del peligro de fuga o el impedimento u obstaculización de las investigaciones, salvo el caso de delito flagrante. También la detención se da la figura jurídica de detención cuando la persona es encontrada en flagrante delito.

En nuestra Carta Magna en el Art. 2, Inc. 24, Literal f ¹⁸ se reconoce a la **Detención**, realizada por la policía, así como la que es ordenada por el Juez. Respecto al primero, una persona sólo puede ser detenida por la Policía cuando se le ha encontrado en flagrante delito, por lo que se dará cuenta en forma inmediata a la Fiscalía Provincial en lo Penal de turno para la realización de las respectivas diligencias, dentro de las 24 horas siguientes de la detención el fiscal penal tendrá que poner a disposición del juzgado al detenido y en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas el término será no mayor de 15 días.

Asimismo en el Código Procesal Penal vigente en su Art. 259 desarrolla el concepto de flagrancia ***“Cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo”***¹⁹.

Agrega **CUBAS VILLANUEVA**²⁰, que fuera de estos casos no precede ninguna privación de la libertad por ninguna autoridad, menos por la policía. Sin embargo en las difundidas prácticas policiales de detenciones masivas "por sospechoso" **"por indocumentado"** (Art. 205, Inc 4 del C.P.P.), "por rastillaje", "por batida" son ilegales y ante tales hechos se debe recurrir a la acción de garantía del hábeas corpus o sus autores deben ser denunciados

¹⁸ Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

¹⁹ Código Procesal Penal (D. L. 957), Artículo 259.

²⁰ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. 5ta Edición. Palestra Ediciones, Lima 2003, Pág.256.

ante la Fiscalía por presunto delito de abuso de autoridad, pero con la entrada en vigencia de nuestro Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), la detención por indocumentado será legal.

Al respecto, EGUIGUREN nos recuerda que durante la vigencia de la Constitución de 1979 se produjeron arbitrariedades por parte de la Policía Nacional al interpretar que en cumplimiento de su labor preventiva del control del orden público y de la lucha contra la delincuencia podía realizar “la detención de indocumentados y sospechosos mediante operativos tales como redadas o batidas”²¹.

Teniendo estos antecedentes, se podría producir un abuso por parte de miembros de la Policía Nacional al momento de intervenir a las personas que no porten su documento de identidad, generándose en algunos casos detenciones arbitrarias.

Es preciso recordar que el principio de interpretación de concordancia práctica, establece que una disposición constitucional debe interpretarse en relación con los otros artículos. De esta manera, “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos, de manera que cada uno conserve su identidad”²². En ese sentido, si el artículo 166 de la Constitución establece que la Policía Nacional puede establecer medidas para la prevención de la delincuencia, esta atribución debe ser interpretada en observancia de las garantías a la libertad personal previstas en la Constitución (orden judicial o flagrante delito). De lo contrario, los miembros de la Policía Nacional pueden cometer abusos contra este derecho como las detenciones arbitrarias.

²¹ Eguiguren Praeli, Francisco. *Libertad personal, detención arbitraria y hábeas corpus*. En: *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios II*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995. p. 19.

²² Huerta Guerreo, Luis. *Jurisprudencia Constitucional e interpretación de los derechos fundamentales*. En: *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional*. Lima : Comisión Andina de Juristas, 1997, p. 41

Vulnerando el Derecho a la Libertad Ambulatoria y creando un supuesto inconstitucional puesto que este derecho sólo se restringe por flagrante delito y por mandato judicial motivado.

La detención se caracteriza por dos cosas:

- Existe una privación de libertad.
- Dicha privación la realiza una autoridad (Detención Policial), en el ejercicio de sus funciones, o también ahora puede realizarlo un civil (Arresto Ciudadano).

Tiene como finalidad, no sólo asegurar el cumplimiento de una futura pena y la efectiva concurrencia del imputado a juicio, sino además tienden a facilitar la actuación probatoria.

La diferencia entre la detención y el secuestro está en el sujeto que realiza la privación de la libertad. En el caso de la detención, es por mandato judicial escrito y debidamente motivado y es ejecutada por la policía, todos ellos en el ejercicio de sus funciones.

Al no existir una decisión judicial, no ha habido tampoco posibilidad de que el detenido ejerza su derecho a la defensa. Si la situación de detención se prolongase indefinidamente, se podrían conculcar los derechos fundamentales de la persona sin que hubiese ningún control judicial (tal y como ocurre en estados no democráticos, o en situaciones de guerra o de vacío legal).

Así mismo la Detención Ilegal es aquella realizada por la autoridad competente sin cumplir los requisitos establecidos en la Constitución Política del Estado y en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957). Supone un abuso de autoridad; al procedimiento para solicitar la interrupción de una detención ilegal se le denomina Habeas Corpus; el cual será debidamente desarrollado en capítulo posterior.

Requisito indispensable de la detención ilegal, que el agente ha de obrar con dolo, es decir, saber que está cometiéndola y aun así realizarla. Sin embargo, se ha incorporado en el Código Procesal Penal el **Arresto**

Ciudadano, previsto en el Artículo 260, es una innovación en cuanto a las formas de detención que establece nuestro código, asimismo los supuestos para efectuar tal arresto, se tiene que encontrar al sujeto activo en flagrante delito, cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o 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.

Además en este caso se 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; para el caso la Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención.

No obstante, las situaciones señaladas en que se puede dar una detención sea esta momentáneamente como el arresto ciudadano, tenemos la detención preliminar que se da cuando no hay flagrancia delictiva, y tal como lo señala Gimeno Sendra²³ constituye una medida cautelar porque es realizada en función de la incoación de un proceso penal, preordenada a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y de modo inmediato, a proporcionar al Juez el primer sustrato fáctico para el inicio de la instrucción formal y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares que correspondan.

C. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN.

Las medidas coercitivas son medios de naturaleza provisional para asegurar los fines del proceso penal; su duración está en función del peligro procesal, y para concretarlas se puede recurrir al empleo de la fuerza pública,

²³ GIMENO SENDRA, Vicente/ MORENO CATENA, Víctor/ ALMAGRO NOSETE, José/CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín, Derecho Procesal Penal, Cuarta. Edición, Tomo II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1992, Pág. 354

en forma directa, como en los casos de detención, o en forma de apercibimiento²⁴.

En efecto, las medidas de coerción responden a una finalidad cautelar para hacer posible tanto el enjuiciamiento penal como el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se dictare.²⁵

Las medidas coercitivas son actos procesales de coerción directa que, pese a recaer sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial de las personas, se disponen con la finalidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado puede realizar durante el transcurso del proceso instaurado en su contra llegando incluso a frustrarlo.

Respecto a los principios de aplicación de las medidas coercitivas, el artículo 253 del C. P. P. establece que los derechos fundamentales, los mismos que son reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal con las garantías previstas en la ley. Así, la adopción de las medidas coercitivas que deben ser aplicadas conforme los siguientes principios²⁶:

a) EXCEPCIONALIDAD: Exige partir de la idea de la no adopción de las medidas cautelares. Estas solo se aplicarán excepcionalmente, es decir, cuando fueran absolutamente indispensables para los fines del proceso. Esta excepcionalidad obliga a la autoridad judicial a pensar, en principio, en no ordenar medida alguna que restrinja el derecho a la libertad de la persona o la restricción de alguno de sus derechos.

²⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *op cit*, p.79.

²⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2003, p.282.

²⁶ CALDERON CRUZ, Edmundo/ FABIAN ROSALES, Ayme, *La Detención Preliminar*, IDEMSA, Lima Perú, 2008, Pág. 131, 132.

Lo cual tiene sentido, toda vez que las medidas coercitivas no pueden ser equiparadas de modo alguno como un adelanto a una condena, sólo constituyen medidas extremas que permiten asegurar del imputado en el juicio.

b) INSTRUMENTALIDAD: Las medidas de coerción no constituyen un fin en sí mismas, no se aplican porque tengan un valor propio, sino que se encuentran vinculadas necesariamente a los fines que debe alcanzar el proceso; esto es como lo tenemos dicho asegurar el juzgamiento del imputado.

c) PROVISIONALIDAD: Las medidas de coerción son siempre provisionales, no son definitivas, siempre se da con sujeción a determinados presupuestos materiales que deben estar previa y taxativamente establecidos en la norma procesal y como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal. Durante el proceso pueden modificarse conforme a la intensidad del peligro procesal, es decir si desaparecen las causas que originaron la medida, ésta debe suspenderse.

d) HOMOGENEIDAD: Las medidas coercitivas poseen un contenido homogéneo, aunque no idéntico, según sea la naturaleza de la sanción o acto procesal cuyo cumplimiento se quiere asegurar.

e) SUBSIDIARIEDAD: La aplicación de las medidas coercitivas deben seguir un orden de prelación, desde el que comporte la menor coerción hasta el que se configure como la mayor coerción.

f) FINALIDAD: Se aplican las medidas cautelares o coercitivas con la única finalidad de asegurar la presencia del imputado al proceso penal; el cumplimiento de los objetivos de éste y el posible resarcimiento del daño o perjuicio causado. A contrario sensu, no se aplican con fines distintos a los propios del proceso penal.

g) TAXATIVIDAD: Sólo se aplican las medidas cautelares previstas expresamente en la ley. La ley procesal establece las medidas coercitivas que puede imponer la autoridad judicial y, además, contiene determinadas

formalidades que deben de cumplirse necesaria y debidamente, por ello, no se podrá aplicar medida cautelar no regulada en las normas de procedimiento.

h) JUDICIALIDAD: Este principio exige que las medidas cautelares en el proceso penal sólo se aplican por la autoridad jurisdiccional. Pueden ser ordenadas de oficio por el Juez o a petición del Fiscal, de la parte agraviada y también del imputado. No puede negarse esta posibilidad de petición al imputado, pero sólo para efecto de que el Juez cambie la medida por una menos severa.

i) MOTIVACIÓN: Es parte de la exigencia constitucional motivar las resoluciones judiciales. La decisión sobre la adopción de una medida coercitiva se hace efectiva mediante auto dictado por el Juez; esta resolución debe ser debidamente sustentada, máxime si se está resolviendo sobre la limitación o restricción de derechos fundamentales.

j) PROPORCIONALIDAD: Las medidas cautelares se deben dictar manteniendo la proporcionalidad con los fines del proceso penal y atendiendo las necesidades asegurativas respecto al procesado. De allí que el delito imputado, su mínima lesividad o gravedad o actuar culposos, la posibilidad de fuga o entorpecimiento de las diligencias probatorias por parte del imputado, así como los elementos probatorios existentes deben constituir el indicativo para adoptar la decisión sobre la medida a ordenar.

k) RAZONABILIDAD; La imposición de las medidas cautelares exige de la autoridad judicial una exposición razonada de los fundamentos que lo sustentan. La adopción de cualquier medida debe ser debidamente expuesta en razones jurídicas suficientes por la autoridad jurisdiccional.

l) REFORMABILIDAD: Las medidas cautelares pueden ser modificadas en el curso del proceso dependiendo: a) disminución o aumento de los requisitos legales, es decir, de la variación de los presupuestos que determinaron al Juez su imposición; y, b) desobediencia a los mandatos

judiciales, es decir, del incumplimiento de las reglas de conducta emanadas del Juez.

En esta línea de argumentación, y siendo numerosas las medidas de coerción previstas en el C. P. P las medidas coercitivas de naturaleza personal y real se imponen para prevenir los riesgos de fuga, ocultamiento de bienes o insolvencia sobrevenida, impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva. En efecto, las medidas de coerción responden a una finalidad cautelar para hacer posible tanto el enjuiciamiento penal como el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se dictare.

CLASIFICACIÓN.-

Las medidas coercitivas se clasifican por su naturaleza, por ser personal que afecta directamente a la persona poniendo límites como la detención, prisión preventiva, incomunicación, comparecencia, detención domiciliaria, impedimento de salida del país, etc., y de naturaleza real, tales como la incautación, el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, la interceptación de las comunicaciones, documentos privados y caución.

Doctrinariamente siguiendo a Ore Guardia y en forma general se dan dos clases de medidas coercitivas de naturaleza personal y real; pero para materia de Tesis, solo se desarrolla la medida de coerción de naturaleza personal, basada en la Detención Preliminar Judicial.

REQUISITOS.-

Las medidas de coerción, conforme se tiene del estudio de los tratados internacionales aludidos no sólo tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de una futura pena y la efectiva concurrencia del sujeto al juicio, sino que, además tienden a facilitar la actuación probatoria.

Así doctrinariamente se ha establecido que la actividad coercitiva para que se pueda aplicar, debe reunir los siguientes presupuestos o requisitos:

a) *Fumus bonis iuris o apariencia del título de buen derecho.*- que consiste en un juicio de probabilidad respecto de la responsabilidad del sujeto al que se le pretende aplicar la medida, es decir que debe existir suficientes elementos incriminadores que objetivamente puedan determinar la comisión de un ilícito (aspecto referido a la pretensión punitiva), o sobre su responsabilidad civil (en el caso de la pretensión resarcitoria) o sobre el hecho de que se pueda asegurar un medio probatorio de importancia para el proceso (en el caso de terceros no vinculados a la pretensión punitiva ni civil).

b) *Periculum in mora, o peligro procesal.*- este presupuesto abarca dos situaciones concretas, el primero que está referido al peligro de fuga ante la firmeza de los elementos incriminatorios, y por otro lado responde a la necesidad de evitar que como producto de un proceso los medios probatorios puedan ser alterados, es decir exista peligro de obstaculización en los medios probatorios.

II. LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.

A. GENERALIDADES.

El nuevo texto adjetivo, de corte acusatorio con tendencia adversarial, presenta una serie de innovaciones,²⁷ entre las cuales resalta el tratamiento que le da a la detención, tanto policial, por arresto ciudadano y por solicitud fiscal (también conocida como preliminar judicial), diferenciándola con la prisión preventiva (la cual sería equivalente al mandato de detención).

La Detención Preliminar Judicial es una situación temporal que debe desembocar finalmente en la puesta en libertad del detenido por orden del Fiscal o la comunicación al Juez de la Investigación Preparatoria la

²⁷ CALDERON CRUZ, Edmundo y FABIAN ROSALES, Ayme. *La Detención Preliminar*, editorial IDEMSA, Enero 2008, p. 177.

continuación de las investigaciones, solicitando la prisión preventiva u otra medida alternativa, teniendo como plazo máximo 24 horas de detención preliminar judicial según el Artículo 264, en su numeral 1 del Código Procesal Penal (D. Leg. 957), además dicho mandato o requerimiento tiene de vigencia seis meses, una vez vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovado según el Art. 261 en su numeral 4 del mismo cuerpo de leyes. En los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas el plazo máximo de la detención es de 15 días según se establece en el Artículo 264 en su numeral 2 del Código Procesal Penal (D. Leg. 957), cumplido tal plazo se pondrá en libertad al detenido por orden del Fiscal o se comunicará al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, por lo que solicitará la prisión preventiva u otra medida alternativa, además dicho mandato o requerimiento no caducarán hasta la efectiva detención de la persona requerida.

De acuerdo con la legislación Chilena, en la última reforma procesal penal de este país se instauró el Código Procesal Penal **Promulgado por ley 19.696, publicada con fecha 12 de octubre de 2000**, por lo que en este nuevo código se incorporó la Detención Judicial esto recogido en el Artículo 127 del C.P.P. , el que a la letra establece que *“Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada. También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada.”* Y en el Artículo 128 señala que la detención puede ser ordenada por cualquier tribunal al cual se le haya solicitado, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, así como se podrá dictar órdenes de detención contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito.

El motivo de dicha temporalidad es que la detención se realiza normalmente en una fase en la que no existe todavía una decisión judicial firme y consentida que permita la privación de la libertad.

Podemos definir la detención judicial siguiendo a **ORTELLS RAMOS**²⁸, como una medida cautelar jurisdiccional consistente en la privación de libertad del imputado por mandato judicial, mediante su ingreso en un centro penitenciario por un tiempo determinado máximo establecido por la ley con diferente grado de previsión, impuesta durante la sustanciación del proceso penal, que tiene como función asegurar la efectividad, y la presencia del imputado a la causa penal.

Esta como afirma **ROXIN**²⁹ es la injerencia más grave en la libertad individual, pero indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal de justicia eficiente.

Para **SAN MARTIN CASTRO**, la detención preliminar se le puede denominar “detención imputativa”, por razones vinculadas a la persecución penal, cuya finalidad, en tanto se vincula a la comisión de un delito, consiste en poner al detenido a disposición **de la autoridad judicial** para que esta acuerde respecto de el lo que estime procedente: no se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso; se trata, por tanto, de una **medida precautelar**³⁰.

B. LOS SUPUESTOS PARA DICTAR MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.

El NCPP al desarrollar la norma constitucional autoriza al juez de la investigación preparatoria a que dicte “mandato de detención preliminar”, siempre y cuando se cumpla con los requisitos indicados en el artículo 261.

²⁸ Cit. **SAN MARTIN CASTRO**, Cesar. *Derecho Procesal Penal. Volumen I. Segunda Edición*. Grijley, Lima 2000, Pág.805

²⁹ **ROXIN**, Claus. *op.cit.* Pág.257.

³⁰ **SAN MARTIN CASTRO**, Cesar, *La privación de la Libertad Personal en El Proceso Penal Y Derecho Internacional De Los Derechos Humanos En:* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr9.pdf>

Primer Supuesto.- Conforme dicha normatividad en su inciso 1 “*Que existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito, que el delito este sancionado con pena privativa de la libertad superior a los cuatro años, y que dada las circunstancias del caso pudo desprenderse la posibilidad de fuga*”.

El presente supuesto podemos denominarlo “*detención preliminar judicial indiciaría*”, pues se basa en 1) la existencia de elementos directos e indirectos que conllevan a la existencia razones plausibles de la comisión de un delito, 2) la presencia de un acto de fuga que implica un indicio *post factum*; y, 3) por la existencia de una delito grave que por sí resulta un motivo para dicha fuga. Así, su disposición no resulta, como vimos, sujeto a la discrecionalidad del juez de investigación preparatoria quien debe cumplir determinados requisitos que deben concurrir copulativamente para su emisión, a saber.

- Razones plausibles de la comisión de un delito por la persona.

Dicho requisito implica la existencia de elementos de juicio sustentables de que la persona sobre la que recaerá la medida de detención preliminar cometió un delito determinado que se encuentre tipificado como tal en la legislación penal, los que afloran de una mínima actividad investigadora y valorativa de los actuados adjuntados o diligencias indagatorias realizadas con respecto a la *notitia criminis*.

Ahora bien, en otros términos es necesario entender que la alusión a la existencia de *razones plausibles* como requisito para la procedencia de este tipo de detención preliminar judicial, conlleva a la existencia de un acervo probatorio que implique razonablemente la existencia del delito y que causalmente su autor o participe es la persona sobre la que recaerá la restricción de la libertad. Así, un criterio a considerar y que permite establecer un base limitadora a los excesos por el sujeto activo de la medida, es interiorizar que, en principio, el hecho objeto de investigación resulta un

acontecimiento cognoscitivo, debiendo ser reconstruido desde un punto de vista gnoseológico, partiendo así de un **estado de ignorancia** respecto a su existencia, pasando a un **estado de duda**, para finalmente llegar a la **certeza** de su comisión por una determinada persona. En este sentido, lo pertinente para nuestra institución es la *duda*, pues es cuando el fiscal se encuentra en dicha situación con respecto al hecho incriminado, el momento en que decide optar por su pedido. Así, la duda viene a ser aquella **situación incierta** en la que encuentra nuestra mente con respecto al conocimiento de un determinado objeto, la que se traduce a su vez en la existencia variable dentro de su interior de una situación de **verosimilitud**, que implica la existencia de elementos para creer, no obstante ser nimios, predominando empero más elementos para no creer, pasando a su vez a un estado de **probabilidad**, que conlleva la existencia de tantos motivos para creer como para no creer que se encuentran por tanto equilibrados, para por último encontrarnos en un estado **probabilísimo**, que radica en la presencia de más motivos para creer, no obstante siempre obrar un mínimo de elementos para no creer, que a su vez no permite llegar a la certeza del hecho.

Partiendo de dicha línea, es necesario entender que la detención preliminar judicial sólo puede existir cuando el pedido del órgano fiscal se sustente en un hecho delictuoso sobre el que se encuentre en un estado de **duda probable**, respecto a su comisión por la persona objeto de la medida, puesto que si el fiscal se encontrare en un estado probabilísimo o de certeza, por la abundancia de la pruebas existentes, necesariamente deberá optar por la formalización de investigación preparatoria o acusación directa, respectivamente, solicitando a su vez la **prisión preventiva**.

Acorde con lo anterior, nuestra jurisprudencia establece que “La detención preliminar **es una excepción de excepciones** ya que implica una vulneración a un derecho fundamental, lesiona el núcleo duro del derecho constitucional de la libertad personal por lo que debe regirse por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Además debe verificarse la existencia de

“razones Plausibles” acerca de la comisión del delito y de la vinculación del imputado con el mismo.”³¹

- ***Que el delito este sancionado con pena privativa de la libertad superior a los cuatro años***

Este presupuesto conlleva a que la pena del delito sea superior a los cuatro años, lo que implica palmariamente la tendencia del legislador de aplicar la medida coercitiva en comento sólo en el caso de la existencia de delitos graves, es decir en aquellos casos en que es muy probable que la sanción sea efectiva; de esta forma a su vez resultaría un límite del *ius puniendi* ello atendiendo a la restricción de la libertad locomotora de una persona, que sólo sea aplicable para delitos graves, excluyéndose a los delitos de bagatela.

Así, por ejemplo en una investigación por el delito de falso testimonio en juicio (Art. 409º CP), que esta sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años, el fiscal no puede requerir al juez que dicte la detención preliminar.

Sin embargo, salvando una contradicción con tal criterio precisado, este presupuesto no es suficiente cuando se requiere aplicar la medida en aquellos delitos en que la pena puede no superar los cuatro años, que por si solos no son graves, pero si el imputado es reincidente es decir que haya cometido un nuevo delito en el lapso de cinco años, lo que podría verse incrementada la pena por encima de los cuatro años, según lo establecido en el Art. 46-B del Código Penal, donde el juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, es decir si la pena es por ejemplo cuatro años con el tercio superaría la pena de los cuatro años y con esto no quiero sentar como posición que se trabaje sobre una prognosis de pena, sino que en determinados casos se permita establecer la pena conminada atendiendo a las circunstancias agravantes; por lo que en este extremo es necesario una norma modificatoria que regule tal situación.

³¹ Exp. 2008-00320-25-2801-JR-PE-1

Lo mismo ocurre, con los habituales³², a los que también se les puede incrementar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo, es decir si un delito que no supera los cuatro años, también veremos en aplicación de la norma sustantiva se verá incrementado, por lo que igualmente urge modificarlo.

De otro lado si analizamos también los casos de concurso real e ideal, advertiremos la misma situación, por lo que también estos extremos deben ser incluidos en la norma procesal, a efecto de que pueda el Fiscal requerir una detención preliminar.

- Que dada las circunstancias del caso pudo desprenderse la posibilidad de fuga

El presente requisito se encuentra relacionado a la existencia de un juicio previo de ponderación por el juez de investigación preparatoria respecto a motivos fundados de que la persona que será objeto de la detención preliminar judicial se sustraerá a la acción de la justicia al fugarse de su domicilio o residencia conocida, perturbando así el debido esclarecimiento de los hechos, así como la eficacia de una eventual respuesta punitiva, lo que debe derivarse atendiendo de diversas circunstancias que deriven del caso concreto, como el conocimiento del inicio de la propia investigación preliminar por un delito grave o existencia de abundantes elementos de juicios que lo relacionan con el ilícito, etc.

Sobre esto último, nuestro Tribunal Constitucional (Caso: Amadeo Domínguez Tello) nos muestra algunas pautas a seguir para el efecto. Así, refiere que para tales fines “deben ser evaluados en conexión con distintos

³² **“Artículo 46-C.- Habitualidad**

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados.”

elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, les impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada”³³.

FERRAJOLI sobre esto afirma que “en primer lugar el peligro de fuga, de hecho está provocado predominantemente más por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no se encontraría ante esta perspectiva, tendría por el contrario, al menos hasta la vista de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse. “en segundo lugar, la fuga decida por el imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, normalmente una pena gravísima (...). En tercer lugar cuando la fuga hiciera perder la vista del imputado, se habría conseguido en la mayor parte de los casos, el efecto de neutralizarlos dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal”³⁴.

CACERES JULCA refiere que para determinar mediante una valoración razonable la existencia de posibilidad de fuga es necesario, examinar “el carácter del hecho que se le atribuyen los que deben estar basados en suficientes elementos indiciario o probatorios, así como las repercusiones del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial”³⁵.

Para **SAN MARTIN CASTRO** la valoración del peligro de fuga se reconduce a cinco elemento valorativos; gravedad del delito, naturaleza y caracteres de éste, circunstancias del delito vinculada a la individualización de la pena, circunstancias del imputado -referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes- y conducta anterior y posterior al delito: moralidad,

³³ Exp. N° 1260-2002-HC/TC. Lima, 09 de julio de 2002.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi “**Derecho y Razón**”. Editorial TROTTA S.A. Madrid – 1995, Pág. 559.

³⁵ CACERES JULCA, Roberto. “**Las medidas de Coerción Procesal**”. Editorial IDEMSA, Lima – 2008. Pág. 250.

domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial”³⁶.

Segundo Supuesto.- en su inciso 2 indica “**El juez de la investigación preparatoria dictará mandato de detención preliminar, cuando la persona es sorprendida en flagrante delito pero logra evitar su detención**”.

El fundamento de la medida en el presente caso resulta diferente al anterior supuesto, pero no por ello se deslinda funcionalmente de la base excepcional de este y propia de toda medida. En efecto, si bien es cierto que la razón de este supuesto radica, primero, en la existencia de flagrancia objetiva que otorga de por sí un elemento de convicción, importante para la base probatoria a reunirse en la investigación preliminar, así como, en segundo lugar, el comportamiento evasivo del imputado en dicho estado de flagrancia, también es cierto que no por ello debe buscarse la privación de libertad en cualquier clase de delito en el que se den dichas circunstancias, sino solamente en aquellos delitos graves, dejándose a un lado por ejemplo los de bagatela, debiéndose para tal efecto tener asimismo como fundamento que la pena a imponerse sea superior a los cuatro años, cumpliéndose la existencia de razones plausibles necesaria, con la sola existencia de la flagrancia y el peligro de fuga con la evasión realizada en estado de flagrancia, lo que mostraría la tendencia objetiva del imputado de quererse sustraer a la justicia.

Este caso se da cuando el sujeto agente fue sorprendido cometiendo el ilícito penal pero la autoridad policial no logra su aprehensión en cuanto este logra fugar rápidamente del lugar en que ocurrieron los hechos.

No obstante, deberá considerarse la posibilidad que la fuga se dé justamente porque el imputado sea reincidente, habitual, o exista las circunstancias agravantes de que se trate de delitos en concurso real o ideal,

³⁶ SAN MARTIN CASTRO, Cesar “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Décimo año. Edición 2004, tomo II, 10ª edición, Editorial Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay. Pg. 629.

que para el caso es necesario una regulación clara en este extremo, para cuyo caso no bastará precisar que en el supuesto bajo análisis, la pena sea superior a cuatro años, sino que además debe dejarse la salvedad si es que el delito concurre con circunstancias agravantes como las precisadas.

Tercer Supuesto.- En su inciso 3 “**El juez dictará mandato de detención preliminar, cuando el detenido logre darse a la fuga de un centro de detención preliminar**”.

Este supuesto permite la evacuación de una medida de detención preliminar judicial, siempre que una persona, detenida validamente, por motivo de haberse dispuesto en su contra una detención preliminar judicial actual, o una detención policial o ciudadana por flagrancia, *fugue* de aquel **centro de detención especial**, establecido para que sufra dicha medida (comisaría, o local fiscal o judicial etc.). Así, su fundamento resulta el propio hecho de la fuga del detenido, lo que mostraría objetivamente su tendencia a querer sustraerse a la acción de la justicia, (peligro de fuga) y la presencia de elementos de prueba en su contra, traducidos en la existencia de las razones plausibles que originaron la detención preliminar judicial anterior, o la misma flagrancia originada en la detención policial o arresto ciudadano que sufriera que como dijimos dota de una información relevante y causal del hecho con respecto al detenido, requiriéndose, no obstante, asimismo, la existencia de que el delito resulte grave, esto es que la pena que se prevea para el delito materia de detención sea superior a los cuatro años, toda vez que indicar lo contrario implicaría alegarse del carácter excepcional de la medida, sin perjuicio que se de las circunstancias agravantes ya comentadas.

En efecto, dicha aseveración se patentizaría en la preexistencia de una detención preliminar judicial, que para su fundamentación de todos sus supuestos, como vimos, requiere la gravosidad del delito. De otro lado, para los casos de fuga de dicho centro de detención, en caso haber sido aprehendido policialmente o por arresto ciudadano, del mismo modo la medida de detención judicial solo procederá cuando el delito por el que fue detenido sea efectivamente grave, pues contrariamente se estaría juzgando únicamente

una tendencia legítima del evasor a buscar su libertad, incluso por la propia fuga, lo cual resulta a su vez ilegítimo.

Ahora vale aclarar que el presente supuesto se aplica igualmente en caso que el imputado detenido en flagrancia fugue cuando no este físicamente detenido en un centro de detención preliminar, esto es cuando está siendo, por ejemplo, trasladado de la comisaría a la fiscalía o de esta última al Poder Judicial, no debiéndose interpretar literalmente dicha norma, sin perjuicio de ello y a fin de asegurar el principio de legalidad, es conveniente que la norma procesal precise todas las situaciones de aplicación de una medida restrictiva como es la detención preliminar.

C. LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL, LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

La etapa de las diligencias preliminares conforme a nuestro nuevo modelo procesal (Art. 330) tiene por finalidad inmediata realizar **actos urgentes o inaplazables** destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad. Su plazo es de 20 días, salvo que el fiscal fije un plazo distinto debido a las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de la investigación (Art.334.2); teniéndose presente que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria (Art. 337.2).

Así, la oportunidad de la solicitud fiscal y el dictado de la detención preliminar tiene que ser realizada conforme al modelo del NCPP, únicamente solo en dicha **etapa de investigación preliminar o diligencias preliminares**. En determinados casos, los fiscales han presentado requerimientos cuando ya se había vencido el plazo de las diligencias preliminares³⁷ y han formalizado la investigación mucho tiempo después de la fecha del requerimiento y de la

³⁷ Cuaderno de cese de prisión preventiva N° 579-2006, procedente del Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huaura, seguido contra Jhony Alex Montañés Palma y Carlos Raúl Chumbes Collantes, en el que la investigación preliminar se inicio en el mes de octubre y recién se requirió detención preliminar en el mes de diciembre del año 2006.

concesión del mandato. Inclusive, en Huaral, un fiscal solicitó que se dicte mandato de detención preliminar, una semana después de que había formalizado la investigación, es decir, cuando ya estaban concluidas las diligencias preliminares. Esto desnaturaliza el trámite del proceso, porque este mandato solo debe de dictarse en la etapa de las diligencias preliminares³⁸.

El fundamento de que la detención preliminar judicial se emita en la etapa de diligencias preliminares radica en que en dicho estadio el fiscal se encuentra generalmente en una situación de recolección de medios probatorios los que no adquieren así todavía su verdadero fin probatorio, no obstante sí implicar una cierta prognosis de la realidad sin dejar la situación de incertidumbre, lleva a establecer la existencia del delito y que su autor sea determinada persona, lo que debe ser corroborado con los nuevos medios probatorios a recabar mediante la actividad indagatoria presente en la investigación preparatoria o preliminar en caso de convalidación de la detención.

D. TRÁMITE A SEGUIR PARA EL MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL A EJECUTARSE CUANDO YA EXISTA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y EL PROCESO SE ENCUENTRA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, INTERMEDIA O DE JUZGAMIENTO.

El NCPP no ha establecido el trámite que se debe seguir cuando el investigado (contra quien se ha dictado mandato de detención preliminar) no ha sido ubicado y detenido en la investigación preliminar y es capturado cuando ya existe formalización de la investigación en el transcurso de la investigación preparatoria, en la etapa intermedia o en la etapa de juzgamiento: ¿Qué hacer con el detenido cuando se produzca este supuesto? Para responder esta interrogante hay que tener en cuenta, en primer lugar, las

³⁸ *Recurso de casación que interpuso en el cuaderno de prisión preventiva N° 1456-2007, fundamento 3.a) donde señala que la índole esencial de la detención preliminar es que se trata de una privación de la libertad para haber pesquisas. Que la idea conceptual para la cual se ordena es para poder hacer investigaciones que no vinculan a una formalización de la investigación.*

finalidades para las que el fiscal requirió que se dicte el mandato de detención preliminar judicial, que pueden ser las siguientes:

- La detención preliminar fue requerida para realizar diligencias preliminares. Cuando la detención preliminar ha sido requerida con el propósito de realizar diligencias preliminares con la presencia del imputado, y este ha sido detenido cuando ya termino la etapa de las diligencias preliminares, con posterioridad a la formalización de la investigación, el fiscal debe poner en libertad al imputado porque el plazo para realizar esta diligencia ya terminó. Por lo que la detención carece de objeto.
 - Salvo que haya previsto en la disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, que determinadas diligencias preliminares como el reconocimiento, por ejemplo, se realiza cuando el imputado haya sido detenido, por lo que es necesario que el mandato de detención este vigente hasta que culmine la investigación preparatoria, de no ser así debe pedir que sea declarado sin efecto.
 - En el mismo sentido, el fiscal debe requerir que el juez deje sin efecto el mandato de detención preliminar, cuando el proceso se encuentra en la etapa intermedia o de juzgamiento, porque ya no es posible realizar actos de investigación en estas etapas. Por lo que carece de sentido, que continúe vigente ese mandato, tomándose en cuenta que algunas requisitorias caducan a los seis meses y otras no caducan.
- La detención preliminar fue requerida con la finalidad de solicitar prisión preventiva.
 - Si durante el desarrollo de las diligencias preliminares el fiscal considera que se debe dictar prisión preventiva contra el imputado, le solicita al juez su detención preliminar. Si el

imputado no es capturado en la etapa de las diligencias preliminares, sino que se efectiviza con posterioridad a la formalización de la investigación, en cualquiera de las siguientes etapas, la Policía lo pondrá a disposición del juez de la investigación preparatoria, para que verifique su identidad y garantice el respeto a sus derechos fundamentales, y este lo pondrá a disposición del fiscal, ingresándolo a un centro de detención preliminar, para requerirle al juez audiencia para la determinación de la prisión preventiva, que será tramitada con las formalidades establecidas en el artículo 271º.

E. EL TRÁMITE PARA RESOLVER EL REQUERIMIENTO FISCAL DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.

Cuando el fiscal solicita que el juez dicte el mandato de detención preliminar y se encuentre en las diligencias preliminares no está obligado a formalizar la investigación, porque este requerimiento solo puede hacerlo cuando todavía no existe la formalización de la investigación y el proceso se encuentra en diligencias preliminares. Por lo tanto, los mandatos de detención preliminar judicial, solo se pueden dictar en la etapa de diligencias preliminares. La imposición de una medida coercitiva como la de detención preliminar, antes de formalizar la investigación, es una excepción a la regla general prevista en el artículo 338.4.

El juez debe proceder conforme lo dispone el artículo 261.1 que establece la obligación de resolver sin trámite alguno, es decir, que la emisión de la resolución debe hacerse en forma inmediata después de recibir el requerimiento fiscal, por este motivo, incluso la norma autoriza (Art. 261.3) que se puede ordenar su cumplimiento por correo electrónico, fax, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial, esto tiene un fundamento y una razón de ser, porque en el supuesto de que no exista flagrancia y la policía tenga ubicado al imputado, que se encuentra involucrado en un delito de suma gravedad, necesita del mandato

judicial en forma inmediata para proceder a detenerlo y no horas después, al día siguiente o incluso después de días.

Asimismo cuando el juez decreta el mandato de detención preliminar, debe disponer que una vez que la policía a detenido al imputado, debe ponerlo inmediatamente a su disposición, para que con presencia de su defensor o el de oficio, verifique su identidad y garantice el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Esta verificación debe de hacerla también el juez de la investigación preparatoria de turno, aunque no haya decretado la detención, y acto seguido su ingreso a un centro de detención preliminar (comisaría); pondrá finalmente al detenido a disposición del fiscal requirente por el plazo de 24 horas para que proceda de acuerdo a sus atribuciones.

F. LOS DATOS QUE SE DEBE CONSIGNAR EN LA REQUISITORIA DEL IMPUTADO QUE SE ENCUENTRA CON MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.

El auto que dicte el mandato de detención (Art. 261.2), debe contener los nombres y apellidos completos del imputado, su edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento.

Los datos que anteceden son los mismos que contiene la Ley N° 27411 que regula el procedimiento en los casos de homonimia y su modificatoria, la Ley N° 28121. Esta última cambio el último dato de lugar y fecha de nacimiento por las características físicas de talla y contextura, ya que puede darse el caso que dos homónimos tengan también la misma edad, sexo, y fecha de nacimiento, pero las características físicas, talla y contextura siempre diferirán; además porque las personas indocumentadas dificultan a la policía la obtención de su fecha de nacimiento, a diferencia de las características físicas, talla y contextura que pueden ser proporcionadas por terceros o incluso, de ser el caso, aplicando el control de identidad policial (Art. 205), por lo que debe modificarse el artículo 261.2, para evitar problemas posteriores.

G. LA VIGENCIA DEL MANDATO DE DETENCIÓN PRELIMINAR, Y SI EL JUEZ ESTA FACULTADO A RENOVAR LA REQUISITORIA DE OFICIO.

La requisitoria del mandato de detención preliminar judicial, para los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas, no caduca hasta la efectiva detención de los requisitoriados, por lo que no necesita renovarla. Por otra parte, para los demás delitos tiene una vigencia de seis meses, vencido este plazo caducará automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas (Art. 261.4), en este punto cabe hacerse la siguiente pregunta:

¿El juez de la investigación preparatoria o el de juzgamiento tiene que renovar las capturas del mandato de detención preliminar de oficio o es necesario el requerimiento del fiscal?

En los casos de espionaje, terrorismo y tráfico ilícito de drogas, cuando se ejecute la orden de detención, así el proceso se encuentre en la etapa de juzgamiento, el detenido debe ser puesto a disposición del juez de la investigación preparatoria (Art. 263.2), y él pondrá a disposición del fiscal, para que decida si requerirá audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva (Art. 264.1).

Cuando se trata de otros delitos, la requisitoria del mandato de detención preliminar tiene una vigencia de seis meses, a cuyo vencimiento caducará³⁹. Esto significa que la medida desaparece si no es renovada, y la renovación debe ser requerida por el fiscal porque este mandato solo puede ser dictado a su requerimiento (Art. 255.1 y 261.1).

Si el juez renueva de oficio, puede suceder que, cuando el detenido es puesto a disposición del fiscal, considere que ya no es necesaria su detención porque han cambiado las condiciones que motivaron su necesidad pues, por ejemplo, ya no pueden realizarse los actos de investigación que la hicieron necesaria (reconocimiento o intervención corporal entre otros).

³⁹ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Caducar Significa perder eficacia o ritualidad, y, caduco significa perecedero, poco durable. Pág. 263.

La renovación de la requisitoria de ubicación y captura o el mantenimiento de su vigencia, según el caso, solo se justifica para que el fiscal pida la prisión preventiva del imputado detenido.

H. LAS OPCIONES QUE TIENE EL FISCAL, CUANDO UNA PERSONA ES DETENIDA POR UNA ORDEN DE DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL O POR FLAGRANCIA, ANTES DE QUE FORMALICE LA INVESTIGACIÓN.

Tiene las siguientes opciones:

- Efectuar diligencias preliminares con la presencia del investigado por el plazo de 24 horas, al término del cual, puede dar libertad al detenido y formalizar o no la investigación. Si solicita la prisión preventiva esta obligado a formalizar (Art. 264.1).
- Requerir que se convalide la detención preliminar hasta por una máximo de siete días (Art. 266.3 – 286.1), este supuesto no se aplica en el caso de detención por flagrancia.
- Formalizar la investigación y requerir audiencia para que se dicte mandato de prisión preventiva, o darle libertad al detenido (Art. 264.1).
- Acusar directamente y requerir audiencia para que se dicte mandato de prisión preventiva, o darle libertad al detenido (Art. 336.4).
- Requerir la aplicación del proceso inmediato y al mismo tiempo que se dicte mandato de prisión preventiva, o darle libertad al detenido (Art. 447.1).
- Archivar lo actuado en la investigación preliminar y darle libertad al detenido (Art. 447.1).
- Cuando ha formalizado la investigación y el proceso se encuentra en la etapa intermedia o de juzgamiento, requerir que se dicte prisión preventiva contra el detenido o darle libertad.

I. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

En la constitución política del Perú se ha establecido en su artículo 2 Inc. 24 literal f, la posibilidad de privación de libertad ambulatoria con institución jurídica de la detención, para lo cual al solicitarla ante el órgano jurisdiccional competente tiene que existir sospecha fundada y fundamentada en indicios y pruebas, una vez teniendo estos presupuestos, la detención se hará por ***mandamiento escrito y motivado del juez para y ponerlo a disposición del juez de la investigación preparatoria dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas el plazo será de 15 días naturales.*** Y posteriormente se indicara los presupuestos materiales que se encuentran establecidos en el Código Procesal Penal⁴⁰, en su Art. 261.

1. LÍMITES AL EJERCICIO DEL IUS IMPERIUM DE LAS PERSPECTIVAS DEL IUS FUNDAMENTALES.

i. BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DEL IUS FUNDAMENTALES.

Todo precepto descrito en la Carta Fundamental reviste de la presunción de constitucionalidad y cumple con la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Se preceptúa a los derechos fundamentales como impulsores de deberes, así el *ius puniendi*⁴¹ constituye el medio de protección de los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva debemos partir para establecer las particularidades de la acción de interpretar los derechos, pueden clasificarse en externas e internas. Las particularidades externas surgen desde la indudable relevancia social e individual de los derechos: exigencia de favorecer siempre y en todo caso de la mayor forma posible el contenido del derecho, requisito no expresado por ordenamiento. Las particularidades internas surgen del papel no menos relevante de los derechos fundamentales en el Derecho. En el ámbito jurídico se constituyen en normas básicas materiales: criterios de validez

⁴⁰ Publicado el 29 de Julio del 2004 a través del Decreto Legislativo 957 y puesto en vigencia en el distrito judicial de Arequipa con decreto legislativo.

⁴¹ Es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar.

material de las restantes normas de su interpretación depende la normatividad del sistema jurídico.

Los operadores jurídicos están sujetos a esta exigencia constitucional que se convierte en criterios, guías y límites de cualquier interpretación jurídica, toda interpretación que trasgrede su significado es nula. Toda interpretación jurídica debe comenzar con el examen de la interpretación de los derechos fundamentales en conflicto.

Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en su segundo párrafo señala que *"los jueces interpretan y aplican las leyes a toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional"*.

Los derechos fundamentales al constituir derechos subjetivos son de aplicación inmediata, por lo tanto, el juez debe interpretar el derecho siempre desde la perspectiva constitucional y desde los tratados de derechos humanos.

En definitiva el contenido constitucional vigente de un derecho es su última configuración válida y por esta razón plenamente vinculante y excluyente mientras no haya una modificación lícita o lícitamente convalidada.

Las normas procesales no funcionan en abstracto, ni en forma absoluta ya que al estar en conflicto con otras normas se encuentran en la búsqueda constante de un equilibrio que respete el núcleo fundamental del derecho en cuestión: debe de interpretarlo de acuerdo a la Constitución.

No se debe perder de vista que los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos que se reconocen a las personas, sino que también cumplen una función objetiva, por cuanto representan el sistema material de valores en que se sustenta nuestro ordenamiento constitucional.

La Constitución reconoce tales fundamentos en el Artículo 1º: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, en el ordinal “b” del inciso 24 del Artículo 2º se señala que no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo en los casos previstos por ley.

Como derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

El contenido de este derecho ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para quien *“el concepto de derechos y libertades y por ende el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira”*.⁴²

Debemos acotar que los derechos fundamentales no son absolutos, ni siquiera la libertad, ellos se encuentran constreñidos cuando entran en colisión con otros derechos o intereses jurídicos determinados de igual valor.

En algunos de estos casos el Estado interviene en representación de la sociedad para cautelar los intereses públicos, restringiendo la libertad del ciudadano imputado de un hecho delictivo; desde esta perspectiva, no existirá ningún reproche de inconstitucionalidad, si la afectación resulta preventiva y se trata de garantizar los fines constitucionalmente legítimos del proceso penal.

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la convención americana sobre derechos humanos), solicitada por la comisión interamericana de Derechos Humanos.

En el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; estos son:

- *La garantía a un proceso penal eficiente* que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y
 - *La garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado.*
- Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad.

La Constitución establece por regla la libertad, salvo determinadas excepciones, una de ellas tiene carácter procesal, para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia.

La libertad se sustenta a su vez en tres principios: dignidad humana, *favor libertatis* y *pro homine*⁴³ y que en conjunto representan el fundamento axiológico de los derechos humanos.

Los criterios expresados tanto por nuestra Carta Magna como por los Tratados de Derechos Humanos, no hacen más de reconocer a la libertad como principio y como derecho constituyéndose así en el pilar de los derechos fundamentales:

a. DIGNIDAD.

No se crea por una norma Constitucional o una norma ordinaria sino sólo se reconoce su esencialidad. El principio preexiste incluso a la formación del Estado. Lo que hace la norma constitucional es constituir normativamente la preeminencia de este valor que pasa a configurar el eje central de la Constitución.

⁴³ Definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: "Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" (Opinión Consultiva 5, 1985).

El Estado moderno es inconcebible sin un reconocimiento pleno respecto a la libertad y la dignidad de la persona humana. El valor del principio queda plasmado materialmente en cuanto es inherente a la persona humana. La dignidad, así constituye un *mínimum inalienable*⁴⁴ que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.

b. PRINCIPIO PRO HOMINE.⁴⁵

Sostiene que se debe elegir la norma o la interpretación de ella que resulte más beneficiosa para la persona. *“Como consecuencia de ese favorecimiento el aplicador del derecho – juez - se verá obligado a emplear la norma sobre derechos humanos más favorable, con independencia del rango que ella ocupe dentro del ordenamiento jurídico”.*

Este mandato surge de la interpretación del Artículo 29º del Pacto de San José de Costa Rica,⁴⁶ el Artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁷ el Artículo 23º de la Convención para la Eliminación de

⁴⁴ Se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” [STC N° 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva]. Que no se puede enajenar, es decir, ni transmitir, ni ceder ni vender legalmente: derecho inalienable.

⁴⁵ Se trata de “un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”.

⁴⁶ ARTÍCULO 29.- NORMAS DE INTERPRETACION. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁴⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un **tratado** multilateral, adoptado por la **Asamblea General de las Naciones Unidas** mediante la Resolución 2200A (XXI), de **16 de diciembre de 1966**. Entró en vigor el **23 de marzo de 1976**. Fue adoptado al mismo tiempo que el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** y se hace referencia a ambos con el nombre de **Pactos Internacionales de Derechos Humanos** o Pactos de Nueva York. A su vez, éstos, junto con la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, comprenden lo que algunos han llamado **Carta Internacional de Derechos Humanos**.

todas las formas de Discriminación de la Mujer⁴⁸ y del Artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴⁹

Impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionales legítimos que la puedan justificar.

El juez debe orientar la interpretación y la aplicación de la norma conforme a los principios constitucionales en conflicto.

Debe el órgano jurisdiccional realizar el juicio de ponderación a fin de asignarle un determinado sentido a la norma que determine en el caso concreto cuál derecho fundamental tiene mayor peso y por tanto, cuál de ellos determinará la solución para el caso concreto.

c. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (*Untermaßverbot*), puede conceptuarse como “una estructura que sirve para articular las tensiones que se crean entre disposiciones constitucionales o entre argumentos interpretativos materiales de los derechos fundamentales que entran en mutua contraposición”⁵⁰. **GONZALES CUELLAR** establece que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho que en un sentido muy amplio, obliga al operador

⁴⁸ "(...) la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz."

⁴⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño (o CDN) es un **tratado internacional** de las **Naciones Unidas** sobre los **derechos del niño**, que posee 54 artículos que reconocen que todos las personas menores de 18 años tienen derecho a ser protegidos, desarrollarse y participar activamente en la sociedad, estableciendo que los niños son sujetos de derecho. Fue adoptada por la **Asamblea General de las Naciones Unidas** el **20 de noviembre** de **1989**. Es el tratado internacional que reúne al mayor número de Estados partes. Ha sido ratificada por todos los Estados del mundo, a excepción de **Somalia** y **Estados Unidos de América**, éste último fundamentalmente debido a la prohibición de la aplicación de la **pena de muerte** a niños que contiene esta convención.

⁵⁰ PERELLÓ DOMÉNECH, J. “**El principio de proporcionalidad y Jurisprudencia constitucional**”. Editorial Tecnos, Madrid 1991, Pag. 69.

jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto” y que sirve para orientarse en el complejo mundo de los valores, contrapesándolos y jerarquizándolos (...) y para la resolución de conflictos”⁵¹.

Así, dicho principio resulta de suma utilidad al momento de analizarse y evaluarse la emisión de la detención preliminar judicial, valoración que siempre se encuentra tensionada entre el interés estatal penal y el ejercicio de la libertad “plena” que debe existir entre los individuos de toda sociedad, siendo estos valores fundamentales para su existencia. Para tal efecto los elementos formales de este principio están relacionados “a los instrumentos o herramientas que utiliza el órgano jurisdiccional, para resolver conflictos entre derechos fundamentales, a través de la aplicación de los métodos de la hermenéutica estructurada de medio – fin”.⁵² De este parecer es **DE LA MATA BARRANCO**, que indica que en el Derecho Procesal Penal el principio de proporcionalidad será el punto de partida para delimitar la aplicación de cualquier medida de carácter cautelar o de indagación probatoria que pueda adoptarse en el proceso penal, obligando a atender el necesario equilibrio entre las ideas de libertad y de seguridad y el correcto desarrollo de la búsqueda de la verdad material que, se señala, no puede pretenderse lograr a cualquier precio”⁵³.

Los medios para alcanzar el fin en cuestión, parten de analizar la correspondencia entre unos y otros, a través del juicio de ponderación o de proporcionalidad entre derechos o principios, tendencialmente contradictorios, sin embargo, por tratarse de normas con rango de ley fundamental, deben de cohabitar entre sí, buscando permanentemente un equilibrio, de manera que no puede imponerse un principio sobre otro de forma absoluta.⁵⁴ El estatus jurídico de la proporcionalidad como principio fundamental de derecho contemporáneo,

⁵¹ GONZÁLES -CUELLAR SERRANO, Nicolás, **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**, Editorial Colex, Madrid 1990 Pag 17.

⁵² CACERES JULCA, Roberto. **“Las medidas de Coerción Procesal”**. Editorial IDEMSA, Lima – 2008. Pag. 39.

⁵³ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. “El principio de proporcionalidad penal”, Editorial Tirant Lo blanch, Valencia - España, 2007, Pag. 25.

⁵⁴ CACERES JULCA, Roberto. **“Las medidas de Coerción Procesal”**. Editorial IDEMSA, Lima – 2008. Pag. 40.

se sustenta en la correspondencia razonable entre el hecho justiciable, la personalidad de su agente y la medida justa, que limita y prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, en este sentido se convierte en un valor inherente a la justicia y al Estado de Derecho.

El origen implícito de la aplicación del principio de proporcionalidad se encuentra en lo preceptuado por Artículo 200, último párrafo de la Constitución cuando nos dice que: *"Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo"*. Su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como establece dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independiente de que aquel se haya declarado o no. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material.⁵⁵

El precepto axiológico de este principio es representado por la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que busca el equilibrio entre el grado de sospecha y el grado de restricción que pueda ser aplicado por las medidas que restrinjan derechos fundamentales para preservar los fines del proceso penal.

Principio se comporta como *"técnica de control de constitucionalidad de las medidas de los poderes públicos impeditivas o restrictivas de los derechos fundamentales"*. Para nuestro Tribunal Constitucional el "principio de proporcionalidad es uno de naturaleza constitucional que se deriva de la cláusula del Estado Democrático de Derecho, consagrada en el Artículo 43 de la Carta Magna de 1993"⁵⁶. Asimismo indica que "La proporcionalidad, por su parte, (...) conjunto al principio de razonabilidad, (...) alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre

⁵⁵ Exp. N° 0010-2002-AI/TC. Lima, 03 de enero de 2003.

⁵⁶ Exp. N° 791-2002-HC/TC. Lima, 21 de julio de 2002.

idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso. De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, (...) comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad (...), examen de idoneidad y de necesidad. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”⁵⁷.

Asimismo este principio lo tenemos también desarrollado en nuestro Código Penal en su Artículo VIII del Título Preliminar⁵⁸ y en el Artículo 25, inciso 17 del Código Procesal Constitucional, referidos a los proceso de Habeas Corpus.⁵⁹

Este principio está constituido a vez por tres sub-principios: a) idoneidad, b) necesidad y, c) proporcionalidad en sentido estricto, que a continuación citaremos:

c.1) Sub principio de idoneidad o adecuación.-

La aplicación del sub principio de idoneidad conlleva a establecer la existencia de una relación de causalidad entre los base fácticos de la norma y el fin que se busca conseguir, para tal efecto excluye las medidas neutrales o negativas que no contribuyen de modo alguno con el fin inmediato.

⁵⁷ **Exp. N.º 045-2004-PI/TC.** Lima, 29 de octubre del 2005.

⁵⁸ **ARTÍCULO VIII.-** *Proporcionalidad de las sanciones. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes* Artículo modificado por Ley N° 28730, publicado en el Diario Oficial El Peruano de fecha 13 de mayo de 2006.

⁵⁹ **Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. Artículo 25 inciso 17.** *Proceso de Habeas Corpus: Derechos Protegidos.- El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de (...) proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.*

Para **GIMENO SENDRA** "El principio de idoneidad constituye un **criterio de carácter empírico**, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las inferencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación.⁶⁰ En este sentido, refiere que "una medida es idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado **se acerca o facilita**, y no lo es si se aleja o dificulta o, simplemente en los casos más claros, si la inferencia no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin previsto por la norma". Agrega que es necesario "trazar la frontera entre las medidas no absolutamente idóneas que deben reputarse legítimas desde el punto de vista de la observancia del principio de idoneidad y aquéllas que deben excluirse por resultar inidóneas y por tanto, desproporcionadas.⁶¹

Este sub-principio está constituido a su vez por dos elementos:

i. Fin constitucionalmente legítimo.-

El presente elemento también llamado de no arbitrariedad resulta previa a establecer la idoneidad de la aplicación de la norma o medida implicando la necesidad de "realizar un análisis que se hace de la norma para corroborar la legitimidad constitucional de la misma, determinando "cuál es el fin perseguido por la inferencia, pues si dicho fin es ilegítimo o irrelevante, la medida habrá de reputarse de antemano inadmisibles por ser absolutamente arbitraria"⁶².

ii. idoneidad de la medida restrictiva de derechos.-

La medida limitativa de derecho debe ser adecuada e inmediata a la materialización de un fin constitucional relevante, cualquier otra finalidad que

⁶⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Editorial Colex, Madrid, 1990, Pág. 154

⁶¹ Idem, pág. 156

⁶² GONZALES CUELLAR, Serrano Nicolás, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Editorial Colex, Madrid, 1990, Pág. 196

no responda a lo expresado vicia de contenido la medida restrictiva de derechos.

c.2.) El sub principio de necesidad.-

La aplicación del principio de necesidad implica un juicio de comparación entre dos o más medidas alternativas que cumplan los fines que se pretendan cautelar, escogiendo de ellas a aquella que permite lesionar en menor medida los derechos fundamentales que se encuentran en juego, no siendo necesario verificar un idéntico grado de idoneidad entre las diversas medidas restrictivas, sino que se traten de medios suficientemente eficaces y sobre todo útiles para conseguir la finalidad perseguida, pudiendo no ser siempre medida más gravosa la que asegure el fin perseguido, pues si bien resulta con mayor intensidad para tal fin puede devenir en inútil. En otros términos, la medida restrictiva de libertad personal, debe ser la única capaz entre otras medidas de alcanzar la finalidad que con ella se busca al menor costo posible para el derecho que se pretende afectar.

La estructura de este sub principio se puede dividir en: **i.** La elección de los medios alternativos, **ii** El análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos y **iii.** La búsqueda de un medio menos lesivo para un derecho constitucional.

Con respecto al primer elemento es necesario como puede inferirse en un juicio de comparación y análisis entre los diferentes medios para cumplir el fin de la norma. Así, **BERNAL PULIDO** refiere que "el principal criterio para seleccionar los modelos alternativos consiste en que estos revistan algún grado de idoneidad para contribuirá alcanzar el objetivo propuesto por la norma desde su fin inmediato.⁶³ En efecto, "el criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se

⁶³ BERNAL PULIDO, Carlos, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales , Madrid, 2003, Pág. 737

esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista”⁶⁴

En lo tocante al segundo elemento es menester determinar la eventual intensidad con la se afectara el derecho fundamental mediante la medida restrictiva a imponerse a fin de lograr el fin buscado, partiéndose de su eficacia frente a otras medidas tendientes a dicho fin, tratando así de encontrar la medida adecuada que logre el fin inmediato que prevé la norma atendiendo al momento que es aplicada siempre afectando el derecho en su menor intensidad en lo posible.

Finalmente el tercer elemento implica la existencia de un estudio o análisis empírico buscando el medio más benigno promedio que afecte el derecho fundamental.

c.3) El Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.-

El sub-principio de proporcionalidad propiamente dicho viene a ser el núcleo del principio de proporcionalidad en sentido amplio, que tiene como fin (función negativa), el impedir que el imputado sufra una medida excesiva con la restricción de derechos fundamentales. Así como resulta evidente se origina en el amplio principio de prohibición de excesos, y se sitúa, por tanto, dentro del esquema medio-fin que subyace a este último. Ahora bien, presupone en principio **el estudio de la relación empírica medio-fin** atendiendo a los principios de idoneidad y necesidad, asegurando así la eficacia de los derechos individuales dando protección a los intereses particulares mediante la ponderación de valores y el equilibrio de los intereses en juego en el caso concreto.”⁶⁵

Dicha ponderación, consiste en comparar los principios constitucionales que se encuentran en contraposición; para hacer un balance costo beneficio. Así tendremos que de un lado se encuentran los bienes

⁶⁴ Exp. N° 6712-2005-HC/TC, Lima, 17 de octubre del 2,005

⁶⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, Op. Cit. Pág. 230

constitucionales y los beneficios que se pretende obtener, del otro lado los bienes jurídicos que resultan afectados con la lesión; luego se procederá a pesar ellos, a fin de determinar de qué lado se inclina la balanza. Así la ponderación ha de efectuarse desde la perspectiva del derecho fundamental que va a limitar en su ejercicio, determinando así, si la medida a adoptar resulta proporcionada a la defensa del bien jurídico que se pretende tutelar; por ello la proporcionalidad en sentido estricto deberá ser entendida conforme a los requerimientos de la finalidad de la tutela que es el objeto de ponderación, de lo que se desprende que la medida limitativa de derecho debe ser proporcionada a la gravedad del delito, sin embargo ello no significa que una medida menor pueda satisfacer los requerimientos del bien jurídico tutelado.⁶⁶

d. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

El criterio de razonabilidad esta referida a un “juicio de arbitrariedad” judicial que busca establecer que la justificación o fundamento de la medida objeto de juicio se base en una finalidad que tenga legitimación en la justicia como valor axiológico superior, que implique que deba concordarse con los cánones y valores socialmente imperantes con el fin de encontrar una justificación lógica interpretativa formal y sustancial, lo que permite que las medidas cautelares a adoptarse, no sean arbitrarias, que estén justificadas en los principios de la lógica y en las máximas de la experiencia y de la razón, que en suma la medida cautelar sea impuesta como producto de un elemental sentido de justicia y de equidad.

Así, para el efecto es necesario realizar un tes de razonabilidad que viene a ser un análisis de la proporcionalidad vinculado a lo justo y equitativo siendo, por tanto, un parámetro de constitucionalidad que evita la arbitrariedad “comporta a su vez que no puede haber una medida cautelar que no sea a la

⁶⁶ *El principio rector del derecho penal peruano conocido como el principio de proporcionalidad en sentido estricto, requiere de un juicio de ponderación entro la carga de privación de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con la pena aplicada”, Exp. N° 983-05. 1° Sala Penal de la Corle Superior de Junin. Código Penal 10 años de Jurisprudencia Sistematizada. ROJAS VARGAS Fidel e INFANTAS VARGAS. Editorial IDEMSA. Lima, 2005, Pág. 55.*

vez proporcional y razonable, por tanto al afectarse cualquiera de ellas también se afecta a la otra, porque ambas conforman el parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar el valor superior de justicia en la actuación de los órganos jurisdiccionales. En este sentido debe tenerse en cuenta que la razonabilidad parte de la idea de donde hay la misma razón hay el mismo derecho; este precepto se materializa en la utilización de criterios objetivos y en la aplicación de los valores y principios constitucionales, ante la disyuntiva del órgano jurisdiccional respecto a escoger entre las diversas opciones legítimas cautelares que puede aplicar, debiendo si aplica correctamente este principio preferir, sólo aquella medida coercitiva que reúna dos elementos: aptitud suficiente para cumplir los fines del proceso y que afecte en menor medida los derechos fundamentales del procesado.”⁶⁷.

El principio de razonabilidad sugiere una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.⁶⁸

El principio de razonabilidad se encuentra plasmado implícitamente a nivel procesal en el inciso 17 del Artículo 25° del Código Procesal Constitucional⁶⁹, referidos a los derechos protegidos por el Habeas Corpus y a nivel constitucional en el Artículo 200° de nuestra Carta Magna,⁷⁰ en su último párrafo, cuando nos dice que:

⁶⁷ Pag. 63.

⁶⁸ Exp. N° 2192-2004-AA/TC. Lima, 20 de octubre de 2004.

⁶⁹ **Artículo 25.- Derechos protegidos;** *Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual. (...) 17. El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.*

⁷⁰ **Artículo 200.-** *Son garantías constitucionales: 1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. 3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que*

"Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo"

Vienen al caso asimismo resaltar lo pronunciado por el Tribunal Constitucional que reconoce la aplicabilidad de este principio en nuestro ordenamiento constitucional, cuando sostiene que "el principio de razonabilidad (...) expresamente formulado en el Artículo 200° de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad en un sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia".⁷¹

e. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad viene a ser aquel criterio que informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el poder legislativo al momento de determinar cuales son las conductas prohibidas, así como respectivas sanciones lo que a su vez resulta una garantía a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio, que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa.

Respecto a esto ultimo **URQUIZO OLAECHEA**⁷², menciona que "el principio de legalidad (...) exige que el estado proteja al individuo y a la

vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución. 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º de la Constitución.

⁷¹ Exp. N° 090-2004-AA/TC. Lima, 05 de julio de 2004.

⁷² URQUIZO OLAECHEA, José. **"En Código Penal Comentado. Tomo I"**. VVAA. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – 2004, Pág. 40.

sociedad no solamente con el derecho penal, sino también del Derecho Penal. Esto significa que el principio de Legalidad obliga al Estado por un lado, a preocuparse por disponer de los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y por otro, a encontrar – dentro del ordenamiento jurídico – límites a su actividad punitiva.”

Así, al igual que las penas a imponer, también toda medida coercitiva va para su cabal aplicación ha de estar restablecida en forma expresa en una ley, ya que solo si así lo fuera, se podrá invocarla y aplicarla. Este principio tiene rango constitucional ya que así lo preceptúa el Artículo 2° inciso 24 parágrafo b de la Carta Magna, cuya aplicación es obligatoria, por cuanto de por medio se encuentra en juego un derecho fundamental de la persona, cual es su libertad.⁷³

La sujeción del derecho a la Ley fundamental, como fuente de delitos y penas, viene a configurar el principio de legalidad constituyendo un rasgo distintivo del Estado de Derecho lo que en palabras del maestro **JIMENEZ DE ASUA “termómetro que mide el calor de las convicciones liberales”**,⁷⁴ al representar un límite al ejercicio monopolístico del *ius puniendi* del Estado, ya que parte de la idea de la equidad en la administración de Justicia, sustentada en la previsibilidad y confianza en la Ley.⁷⁵

Según este principio sólo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley en la forma y por el tiempo señalado en ella. Tratándose de un derecho fundamental de la persona, como la libertad, que se vería afectado por la coerción durante la prosecución de un proceso, es

⁷³ DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. **“El Nuevo Proceso Penal”**, Editorial IDEMSA. Lima - 2007. Pág.355 - 358.

⁷⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luís. **“La Ley y el Delito, Principios de Derechos Penal”** Editorial Sudamericana. Buenos Aires – 1984, Pág. 123.

⁷⁵ El principio de Legalidad, íntimamente vinculado a la labro de tipificación, exige al juzgador, al analizar el hecho denunciado y acaecido en el mundo fenomenológico, lo compare con la norma que describe la conducta infractora, a fin de determinar si existe la necesaria identidad entre ambos.

imprescindible tener en cuenta el mandato constitucional contenido en el párrafo b) del inc. 24 del Artículo 2°. ⁷⁶

El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

Finalmente garantías del principio de legalidad resulta:

a) *Lex scripta* que implica que la única fuente de creación un delito o medida restrictiva es la ley.

b) *Lex certa* que conlleva a la necesidad de preestablecimiento normativo de los supuestos de restricción de la derechos fundamentales o conductas punibles.

c) *Lex Stricta* comporta que la norma penal o restrictiva a ser aplicable anuden la sanción o la medida restrictiva a conductas que reúnan determinados elementos o requisito objetivamente realizables.

f. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

El principio de inocencia resulta aquel estado o derecho que busca el respeto a la dignidad personal del imputado al que se le reconoce durante todo el proceso traducido en un estado jurídico de no culpabilidad respecto a la imputación de un delito. Este principio de viene a ser la primera y principal garantía, frente a un procedimiento penal o administrativo sancionador, siendo un derecho fundamental de la civilización moderna, que tutela la inmunidad de ser no culpable, ello es producto de un Estado Social y Democrático, donde la paliación del derecho parte de la protección del inocente como elemento esencial del principio universal de justicia que fundamenta el contrato social, constituyéndose en el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

⁷⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor *“El Proceso Penal Teoría – Práctica”*. Editorial PALESTRA. Lima – 2003. Pág. 253.

Para **FERRAJOLI**⁷⁷ “este principio fundamental de civilidad es fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la inmunidad de algún culpable (...) la presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el Estado de Derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia y de esa específica defensa que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo. En palabras de **PAULESU** este Derecho fundamental viene a ser una garantía, toda vez que se exige su cumplimiento y respeto por parte del estado, siendo a su vez, un principio informador del proceso penal, ya que “no existe un principio que exprese mejor que la presunción de inocencia, el grado de garantismo de un sistema procesal penal”.⁷⁸

El Artículo 2º inciso 24 lit. “e” de la Constitución Política consagra que ***toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad***. En un proceso penal democrático y garantista, el imputado no esta en la obligación de probar su inocencia, es el órgano acusador el preterido por ley para probar con una mínima prueba de cargo su responsabilidad penal. Esta garantía constitucional reviste a la persona del imputado desde el momento en que es objeto de una imputación criminal, que le asiste en toda la secuencia del procedimiento y que finalmente solo puede enervarse con una prueba de cargo suficiente que a criterio del juzgador se acredite fehacientemente la responsabilidad penal. La condición jurídica de inocencia, significa que solo puede ser sometido a determinadas medidas judiciales que se consideren indispensables para que el proceso penal arribe a sus fines esenciales, los cuales deberán sujetarse a los principios de excepcionalidad, de necesidad y de proporcionalidad. Del principio de presunción de inocencia se deriva el *in dubio pro reo*⁷⁹, que como señala

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi “**Derecho y Razón**”. Editorial TROTTA S.A. Madrid – 1995, Pág. 549.

⁷⁸ PAULESU, PP “**Presunzione di non Colpevolezza**”. En *Digesto delle Discipline Penalistiche*. Vol. IX. Editorial UTEHA. Torino – 1995, Págs. 670-671.

⁷⁹ Es una locución **latina**, que expresa el principio jurídico de que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al **imputado** o **acusado (reo)**. Es uno de

HUERTAS MARTIN, constituye una regla interpretativa, en virtud del cual, una vez examinado todo el material probatorio, si el órgano judicial duda del sentido del mismo, ha de resolver sin vacilación a favor del acusado, procediendo a dictar una sentencia absolutoria o una sentencia, conforme a las tesis mas favorable para la defensa.

El principio de *in dubio pro reo* se encuentra consagrado constitucionalmente en el Artículo 139º inc. 11, que señala: “*La aplicación de la ley mas favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales*”, interpretando exegéticamente su aplicación procede cuando las pruebas de cargo no son suficientes para alcanzar un alto grado de certeza y de convencimiento al Juzgador sobre la responsabilidad penal del imputado. En consecuencia, la prohibición de condena en los casos de duda acerca de la responsabilidad penal del imputado, recluyen un convencimiento parcial o una insuficiencia probatoria o en su defecto la aplicación de aquella tesis mas favorable a los intereses jurídicos del imputado; la sujeción estricta al Estado de Derecho a veces demandad sacrificios y a veces uno de ellos es de absolver al culpable por falta de pruebas o por no detentar aquellas un convencimiento firme acerca del *thema probandum*.

El principio de inocencia comporta implica doble garantía: 1) **Como regla probatoria** que parte de la idea que el imputado no tiene que probar, por lo que resulta inadmisibile la presunción de culpabilidad. 2) **Como regla de tratamiento o de juicio del imputado**, implica que la resolución judicial, sin probarse previamente y legalmente que el procesado presenta elementos de juicio o prueba suficientes su culpabilidad a parecer que efectivamente lo es.

g. PRINCIPIO DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN.

Según GLANFORMAGGLO⁸⁰ Motivar significa justificar y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en líneas de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de control.

los pilares del **Derecho penal**, que va íntimamente ligado al **principio de legalidad**, y podría traducirse como “ante la duda, a favor del reo”.

⁸⁰ GLANFORMAGGLO, Leticia. “**La Teoría General del Derecho, Problemas y Tendencias Actuales**”. Estudio dedicado a NORBERTO BOBBIO. Editorial La Comunidad. Milán - 1983, pag. 136.

La motivación constituye la vía de verificación de la actuación judicial que no puede limitar su funcionalidad al ámbito de las relaciones inter partes, sino que asume una función extra - procesal, tal como se desprende del Artículo 139° inciso 5 de nuestra Carta Magna:

"La motivación escrita de todas las resoluciones en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustente".

Este principio preceptúa que la medida cautelar a adoptarse, sea producto de un auto fundado, es decir, que la resolución sea motivada, tanto en fundamentos fácticos como jurídicos y que el juicio de ponderación se haga de los primeros y en los últimos se materialice a través de un criterio de razonabilidad que respete el principio de proporcionalidad, como canon indispensable para determinar la aplicabilidad de la medida de coerción.

Se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida - lo que no es raro que suceda en la práctica - mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación.

Según BINDER⁸¹: "la solución jurídica de un caso nunca resulta de la aplicación «automática» de la ley. Por el contrario, a partir del conjunto del sistema normativo, los jueces deben construir o hallar la norma concreta que soluciona el caso, también concreto. Esa norma concreta surge de la conjunción de varias normas, que interactúan y se modifican mutuamente. El sistema jurídico es un orden dinámico, con capacidad para concentrarse, por medio de la actividad judicial, en una solución individual."

⁸¹ BINDER, Alberto M. **"Iniciación al Proceso Penal Acusatorio"**. Editorial Alternativas S.R.L. Lima – 2002. Pag. 107.

Según COLOMER HERNÁNDEZ⁸²: "Motivación es un discurso, elaborado por el juez, en el cual se desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al *thema decidendi*⁸³, y en el cual, al mismo tiempo, el juez da respuesta a las demandas y a las razones que las partes le hayan planteado. Por tanto, son dos las finalidades que configuran la esencia de la actividad motivativa, de una parte el hecho de ser una justificación racional y fundada en derecho de la decisión, de otra parte, el dato de contrastar o responder críticamente a las razones o alegaciones esgrimidas por cada una de las partes".

La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho.

h. EL DERECHO DE DEFENSA.

Consiste en el deber estatal de conceder a cada interesado la posibilidad de actuar en el proceso inmediatamente y a lo largo de él. A fin que pueda contestar con eficacia las imputaciones o acusaciones existentes, articulando en igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios dentro del proceso.

Toda persona desde que está sujeto a una coacción mediata o inmediata en la que se ordena su comparecencia ante autoridad policial, fiscal o judicial, debe conocer las razones por la que es llamado a declarar, no será el caso de aquella persona detenida en flagrancia delictiva, ya que en esos casos el detenido conoce notoriamente la causa de su detención; en definitiva, las

⁸² COLOMER HERNANDEZ, Ignacio. **"La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales"**. Editorial Tiran Lo Blanch. Valencia – 2003, Pag. 44.

⁸³ Tema de decisión. Viene circunscrito tan sólo a determinar si proceden las secuelas indemnizatorias por una denuncia unilateral producida con evidente abuso de derecho y ausencia de justa causa.

tareas de los agentes policiales, al margen de establecer la notoriedad del conocimiento delictivo por parte del imputado, deben de hacer conocer a éste la conciencia de lo hecho y de su resultado. *"Un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho - regla de la tutela procesal efectiva".*

Se encuentra previsto en el nuevo Código Procesal Penal, en el Artículo IX del Título Preliminar 332° y en nuestro ordenamiento constitucional se encuentra previsto en el Artículo 139 inciso 14, cuando dice son principios y derechos de la función jurisdiccional:

"El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con su defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

Según RUBIO CORREA: "cubre todos los aspectos posibles de las personas frente al Estado y sus diversas entidades, incluido el ámbito de procedimientos administrativos. La defensa también protege a las personas en los procedimientos de sanciones llevados a cabo en instituciones privadas (...) con lo que resulta evidente que incluye a todo tipo de entidad jurídica de derecho privado".

III. PACTOS Y CONVENIOS PROTECTORES DE LA LIBERTAD EN LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL.

La Detención Preliminar Judicial es regulada en nuestra legislación nacional y tiene como base a las normas de los convenios suscritos por el Perú, país miembro de diversos organismos que protegen los Derechos Humanos. Es así que al suscribir la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto de San José de Costa Rica, estas normas fueron

incorporadas a nuestra Constitución del año 1993 e ingresaron al sistema legal, en la que reconoce la Libertad Personal y las restricciones de ésta cuando incumplen algún hecho previsto en la ley.

A. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Que a través de la historia no se le ha dado la importancia que se requiere en cuanto al reconocimiento de los derechos de la persona, protección a la persona y respeto a su dignidad, sin embargo que a finales de siglo XVIII se dieron las primeras luces del reconocimiento de los derechos del hombre esto se tradujo en una de las consecuencias con mayor alcance histórico de la Revolución la cual fue **LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO FRANCESA** de 1789. En su doble vertiente, moral (derechos naturales inalienables) y política (condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos naturales e individuales), condiciona la aparición de un nuevo modelo de Estado, el de los ciudadanos, en un Estado de Derecho, democrático y nacional. Aunque la primera vez que se proclamaron solemnemente los derechos del hombre fue en los Estados Unidos en 1776 y Constitución de los Estados Unidos en 1787), la revolución de los derechos humanos es un fenómeno puramente europeo. Es así que el distinto alcance de ambas declaraciones es debido tanto a cuestiones de forma como de fondo. La declaración francesa es indiferente a las circunstancias en que nace y añade a los derechos naturales, los derechos del ciudadano. Pero sobre todo, es un texto atemporal, único, separado del texto constitucional y, por tanto, con un carácter universal, a lo que hay que añadir la brevedad, claridad y sencillez del lenguaje. De ahí su trascendencia y éxito tanto en Francia como en Europa y el mundo occidental en su conjunto.

Por lo que en la declaración universal de los derechos humanos sea considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; sin embargo el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de

un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Es esencial que la persona conozca sus derechos humanos y que sean regulados y protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión en un gobierno de facto. Asimismo uno de los objetivos esenciales es promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones y que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. Además en la presente declaración los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

Por lo anteriormente indicado tenía que encontrarse regulado principalmente para la protección de la persona humana es que el 10 de Diciembre de 1948, se aprobó y proclamó La Declaración Universal de los Derechos Humanos en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios". Así mismo estos derechos fueron acogidos en nuestra Carta Magna en su Art. 2, que se encarga de establecer en nuestro orden jurídico nacional la protección a la persona sin distinciones de ningún tipo.

LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS** como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la

enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Por lo que en su **Artículo 9** de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos reza que **Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado**. Este artículo prohíbe la detención sin mandato judicial y la detención sin la flagrancia delictiva, es así que en nuestro ordenamiento jurídico legal protege la libertad personal y se instaurar la institución de la detención la cual mediante la constitución y el código procesal penal establece que nadie puede ser detenido sin que exista orden de la autoridad judicial o sin que se le encuentre a la persona en flagrante delito, y acota el Código Procesal Penal (D. Leg. 957) vigente es que después de 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.

B. CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José).

El Pacto de San José fue Suscrito en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica desde el 7 hasta 22 de noviembre de 1969. Por lo que el Perú es país miembro firmó 27 de julio del año 1977 y se adhirió el 12 de julio del año 1978. Siendo que este derecho de la libertad personal se encontraba estipulado en la constitución del año 1979 y se encuentran recogidos en nuestra constitución de 1993 en su Artículo 2 del numeral 24.

Es así que en su **Artículo 7 se refiere sobre el Derecho a la Libertad Personal. Lo cual se describe estos supuestos** en los siguiente numerales **1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las**

condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

De otro lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7 inciso 2) señala: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Al interpretar esta disposición la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha precisado que: “(...) nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”⁸⁴.

⁸⁴ Caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 47.

En consecuencia, como señala HUERTA “la privación de la libertad personal sólo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previstos en la Constitución o la ley. En caso contrario, estaremos ante una medida de carácter ilegal (privación ilegal de la libertad) que se encuentra prohibida a nivel nacional e internacional”⁸⁵.

C. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Las normas internacionales sobre derechos humanos establecen restricciones a la libertad personal. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9, inciso 1) señala: “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

IV. EL HABEAS CORPUS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN ANTE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

En la actualidad, visto al Habeas Corpus como una medida de protección ante las medidas de coerción procesal del Nuevo Código Procesal Penal procedería ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

- La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

⁸⁵ Huerta Guerrero, Luis Alberto. *Liberta personal y hábeas corpus: Estudios sobre jurisprudencia constitucional*. Limas: Comisión Andina de Juristas, 2003. p.12.

- El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
- El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
- El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24) del Artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
- El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia
- El derecho a no ser detenido por deudas.
- El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del Artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
- El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.

- El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.
- El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.
- El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.
- El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

También procedería en cuanto a la defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.⁸⁶

La novedad que trae el Código Procesal Constitucional sobre el Habeas Corpus, es la extensión en el ámbito de protección, que además de la libertad individual, ampara otros derechos fundamentales conexos con ésta⁸⁷ especialmente cuando se trata de:

- **El Debido Proceso.-** El cual comprende los derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, de probar, de defensa, de no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos a los previstos por Ley, de la pluralidad de instancias, de obtener una resolución fundada en derecho, de no revivir procesos fenecidos, de legalidad, entre otros.
- **La Inviolabilidad de Domicilio.-** Referido al domicilio constitucional, no al domicilio civil que sirve para imputar obligaciones y responsabilidades o determinar la competencia del Juez. El domicilio

⁸⁶ http://www.tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html

⁸⁷ Expediente N° 2663-2003-HC/TC. Caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca.

donde se habita, el mismo que garantiza la libertad personal, donde puede uno hallarse en absoluta libertad, recinto cerrado que sirve de morada, para pernoctar, descansar o hacer lo que intimidad permite.

Estos derechos revisados ahora por el Habeas Corpus, han dado lugar a una carga de demandas, debido a un error de interpretación que obvia su aspecto teleológico y malentendiendo el Habeas Corpus preventivo.

A. EL HABEAS CORPUS PREVENTIVO.

Sólo procede en los casos que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la Ley de la materia. Al respecto, es requisito *sine qua non*⁸⁸ de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución, por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.⁸⁹

La inminencia de que se produzca el acto vulnerador, esto es, que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios; y,

La amenaza debe ser cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado las conjeturas o presunciones.⁹⁰

Los derechos conexos a la libertad individual, deben ser entendidos como aquellos que se hallan conectados o vinculados a ella; o sea, que su

⁸⁸ **Conditio sine qua non** o **condicio sine qua non** es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir "condición sin la cual no". Se refiere a una acción, condición, o ingrediente imprescindible y esencial. En tiempos recientes ha pasado de un uso meramente legal. En latín tardío, que es como se acuñó la locución, la fórmula emplea *conditio*, pero actualmente la frase se encuentra a veces con la palabra *condicio*, que es la forma del latín clásico (en latín clásico, *conditio* sólo tenía el sentido de "fundación") en español normalmente se traduce a condición.

⁸⁹ Expediente N° 2663-2003-HC/TC. Caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca.

⁹⁰ Expediente N° 2435-2002-HC/TC y Expediente N° 2484-2006-PHC/TC. Caso Raúl Armando Haro Graciano.

afectación necesariamente derive en una vulneración a la libertad individual. Por ejemplo, si bien la vulneración al derecho a la tutela procesal efectiva, es susceptible de protección, en principio, por el proceso de amparo Inc. 16) del Art. 37º del C.P. Constitucional empero, si este conlleva a una violación o amenaza del derecho a la libertad individual, de manera real e inminente; sólo en este contexto, sería posible su tutela vía el habeas corpus.

Se debe tener en cuenta los alcances para no recurrir indebidamente a esta vieja institución, ya que su uso abusivo y desmedido, lo desprestigia, le falta el respeto y sometimiento al que todos le debemos.

No es impropio esperar que en el terreno de las medidas cautelares también se deje ver el rabillo de la crisis de un cambio algo abrupto en cuanto al Nuevo Código Procesal Penal, caracterizada por la más persistente ofensa de los derechos fundamentales, apreciado por la cultura judicial inquisitiva que tiene aún pendiente la asignatura constitucional y que en la práctica se ufana de imponer las medidas coercitivas como condenas anticipadas o adelantos de sanción.

El peligro procesal, se configura en la medida que tal providencia recoja datos o evidencias que acrediten, que el imputado, desatiende las citaciones de la investigación preliminar, deja intempestivamente su domicilio, viaja de improviso al interior del país o extranjero, que abandona sin justificación su trabajo. Otro tanto ocurrirá si se establece que ha amenazado o corrompido a los testigos o busca alterar o destruir las fuentes de prueba. En estos supuestos de peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, a que se refiere el Artículo 269º del nuevo Código Procesal Penal,⁹¹ es que el Juez puede despachar un mandato de detención preventiva o procesal no en

⁹¹ **ARTÍCULO 269º Peligro de fuga.-** Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta: **1.** El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; **2.** La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; **3.** La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él; **4.** El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

calidad de condena anticipada, sino de medida instrumental dirigida a salvar los fines inmediatos y mediatos del proceso.

No se trata, según se ve, de llenar las cárceles para que alguien aumente su fama de Juez “severo” o inflexible, que aspira ver reflejada en las páginas de un periódico, sino de regirse puntualmente por los siempre justos criterios de razonabilidad y proporcionalidad contemplados en el Artículo 200 de la Constitución,⁹² cuando haya que limitar o restringir derechos fundamentales, como la libertad del procesado. Hacer lo contrario es enormemente grave y bien podría ser calificado de secuestro.

Las medidas cautelares, de coerción, en especial las personales, se rigen por la libertad como regla y la detención como excepción, es una de las que exhibe el servicio de justicia penal. Cuando el operador olvida que la detención es el último recurso y que los fines del proceso pueden ser bien servidos mediante la adopción de otras medidas cautelares como la comparecencia, simple o con restricciones complementarias, entonces muy poco nos habremos alejado de la barbarie procesal penal.⁹³

B. EL HÁBEAS CORPUS REPARADOR.

Ésta Institución Jurídica es recogida en la legislación que regulaba la materia y lo vemos hoy en la constitución de 1993. Considerado el tipo clásico

⁹² **Artículo 200°.** *Son garantías constitucionales: 1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. 3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5,6 y 7 de la Constitución. 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley (...).* **REFERENCIA A LA LEY 26470.**

⁹³ C:\Users\Usuario\Downloads\Derecho y Sociedad » Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal.mht

de hábeas corpus, procede ante las privaciones arbitrarias del derecho a la libertad personal. El acto lesivo más común ante el cual se inicia un proceso de este tipo es la detención y figuras como el arresto, aprehensión, retención prisión, así como establecer la diferencia entre lo que podría considerarse una detención arbitraria.

La detención consiste en la privación de la libertad de una persona, en tanto se encuentra vinculada a la comisión de un acto delictivo, a fin de asegurar su presencia en el transcurso del proceso y los efectos jurídicos de la sentencia que se emita sobre el particular. Se trata de una medida cautelar personal que es dictada siempre y cuando se cumpla con determinados requisitos.

Por otro lado, la figura del arresto constituye una forma de privación de la libertad ordenada por la autoridad competente como medida de apremio, para obligar a que el sujeto adopte una determinada conducta en un supuesto específico o como medida sancionadora.

El código procesal constitucional peruano ha previsto en su artículo 22º una serie de medidas que puede adoptar el juez constitucional a fin de hacer efectivas sus sentencias. Así, ha contemplado la posibilidad de que el juez establezca multas fijas o acumulaciones e incluso disponga la destitución del responsable.

La aprehensión, por su parte, constituye, en sentido estricto, un acto de colaboración con la justicia por parte de los particulares, en virtud del cual detienen a una persona en caso de flagrancia delictiva, producida la aprehensión deben trasladar al sujeto ante la dependencia policial más cercana o retener al delincuente hasta que las autoridades policiales se constituyan allí.

Las notas distintivas de la aprehensión son a saber las siguientes: en primer lugar, se trata de una autorización y no de una potestad, propia de la autoridad pública. De allí que los particulares no están obligados a detener a una persona que vean que está cometiendo un delito o lo ha cometido

momentos antes. No estamos ante una obligación legal que les sea exigible como sí ocurre con las autoridades policiales. En segundo término, es necesario que estemos ante una situación de flagrancia delictiva. Finalmente, lo que busca esta forma de detención es que el sujeto aprehendido sea puesto a disposición de las autoridades policiales, no rigiendo para este caso los plazos de consagrados constitucionalmente⁹⁴ y previstos específicamente para la detención policial.

Para el tribunal Constitucional peruano, la flagrancia delictiva, según lo establecido en su sentencia recaída en el caso “Rafael Leonardo Carpio Castro”⁹⁵ se configuraría:

“...cuando se interviene u observa en el mismo momento de su perpetración o cuando posteriormente a ella, antes del vencimiento del plazo de su prescripción, existen hechos o pruebas evidentes, sustentados en la técnica o la ciencia, que demuestre la producción del delito”.

El concepto de flagrancia delictiva debe entenderse de forma restrictiva como quiera que su configuración habilite a la policía a efectuar la detención correspondiente. Es por ello, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Florencio Chávez Abarca y otros”⁹⁶, precisó que la sola cercanía de una persona al lugar en el que instantes antes se cometió una conducta delictiva no autoriza a los policías a proceder a su detención. A tenor de lo expuesto por el tribunal Constitucional.

En consecuencia el Tribunal Constitucional peruano agrega en su sentencia: “...d) Que la interpretación realizada por la sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público respecto del tema de la flagrancia, resulta incorrecta, pues tal noción si bien 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

⁹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal. Volumen II*, p. 815.

⁹⁵ Expediente N° 818-98-HC/TC.

⁹⁶ Expediente N° 1324-2000-HC/TC.

pretendiendo huir del lugar de los hechos, tal hipótesis no puede ser forzada hasta el extremo de pretender que la 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...”.

Una práctica recurrente por parte de algunos policías peruanos ha sido de detener a una persona que se había acercado a rendir su testimonio, sustentando dicha detención en el hecho de que a partir de su declaración se habría acreditado su participación en los hechos investigados⁹⁷. Felizmente, el Tribunal Constitucional reconoció que en estos supuestos se produce una detención indebida.

Es menester destacar entonces, que las meras sospechas no pueden ser motivo para que se efectúe la detención policial. Como ya hemos tenido oportunidad de observar, ella sólo podrá hacerse efectiva cuando medie una situación de flagrancia delictiva.

Por otra parte si bien se admite que se puede privar a alguien de su libertad personal, ello será posible siempre que se cumpla con las exigencias de que sea el Estado el que establezca de forma clara y precisa a través de la Ley: el procedimiento, los plazos y las circunstancias que habilitarían a actuar en ese sentido.

C. EL HÁBEAS CORPUS TRASLATIVO.

Es pasible de interposición de esta Institución Jurídica, cuando lo que se pretenda proteger el derecho de la libertad de aquella persona que se encuentra detenida o condenada, pero que ya haya transcurrido el plazo previsto legalmente para la detención o el tiempo de su condena expiró, o cuya libertad ya fue declarada por el juez.

⁹⁷ Expediente N° 019-2000-HC/TC.

Siguiendo con la temática del presente texto solo nos avocaremos a las características que tengan que ver con la detención pero que ya haya transcurrido el plazo previsto legalmente para la detención o cuando no se cumple el mandato de libertad declarada por el juez.

Ello nos llevaría a indicar entonces, según lo señalado por los mismos promotores del Código Procesal Penal, "...los casos en que existe exceso de detención al continuar el procesado detenido más allá del plazo fijado por la Ley, o si el condenado no obstante haber cumplido su condena continúa en prisión". Esto nos lleva al tema del plazo razonable que debe durar una situación de detención o el proceso mismo.

Por otra parte es menester indicar que toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable, máxime si es que permanece detenida durante el transcurso del proceso. Esta noción del plazo razonable comprende no sólo el derecho de que los procesos se desarrollen sin dilaciones indebidas, y por ello evitar que sean excesivamente largos, sino que a su vez comprende el derecho del justiciable a ser sometido a un proceso que no sea excesivamente corto, a tal extremo que no le permita, por ejemplo, formular su defensa en forma debida.

Así Nicolo Trocker⁹⁸ señala: "Razonablemente es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria".

Sin embargo, a través del hábeas corpus traslativo se podrá exigir la tutela sólo del derecho del detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable cuando el proceso que puede encontrarse de por medio demore innecesariamente, es decir, cuando dure más allá de los plazos.

⁹⁸ TROCKER, Nicolo. *Nuovo articolo III Della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*. En *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura Civile*, N° 2, 2001. Citado en sentencia del recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.

Sin lugar a dudas el determinar cuándo estamos ante un plazo razonable supone el examen de diversos elementos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes: en primer lugar, la duración efectiva de la detención. En segundo término, la duración de la detención en comparación con la naturaleza del delito y la pena que podría imponerse al acusado.

Los efectos morales o materiales de la detención en la persona detenida y la conducta del acusado son elementos también que hay que evaluar. Y es que también la conducta del imputado puede dilatar innecesariamente el proceso. Ahora bien igual suerte corre en el caso de las investigaciones, en las cuales también se deberá examinar las dificultades a las cuales pueden enfrentarse las autoridades a efectos de esclarecer los hechos, dificultades que pueden deberse al número de testigos o personas acusadas por el delito, a la necesidad de cooperación internacional, entre otros. No obstante ello, la conducta de las mismas autoridades será otro elemento que deberá tomarse en consideración, a fin de evitar también que sean ellas las que prolonguen de forma irrazonable la duración del mismo proceso.

V. CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR.

El criterio jurisprudencial con el cual se guían los magistrados tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público se ve delimitado de acuerdo a lo descrito en las siguientes resoluciones que pasamos a analizar.

A. PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR.

Se tiene que en cuanto a los presupuestos para la Detención Preliminar, se indica que *“La detención preliminar es una excepción de excepciones ya que implica una vulneración a un derecho fundamental, lesiona el núcleo duro del derecho constitucional de la libertad personal por lo que debe regirse por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Además debe verificarse la*

*existencia de "razones plausibles" acerca de la comisión del delito y de la vinculación del imputado con el mismo"*⁹⁹.

B. INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTOS PARA LA IMPOSICIÓN DE DETENCIÓN PRELIMINAR.

Se tiene que en cuanto al incumplimiento de los presupuestos para la Detención Preliminar, se indica que: *"Para que pueda dictarse mandato de detención preliminar la investigación o diligencias preliminares realizadas por el Ministerio Público deben permitir sustentar que existen elementos o razones plausibles acerca de la responsabilidad del imputado. Los actos de investigación que sustentan la petición fiscal de detención son insuficientes pues sólo se cuenta con la imputación de la víctima o el contenido del certificado médico legal. Tampoco existen actos de investigación realizados por el Ministerio Público para establecer que la conducta del imputado está generando peligro de fuga, más aún si es que no se le ha emplazado para que conozca o responda sobre los cargos en su contra"*¹⁰⁰.

C. ANÁLISIS.

Tal y como se puede observar de las resoluciones mencionas en líneas precedentes, estas en sí delimitan los criterios rectores necesarios para la interposición de la medida de Coerción Personal de Detención Preliminar.

Por otra parte se puede indicar que la persona que es detenida o privada de su libertad por meros indicios necesita de una presunción fundada de su inocencia para obtener su libertad, y esa presunción se derivaba de las diligencias efectuadas. Pero si, por el contrario, las actuaciones venían a dar mayor vehemencia a los indicios, confirmando las sospechas que originaron la detención, el Juez debía expedir auto mandando que la detención preliminar.

⁹⁹ Juzgado de Investigación Preparatoria de Mariscal Nieto – Moquegua; Expediente: 2005-00320-25-2801-JR-PE-1

¹⁰⁰ Sala de Apelaciones de Arequipa; Expediente: 2008-11366-32.

Tal y como se tiene del criterio jurisprudencial peruano es importantísimo que en las diligencias preliminares, concurra todos los requisitos estipulados en la norma adjetiva penal, los mismos que dentro de un Estado de Derecho Democrático Garantista, son inexcusables ya que la detención preliminar debe de ser usada en última ratio, es decir que después de verificar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 261 del código adjetivo penal vigente en nuestra localidad.



CAPITULO II

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS



I. DE LA INFORMACIÓN ESTADÍSTICA.

A. ENCUESTA.

La presente encuesta se encuentra dirigida a los Señores Magistrados del Ministerio Público y Poder Judicial del Distrito Judicial de Arequipa, y a los Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa.

CUADRO N° 01
POBLACIÓN Y MUESTRA

	Población	Muestra
Magistrados Judiciales Penales.	35	20
Magistrados Fiscales Penales.	60	45
Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa.	3500	359

Fuente: Elaboración Personal / Mayo 2009.

Como se puede observar del presente Cuadro N° 01, se tiene que en cuanto a:

Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial, se presentan en 35 unidades de los cuales han respondido 20 de ellas, conformando la muestra para la presente investigación; la obtención de la muestra es debido a que estos han respondido la encuesta.

Fiscales Provinciales y Superiores Penales, se presentan en 60 unidades de los cuales han respondido 45 de ellas, conformando la muestra para la presente investigación; la obtención de la muestra es debido a que estos han respondido la encuesta.

En cuanto a Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa, se tiene de acuerdo a la información proporcionada por la secretaría de imagen institucional de dicho Colegio de Abogados, se tiene

que aproximadamente, presentan 3500 unidades, debido a la gran población que es materia de análisis se utilizará la siguiente fórmula¹⁰¹ para hallar la muestra:

$$n = \frac{N \times 400}{N + 399}$$

Donde n representa al tamaño de la muestra que se va a utilizar y N representa la población existente.

$$n = \frac{3500 \times 400}{3500 + 399}$$

$$n = \frac{1400000}{3899}$$

$$n = 359.$$

En consecuencia se tiene que en cuanto a Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa se ha considerado como muestra a 359 unidades.

¹⁰¹ Fórmula tomada del Libro *Manual de Teoría y Tecnología del Proyecto de Investigación*, pág 175, cuya autoría le pertenece al Dr. Isacc M. Tapia Aréstegui.

Primera Interrogante:

¿Considera que la Medida de Coerción de la detención preliminar tiene que ajustarse a solamente los tres supuestos de aplicabilidad?

a) Cuando 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 la libertad mayor a cuatro años y por las circunstancias del caso puedan desprenderse ciertas posibilidades de fuga; b) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención; c) El detenido logre fugar de un centro de detención preliminar.

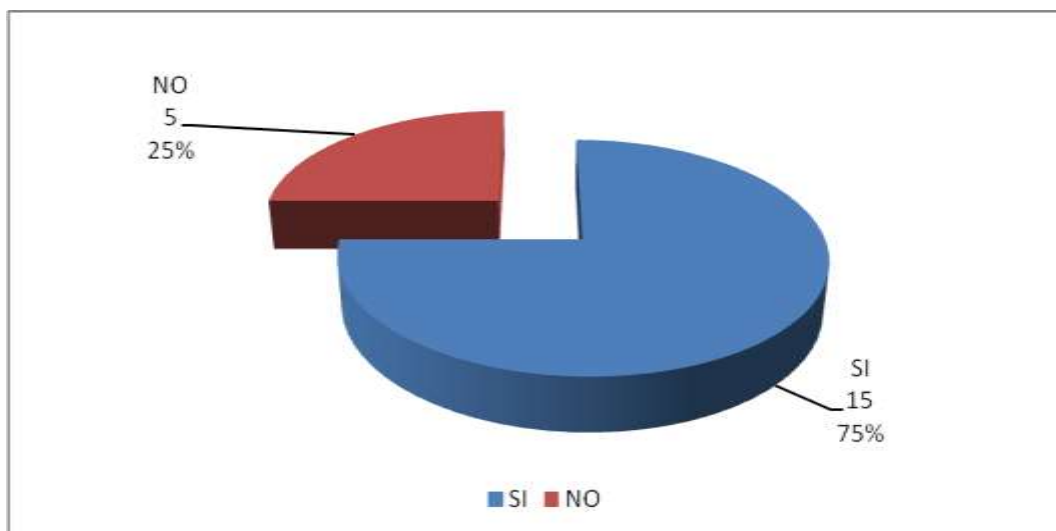
CUADRO N° 02
CUADRO DE FRECUENCIA Y PORCENTAJE

	UNIDADES DE ESTUDIO					
	Jueces y Vocales Superiores Penales del P.J.		Fiscales Provinciales y Superiores Penales.		Abogados litigantes inscritos hábiles en el C.A.A.	
	Frecuencia	%	Frecuencia	%	Frecuencia	%
Si	15	75	36	80	304	85
No	5	25	9	20	55	15
TOTAL	20	100	45	100	359	100

Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

JUECES Y VOCALES SUPERIORES PENALES DEL P.J.

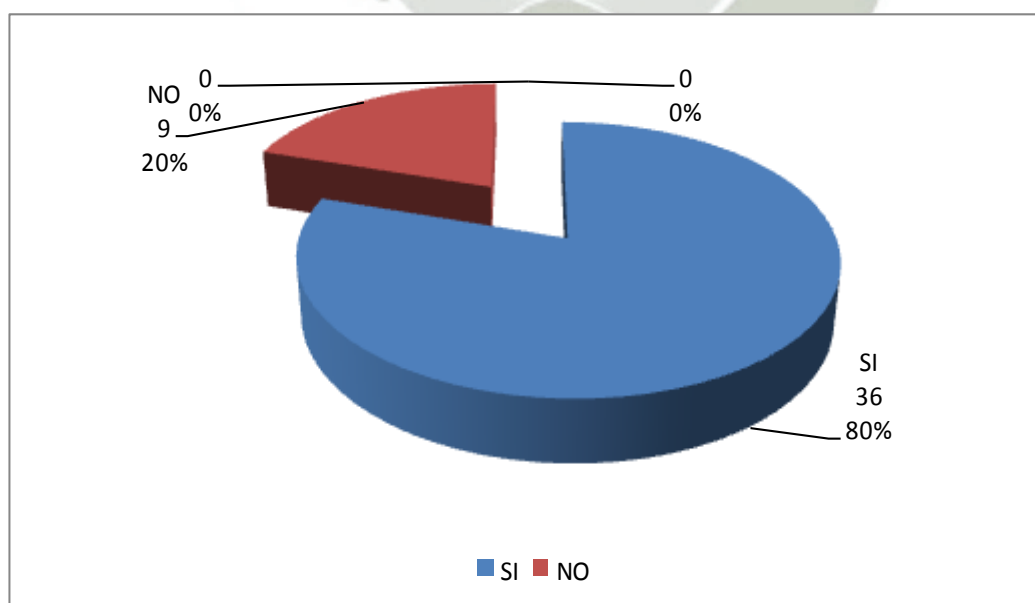
GRÁFICO N° 01



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

FISCALES PROVINCIALES Y SUPERIORES PENALES.

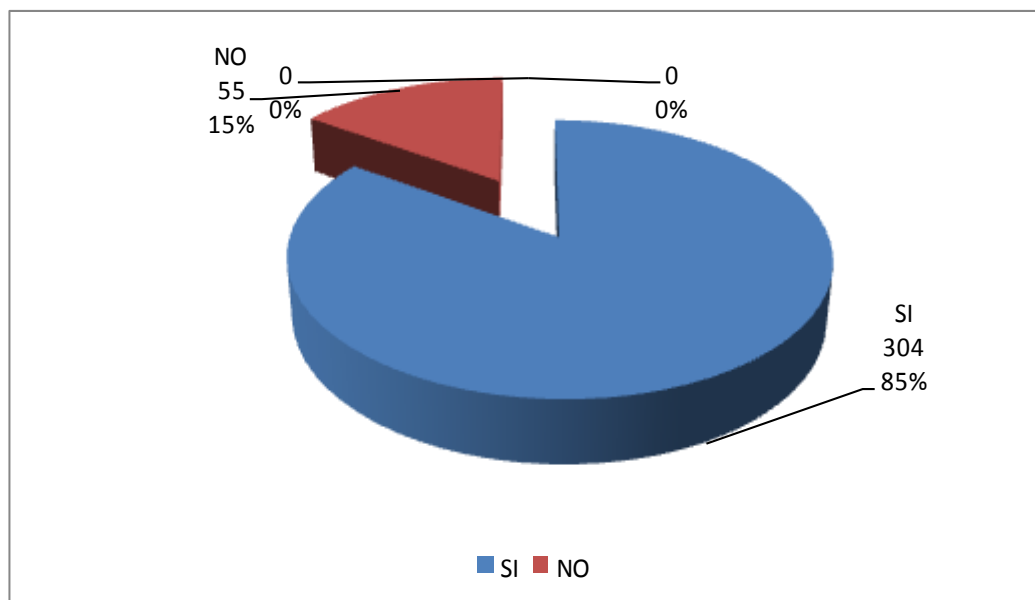
GRÁFICO N° 02



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

ABOGADOS LITIGANTES INSCRITOS HÁBILES EN EL C.A.A.

GRÁFICO N° 03



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

Como se puede observar del presente Cuadro N° 2 y Gráficos N° 2 al 4, se tiene que en cuanto a:

Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial, se tiene 75% ha respondido de manera afirmativa, y el 25% ha respondido de manera negativa.

Fiscales Provinciales y Superiores Penales, se tiene 80% ha respondido de manera afirmativa, y el 20% ha respondido de manera negativa

En cuanto a Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa, se tiene 85% ha respondido de manera afirmativa, y el 15% ha respondido de manera negativa.

Tal como es de verse la mayoría ha optado por responder afirmativamente la interrogante propuesta, fundamentando la misma en que dicha medida debe aplicarse en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. La detención es la excepción, solo se debe aplicar en casos especiales, se debe garantizar el derecho del inculpado, a la libertad, ya que se le presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario, se debe respetar sus derechos fundamentales, además. El juzgador tiene la difícil tarea de formar criterio, en el cual deben concurrir objetivamente los dos presupuestos porque de esa forma se garantiza que la medida coercitiva personal se ajuste al principio de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Entonces de no ajustarse a los presupuestos de aplicabilidad de la determinación de la detención, se estaría cayendo en arbitrariedad, ya que estas son excepcionales, solo se aplica en casos especiales, ya que primeramente se garantiza el derecho del inculpado, a la libertad, ya que siempre se le debe presumir inocente hasta que no se demuestre lo contrario, respetando de esta manera los derechos fundamentales.

Al tratarse de las restricciones de la libertad ambulatoria, se hace imprescindible la concurrencia de los presupuestos materiales exigidos, existiendo la plena certeza de que el inculpado al ser detenido es el autor o participe de un delito.

No obstante, el otro porcentaje de encuestados refirieron que la norma no ha considerado aquellos casos que sin ser delitos que supieran la pena de los cuatro años, por determinadas circunstancias pueden agravarse, tratándose por ejemplo los reincidentes¹⁰², que constituye una circunstancia específica en

¹⁰² “Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados.”

que se halla una persona a la que se imputa la comisión de un delito, reabriendo la posibilidad de examinar sus conductas anteriores que han merecido condena, que en un caso concreto conforme lo prescribe el Art. 46-B del Código Penal la pena que puede ser inferior a cuatro años puede verse incrementada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal; o incluso puede aumentarse la pena hasta en una mitad, cuando el agente se le indulta o conmutó la pena, por lo que es necesario que tal supuesto se regule para solicitar la detención preliminar. Lo mismo sucede, con los habituales¹⁰³, a los que también se les puede incrementar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo.

Ahora bien, también vamos a encontrar otros supuestos de hecho que se enmarcan en delitos que concurren en concurso ideal¹⁰⁴, donde puede incrementarse la pena hasta en una cuarta parte, que si la pena llega a cuatro años esta superaría lo exigido por la norma. Lo mismo sucede cuando el agente comete delitos en concurso real¹⁰⁵, en cuyo caso la pena se suma por cada delito que cometa hasta en un máximo del doble de la pena para el delito más grave.

Finalmente, también debe considerarse los hechos que se cometan como delito continuado, donde igualmente la pena puede verse incrementada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

¹⁰³ **"Artículo 46-C.- Habitualidad**

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados."

¹⁰⁴ **"Artículo 48.- Concurso ideal de delitos**

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años."

¹⁰⁵ **"Artículo 50.- Concurso real de delitos**

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta."

El fin de la medida de coerción de detención preliminar es lograr su permanencia en el proceso que se va seguir en su contra evitando la impunidad de los delitos pero tal y como se viene indicando dicha medida debe aplicarse en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad siendo los presupuestos que se señalan indicadores para la aplicación de todo principio.

Segunda Interrogante:

¿Considera que el primer supuesto planteado es atentatorio del derecho de defensa y debido proceso, ya que su formulación y aplicación es eminentemente subjetiva, con el único parámetro de que el delito imputado tenga como pena privativa de la libertad mayor a cuatro años y probabilidad de fuga?

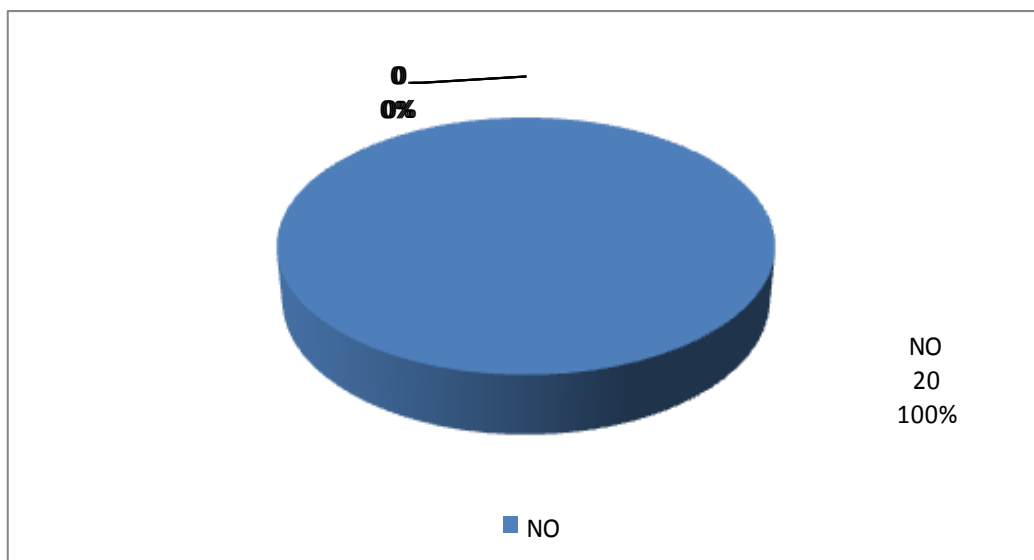
CUADRO N° 03
CUADRO DE FRECUENCIA Y PORCENTAJE

	UNIDADES DE ESTUDIO					
	Jueces y Vocales Superiores Penales del P.J.		Fiscales Provinciales y Superiores Penales.		Abogados litigantes inscritos hábiles en el C.A.A.	
	Frecuencia	%	Frecuencia	%	Frecuencia	%
Si	--	--	--	--	290	83
No	20	100	45	100	60	17
TOTAL	20	100	45	100	359	100

Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

JUECES Y VOCALES SUPERIORES PENALES DEL P.J.

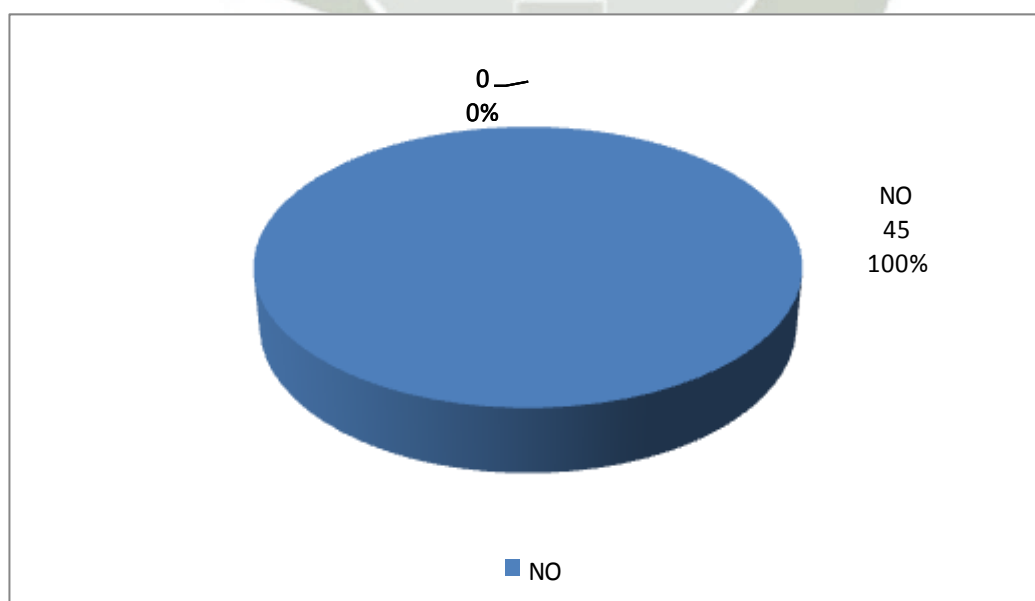
GRÁFICO N° 04



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

FISCALES PROVINCIALES Y SUPERIORES PENALES.

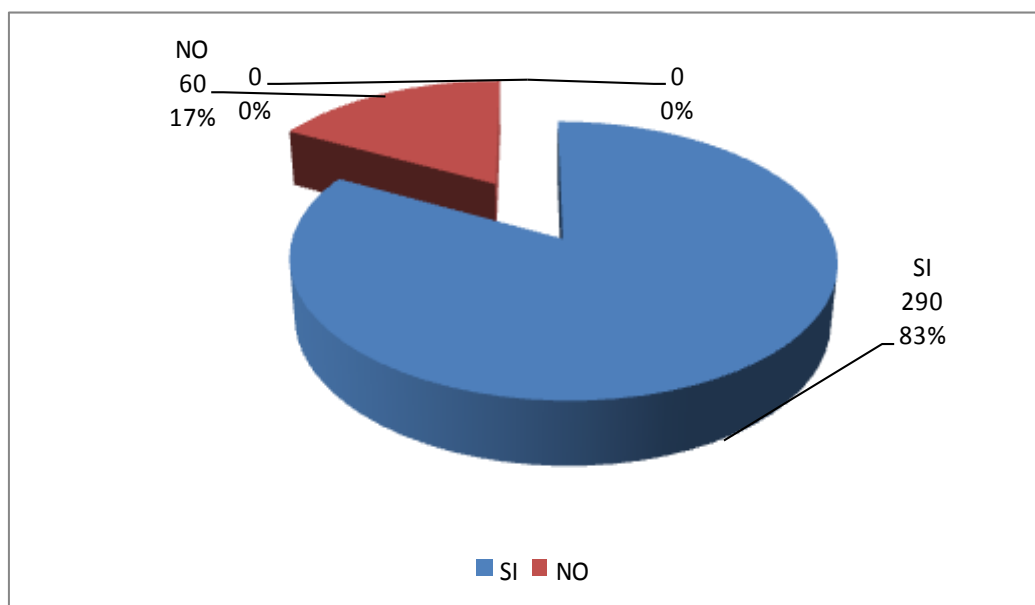
GRÁFICO N° 05



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

ABOGADOS LITIGANTES INSCRITOS HÁBILES EN EL C.A.A.

GRÁFICO N° 06



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

Como se puede observar del presente Cuadro N° 3 y Gráficos N° 5 al 7, se tiene que en cuanto a:

Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial de Arequipa, Fiscales Provinciales y Superiores Penales del Distrito Judicial de Arequipa, se tiene que el 100% han respondido de manera negativa

En cuanto a Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa, se tiene 83% ha respondido de manera afirmativa, y el 17% ha respondido de manera negativa.

Tal como se puede observar de la interrogante planteada la mayoría ha respondido de manera negativa fundamentando su respuesta, en que el juez de la investigación preparatoria es quien debe de ponderar los requisitos en

cada caso concreto, además que este requisito no se encuentra previsto como único, pues existen además otros requisitos a fin de evitar la fuga del procesado, por lo tanto estaríamos inmersos en la doctrina que se sigue desde hace muchísimos años, y que es ratificada por diversa jurisprudencia, la misma que trata de la reunión de todos los requisitos.

De acuerdo a las respuestas vertidas se tiene que el Juez debe apreciar la entidad del injusto, así como tener en cuenta los supuestos del artículo 45 y 46 del Código Penal, de esta manera se garantiza que no se afecte la libertad en delitos menos graves, ya que no tiene nada que ver la pena con la que se halla sancionado con este tipo de conducta delictiva, además este parámetro no puede operar solo sino en forma copulativa con los otros propuestos que señala la ley.

De otro lado también resulta importante acotar que la norma en comento puede resultar subjetiva, dado que sólo se demanda “cierta posibilidad de fuga” es decir no se requiere certeza, en todo caso debería aplicarse los mismos presupuestos de la prisión preventiva, probabilidad de fuga o peligro de obstaculización.

Tercera Interrogante:

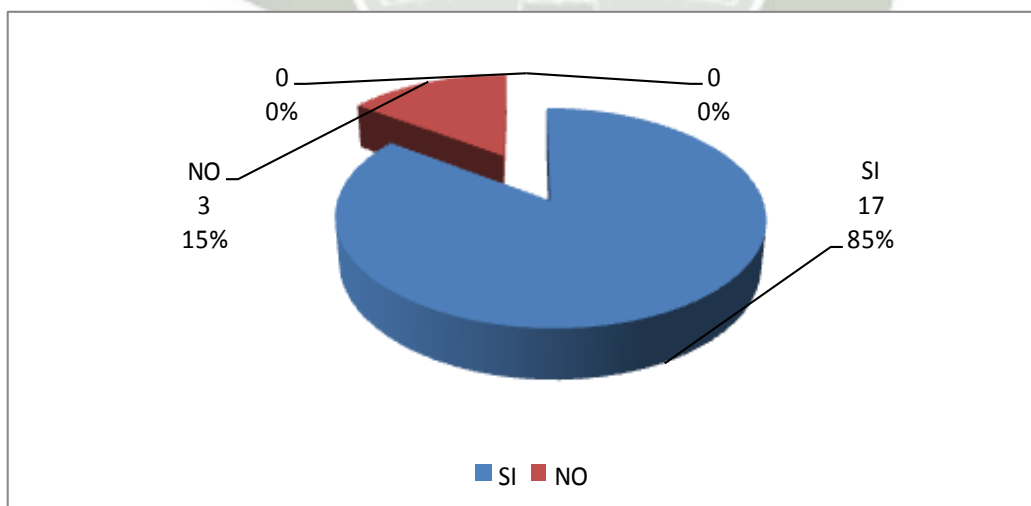
¿Considera Ud. que debería de regularse de mejor manera la medida de coerción procesal de detención preliminar para evitar vulneraciones del derecho de defensa?

CUADRO N° 04
CUADRO DE FRECUENCIA Y PORCENTAJE

	UNIDADES DE ESTUDIO					
	Jueces y Vocales Superiores Penales del P.J.		Fiscales Provinciales y Superiores Penales.		Abogados litigantes inscritos hábiles en el C.A.A.	
	Frecuencia	%	Frecuencia	%	Frecuencia	%
Si	17	85	39	87	345	96
No	3	15	6	13	14	4
TOTAL	20	100	45	100	359	100

Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

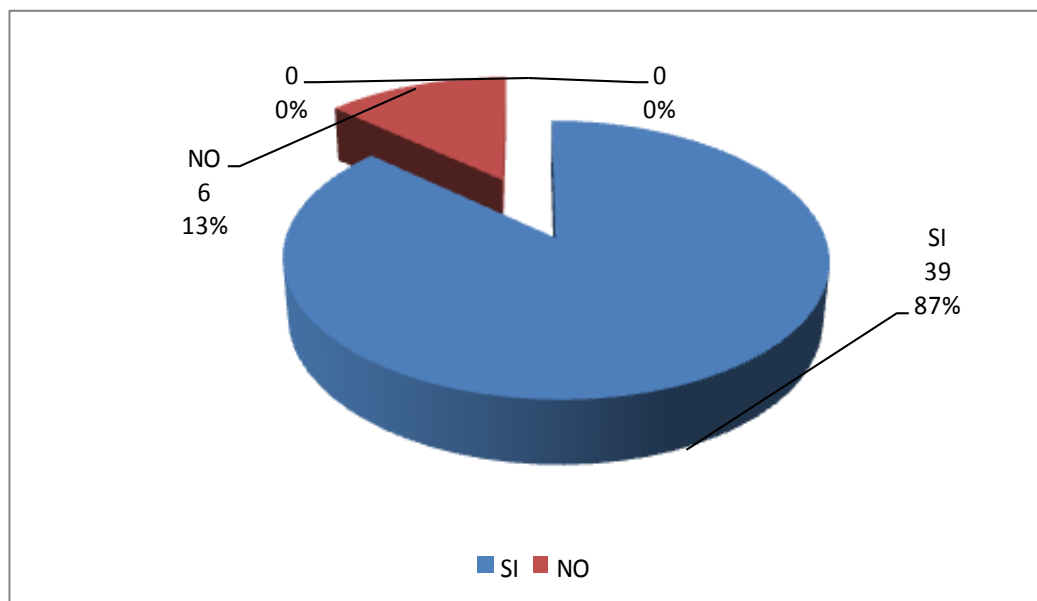
JUECES Y VOCALES SUPERIORES PENALES DEL P.J.
GRÁFICO N° 07



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

FISCALES PROVINCIALES Y SUPERIORES PENALES.

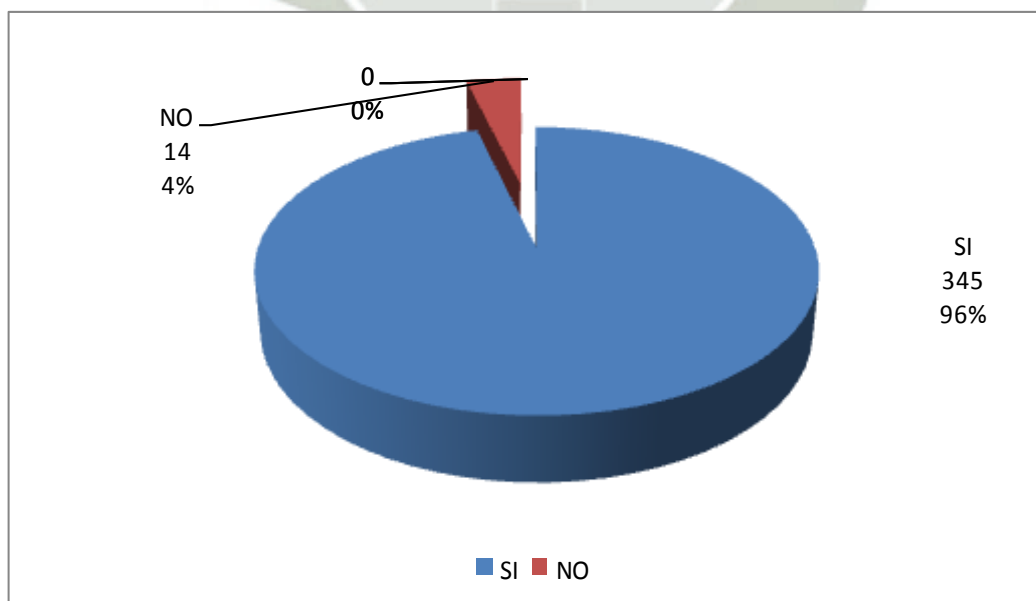
GRÁFICO N° 08



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

ABOGADOS LITIGANTES INSCRITOS HÁBILES EN EL C.A.A.

GRÁFICO N° 09



Fuente: Elaboración personal / Mayo 2009.

Como se puede observar del presente Cuadro N°4 y Gráficos N° 8 al 10, se tiene que en cuanto a:

Jueces y Vocales Superiores Penales del Poder Judicial, se tiene 85% ha respondido de manera afirmativa, y el 15% ha respondido de manera negativa

Fiscales Provinciales y Superiores Penales, se tiene 87% ha respondido de manera afirmativa, y el 13% ha respondido de manera negativa

En cuanto a Abogados litigantes inscritos hábiles en el Colegio de Abogados de Arequipa, se tiene 96% ha respondido de manera afirmativa, y el 4% ha respondido de manera negativa.

De acuerdo a la interrogante planteada la mayoría ha respondido que si, la misma que es fundamentada en la existencia de otro tipo de alternativas coercitivas, consideradas leves o pecuniarias, la cual de acuerdo al caso que se plantea sería lo optimo, pero cabe recordar que estamos circunscritos en el criterio del Juzgador, y la posibilidad es latente ya que la norma es amplia y para no dañar la libertad del denunciado se debería optar por otras medidas coercitivas. No obstante, haciendo ver los parámetros de supuestos no regulados consideran que debe tenerse claro cada supuesto como los indicados anteriormente, ello atendiendo al principio de taxatividad.

Se tiene entonces de lo postulado en la tesis y de acuerdo a la respuesta mayoritaria afirmativa de la cuestión en comento, debe de considerarse las circunstancias del hecho que ocasione la internación procesal, para que ésta no atente el debido proceso.

B. RESOLUCIONES DE DETENCIÓN PRELIMINAR.

B.1. Número de requerimientos resueltos.-

En esta etapa de la investigación, revisaremos la producción de procesos de Detención Preliminar, durante la temporalidad fijada.

CUADRO N° 05
PROCESOS DE DETENCIÓN PRELIMINAR

Meses Año	Oct./Dic.	Ene./ May.	
2008	9		
2009		21	
Total.	9	21	30

Fuente: Datos obtenidos de los tres Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Arequipa/ Mayo 2009.

Tal y como se puede observar (ver Cuadro N° 05), se tiene que en cuanto a las solicitudes de Proceso de Detención Preliminar, ésta ha ido en incremento, siendo el criterio de los Jueces, hasta la fecha la necesaria, en primer orden la solicitud de Detención Preliminar, en segundo orden la concurrencia copulativa de los presupuestos que enmarca el tipo penal materia de investigación, ello en cuanto a la producción.

B.2. Sentido de las Resoluciones Judiciales.-

CUADRO N° 06
PROCESOS DE DETENCIÓN PRELIMINAR

Juzgado Sentido	Primer Juzgado de Investigación Preparatoria	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria	Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria	
Fundada.	3	11	8	22
Infundada.	1	--	2	3
Improcedente	1	2	1	4
Inadmisible	--	--	1	1
Total.	5	13	12	30

Fuente: Datos obtenidos de los tres Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Arequipa/ Mayo 2009.

Tal y como se puede observar (ver Cuadro N° 06), se tiene que en cuanto a resoluciones fundadas existen 22, resoluciones infundadas existen 3, en cuanto a resoluciones improcedentes existen 4, en cuanto a resoluciones inadmisibles existe 1, haciendo un total de 30 resoluciones, en la temporalidad fijada para la presente investigación.

Por otro lado el criterio de los jueces el mismo que también se ve reflejado en las encuestas analizadas es la copulación de todos los presupuestos pero ello, difiere en cuanto al criterio de la aplicabilidad de los presupuestos e ahí, donde la presente investigación hace mención a que la posibilidad legal de imponer una detención preliminar, en cuanto a cualquier tipo de delitos los mismos que en algunos casos se pueden ver influenciados por la carga social que representan algunos casos.

Es importante mencionar, haciendo un análisis de las resoluciones que se han declarado improcedentes, dos de ellas corresponden a situaciones cuyos requerimientos se han solicitado en concurso real de delitos, situación no contemplada en la norma, no considerándose así las circunstancias agravantes.

B.2. Impugnaciones a la Detenciones Preliminares concedidas.-

CUADRO N° 07
PROCESOS DE DETENCIÓN PRELIMINAR

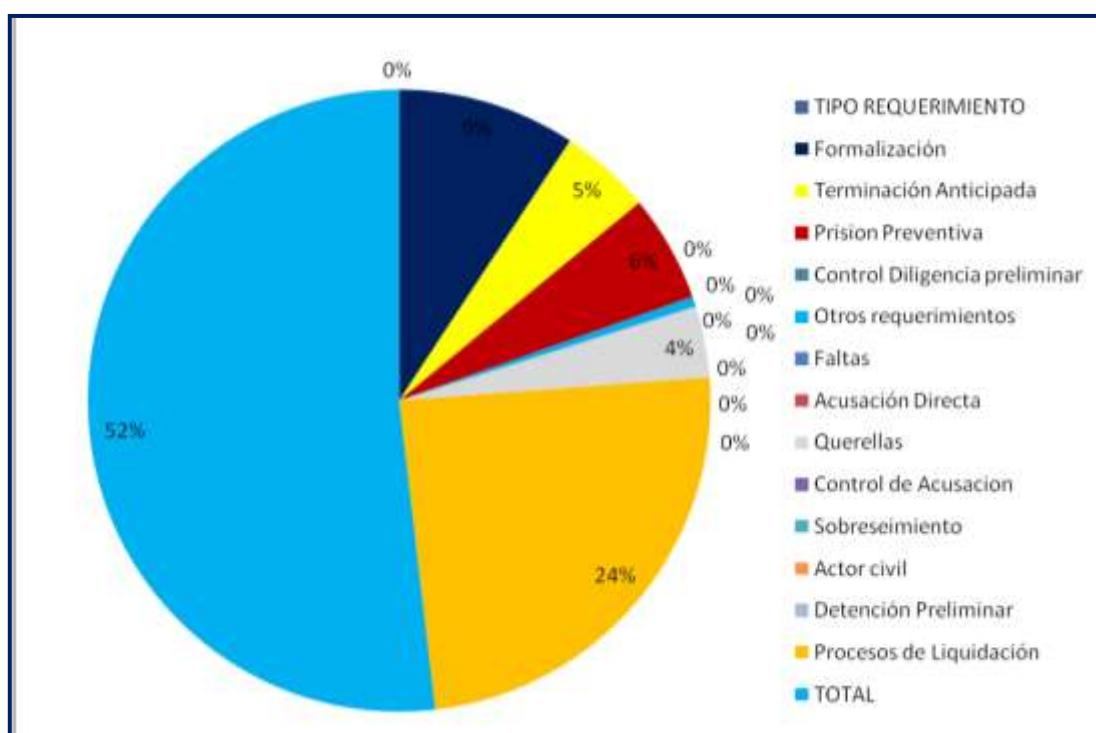
Juzgado Sentido	Primer Juzgado de Investigación Preparatoria	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria	Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria	
Consentidas	2	10	7	19
Apeladas	1	1	1	3
Confirmadas	1	1	1	3
Revocadas	--	--	--	--

Fuente: Datos obtenidos de los tres Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Arequipa/ Mayo 2009.

Como se puede apreciar del Cuadro N° 07, las detenciones preliminares que ha sido declaradas fundadas en los tres Juzgados de Investigación Preparatoria, estas generalmente no son impugnadas, apreciándose que en cada juzgado sólo se han dado una, lo que no es significativo, que permite más bien determinar que por la temporalidad y excepcionalidad de la detención, no son impugnadas ya que estos se dan por 24 horas, y que se dan para las

investigaciones preliminares en la que el imputado hace uso de su derecho de defensa.

GRÁFICO N° 10
GRADO DE SOLICITUD DE DETENCIÓN PRELIMINAR EN EL PERIODO DE
OCTUBRE DEL AÑO 2008 A MAYO DEL AÑO 2009



Fuente: Área de Administración de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Arequipa/ Mayo 2009.

Tal y como se puede observar (ver Gráfico n° 10), se tiene que la utilización de este tipo de solicitud, representa el 4% del total de procesos, si bien es cierto, el porcentaje no es muy alto, también es cierto que de acuerdo a lo investigado la solicitud de Detención Preliminar, este no tiene un criterio uniforme de aplicación, es por ello que es necesario observar las conclusiones, sugerencias y propuesta que se plantea en la presente investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Tal como se presenta en la investigación se tiene que las medidas cautelares personales de naturaleza penal son aquellos *instrumentos procesales* que se imponen durante el curso de un proceso penal, con el objeto de restringir o limitar el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas. Estas medidas son cautelares, porque tienden a evitar los peligros de obstaculización de la prueba o sustracción de la justicia mediante actos de evasión o fuga buscándose así asegurar el efectivo cumplimiento de una eventual condena. Pero tal y como se desprende de la presente investigación, tal acción pueda que no resulte de la aplicación en *stricto sensu* de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo que el marco sea muy amplio en caso de darse en delito leves, o contrariamente se restrinja a supuestos que merecen su aplicación y así mismo no se toma en cuenta el principio de alternatividad, toda vez que existen otro tipo de medidas coercitivas menos gravosas (medidas coercitivas reales) que pueden aplicarse a situaciones menos gravosas.

SEGUNDA.

De acuerdo al Código Procesal Penal vigente, (Decreto legislativo 957) si bien la detención preliminar judicial entendida como medida coercitiva precautelar en sus dos últimos de sus supuestos normativos, esto la detención por fuga en flagrancia y por evasión de custodia, aparentemente podrían aplicarse en cualquier caso, como los delitos de bagatela, atendiendo ello a una interpretación literal, no obstante también es cierto como vimos ello traería consigo vulneraciones de derechos fundamentales de la persona objeto de la medida, por lo que debe hacerse una interpretación sistemática y constitucional, atendiendo asimismo a la excepcionalidad de las medida cautelares, para establecer su verdadero fin y contenido lo que permita a su vez de esta manera hacerlos aplicables solo para casos de delitos graves, pues lo contrario implicaría como se vendría practicando concretas conculcaciones de los mencionados derechos, no pudiéndose su practica o su eventual

apelación, pues el daño ya está causado y resultaría irreparable (se produjo la detención).

TERCERA.

Como vimos la Detención Preliminar judicial conforme se tiene normado en el Código Procesal Penal que son aplicados en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, no resulta eficaz para todos los supuestos exigidos en la persecución penal, y por otro lado resultaría excesiva en otros supuestos si se aplican literalmente deviniendo su aplicación en subjetiva, ya que sólo se demandaría “cierta posibilidad de fuga”, en el caso de detención por indicios, mera fuga en flagrancia o de recinto de custodia independientemente de la gravedad del delito, confirmándose de esta manera la hipótesis planteada, ya que la detención preliminar así como estaría normada, vendría a ser una medida coercitiva personal que vulnera el derecho de la libertad locomotora (derecho amparado a nivel constitucional y supra nacional, por lo que debe ser aplicada y entendida desde el punto de vista de un Estado democrático garantista, conforme planteamos.

CUARTA.

De acuerdo a lo investigado se puede indicar que la persona que es detenida o privada de su libertad por meros indicios necesita de una presunción fundada de su inocencia para obtener su libertad, y esa presunción se derivaba de las diligencias efectuadas. Pero si, por el contrario, las actuaciones venían a dar mayor vehemencia a los indicios, confirmando las sospechas que motivaron el requerimiento de detención, el Juez debía expedir auto mandando la detención preliminar. Tal y como se tiene del criterio jurisprudencial peruano y de los jueces de la Corte Superior de Arequipa, es importantísimo que en las diligencias preliminares se determinen todos los presupuesto materiales, sin embargo urge modificar la norma para que se consideren otros presupuestos materiales como es el peligro en la obstaculización.

QUINTA.

De acuerdo a la investigación se tiene que en el Distrito Judicial de Arequipa, los Magistrados Penales tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público,

así como los Abogados litigantes hábiles inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa, concuerdan con el autor de la presente investigación, en cuanto se trate de delitos menos graves, la aplicabilidad de otro tipo de alternativas coercitivas, consideradas leves o pecuniarias, la cual de acuerdo al caso que se plantea sería lo óptimo, pero cabe recordar que estamos circunscritos en el criterio del Juzgador, y la posibilidad es latente ya que la norma es amplia y para no dañar la libertad del investigado se debería optar por otras medidas coercitivas.

SEXTA.

De acuerdo a la investigación se tiene que en el Distrito Judicial de Arequipa, los Magistrados Penales tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, así como los Abogados litigantes hábiles inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa, concuerdan con el autor de la presente investigación, en cuanto a que sobre el Juez de Investigación Preparatoria, recae la responsabilidad de ponderar la solvencia de los presupuestos materiales con que sustenta el Ministerio Público en cada caso concreto, además de que no debe considerarse los supuestos del artículo 45 y 46 del Código Penal, puesto que dichos artículos solo se aplican a efecto de establecer la individualización de la pena y no para fines de determinar la procedencia de medida de detención que solo requiere expresamente que el delito base tenga una pena superior a los cuatro años. De esta manera se garantiza que no se afecte la libertad en delitos menos graves, ya que no tiene nada que ver la pena con la que se halla sancionado con este tipo de conducta delictiva, además como se repite este parámetro no puede operar solo sino en forma copulativa con los otros propuestos que señala la ley.

SÉTIMA.

De acuerdo a la investigación se tiene que en el Distrito Judicial de Arequipa, los Magistrados Penales tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, así como los Abogados litigantes hábiles inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa, si bien se toma en cuenta para declarar fundado una detención preliminar como un presupuesto material (además de la cierta posibilidad de fuga) que, *“existan razones plausibles para considerar que una persona ha*

cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años” no se ha previsto en aquellos casos que sin ser delitos que superen tal pena, por determinadas circunstancias pueden agravarse, tratándose de reincidentes, habituales, delito continuado, o cuando se dé en concurso real, ideal y delito continuado, la pena se verá incrementada dependiendo del delito, superando el margen legal de probable efectividad de pena.

OCTAVA.

Al tratarse de las restricciones de la libertad ambulatoria, se hace imprescindible la concurrencia de los presupuestos exigidos, existiendo la plena certeza de que el inculcado al ser detenido es el autor o participe de un delito.

El fin de la medida de coerción de detención preliminar es lograr su permanencia en el proceso que se va seguir en su contra evitando la impunidad de los delitos pero tal y como se viene indicando dicha medida debe aplicarse en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad siendo los presupuestos que se señalan indicadores para la aplicación de todo principio.

NOVENA.-

Las normas procesales (CPP: Arts. 264.3 y 271) que disponen que una vez que se ha puesto al detenido a disposición del juez, es decir luego de vencido el plazo de detención, sea por una detención preliminar o detención en flagrante delito, se prolongue su detención por 48 horas mas, atentan contra el derecho de libertad ambulatoria, y rompen con el principio de disposición inmediata del detenido al Juez, vulnerándose así el Art. 2 inciso 24 literal f) de nuestra Carta Magna, puesto que debemos atender a que la detención judicial preliminar resulta una medida meramente precautelar excepcional, y que sirve, además de mantener al procesado en el proceso, a la investigación en cuanto permite recolectar aquellos medios probatorios que corroboren las razones plausibles existentes siempre que puedan obtener en el lapso de la detención, esto es 24 horas, pues lo contrario implicaría la inexistencia plausibilidad y convertiría a la medida en arbitraria.

SUGERENCIAS.

PRIMERA.

De acuerdo a la investigación realizada se ha podido observar que la legislación procesal penal vigente, muestra, en el caso específico de medidas de coerción procesal, que no es clara dejando una ventana abierta para que se aplique arbitrariamente una medida como la detención preliminar, es por ello que se sugiere, la modificación de la norma en comento, según las conclusiones arribadas.

SEGUNDA.

Cuando se aplique la Detención Preliminar Judicial por los operadores de justicia se observe rigurosamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

TERCERA.

Es necesaria la protección y cautela del derecho fundamental de libertad por lo tanto la incorporación legal a la que se hace referencia, se haría específicamente en el artículo 261, del nuevo Código Procesal Penal, incorporando que no procede la detención preliminar judicial en los dos últimos supuestos b) y c) de la norma señalada, en delitos menos gravosos (aquellos delitos en los cuales la pena no sea mayor a cuatro años).

CUARTA.

Deben modificarse las normas procesales contenidas en los Arts. 264.3 y 271 del Código Procesal Penal, que no resuelven la situación jurídica del imputado dentro de un plazo razonable, prolongándose innecesariamente por 48 horas mas, atentándose contra el derecho de libertad ambulatoria, y con el principio de disposición inmediata del detenido al Juez, vulnerándose así el Art. 2 inciso 24 literal f) de nuestra Carta Magna.

QUINTA.

Teniendo en consideración que proponer una ley y el tiempo que demora su promulgación y divulgación, el presente tema debe de ser puesto en debate en los Plenos Jurisdiccionales Regionales Penales, para unificar criterio de que en caso de delitos menos gravesos (aquellos delitos en los cuales la pena no sea mayor a cuatro años) no debe de proceder la medida coercitiva de la detención judicial, para que mientras se de la ley no se esté vulnerando el derecho de libertad.



BIBLIOGRAFÍA

1. Academia de la Magistratura. Curso de Preparación para Ascenso, Lima 2005.
2. ARCE GALLEGOS, Miguel; La Investigación Preparatoria y sus Actores; Editorial Adrus; Arequipa; 2009.
3. ANGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel: “Código Penal Comentado, Concordado, Anotado, Jurisprudencia, Tomo II”, Ediciones Jurídicas.
4. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. “El Principio de Proporcionalidad en el Mandato de Comparecencia con Detención Domiciliaria”.
5. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima: Constitución y Sociedad, 1999.
6. BINDER Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ad Hoc S.R.L. Abril, 1993.
7. BINDER, Alberto; PEREZ GALIMBERTI, Alfredo; MIXAN MASS, Florencio; BURGOS MARIÑOS, Víctor: “La Reforma del Proceso Penal en el Perú”, Primera Edición, Ediciones BLG, Trujillo 2005.
8. BOLÍVAR BOTÍA, Antonio; VILLEGAS SALVADOR Guillén: Ética y Moral III. Bruño. Madrid. España.
9. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; GARCIA CANTIZANO Maria del Carmen: “Manual de Derecho Penal – Parte Especial”, Editora San Marcos, 2006.

- 10.BURGOA, Ignacio: Las garantías individuales, Editorial Porrúa. México, D.F. 1954.
- 11.CAFFERATA NORES, José I. Proceso Penal y Derechos Humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- 12.CARRARA, Francisco: "Derecho Penal". México. Editorial HARLA. Primera edición 1997.
- 13.CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. 5ta Edición. Palestra Ediciones, Lima 2003.
- 14.DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: "El Nuevo Proceso Penal", Editora IDEMSA, Lima 2007.
- 15.EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Libertad Personal Detención Arbitraria y Hábeas Corpus: Las Novedades en la Constitución de 1993". Lima: Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1995.
- 16.Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana. Tomo XXX. Editorial Espasa - Calpe. Madrid-Barcelona.
- 17.ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso". Ara Editores. Lima. 2003.
- 18.ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar. La Detención Domiciliaria, su Abono Como Pena Efectiva y Otros Problemas Conexos.
- 19.FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. "El Derecho a la Libertad y Seguridad Personal": En Lecturas Constitucionales Andinas N°1. Lima. Comisión Andina de Juristas.
- 20.FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. Editorial Labor Sociedad Anónima.

- 21.FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona. “Introducción a la Teoría del Derecho”. Lima: Editorial Jurídica Grijley, abril 2001.
- 22.Gaceta Jurídica, “Gaceta Constitucional”, Tomo I, enero 2008, Primera Edición, Lima.
- 23.GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 2003, p.282.
- 24.GRISANTI, Hernando: "Lecciones de Derecho Penal". Vadell Hermanos Editores. 12° Edición 2000.
- 25.HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. “Derecho Procesal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2005.
- 26.HUERTA GUERREO, Luis. Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales. En: Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Lima : Comisión Andina de Juristas, 1997.
- 27.HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Libertad Personal y Hábeas Corpus: Estudios sobre Jurisprudencia Constitucional. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003.
- 28.INFANTES VARGAS, Alberto: “El Sistema Acusatorio y los Principios Rectores de Código Procesal Penal”, Jurista Editores, Primera Edición, agosto 2006, Lima.
- 29.Instituto Internacional de Teología a Distancia: Iniciación a la Antropología Filosófica. Madrid. España. Pág. 21.

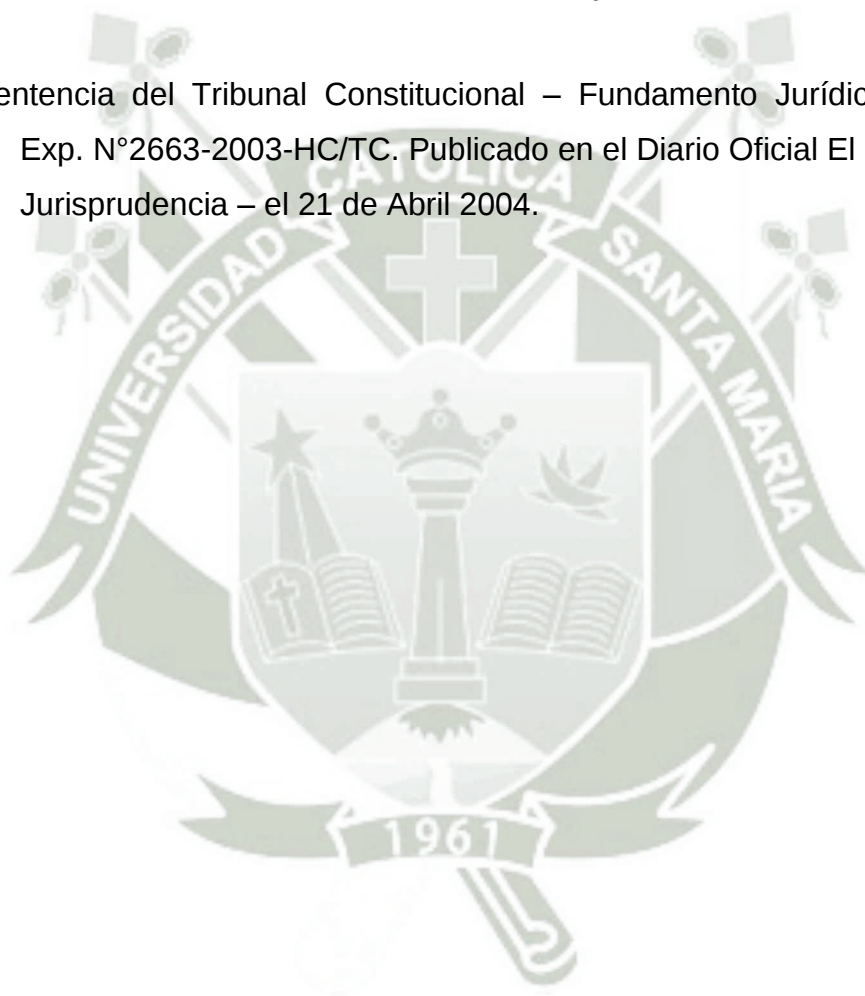
30. JIMENEZ MAYOR, Juan. “Jurisprudencia en Materia Constitucional. Selección, Clasificada y Comentarios”. Ediciones del Consejo de Coordinación Judicial. Lima, 2000.
31. M. Fiorivanti, Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones, trad. M. Martínez Neira, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid – Ed. Trotta; Madrid, 1996.
32. MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa América, 1952
33. MESÍA Carlos, El Proceso de Hábeas Corpus desde la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2007
34. MUÑOZ CONDE. “Derecho Penal - Parte Especial” Duodécima Edición Valencia 1999.
35. ORE GUARDIA, Arsenio: “Manual de Derecho Procesal Penal”, Arazandi Editorial Alternativas, Lima, Perú, 1996.
36. REATEGUI SANCHEZ, James: “ La Problemática de la Detención en la Jurisprudencia Procesal Penal”, Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Primera Edición julio 2008, Lima.
37. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, Trad. De Gabriela Córdoba y R Pastor. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000
38. SAGUES, Nestor Pedro “Derecho Procesal Constitucional. Habeas Corpus”. Tomo 4, 2da.ed., Editorial Astrea, buenos aires, 1998.
39. SALINAS SICCHA, Ramiro: “Curso de Derecho Penal Peruano, Parte Especial I”, PALESTRA Editores, 1998.

- 40.SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Derecho Procesal Penal, Volumen II, Editorial Grijley, Lima, 2002.
- 41.SANCHEZ VELARDE, Pablo: “Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial IDEMSA, Lima 2005.
- 42.SORIANO, Ramón. “El Derecho de Hábeas Corpus”. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Monografías.
- 43.SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU. Introducción a los Procesos Constitucionales – Comentarios al Código Procesal Constitucional – El Proceso de Hábeas Corpus. Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición: 2005.
- 44.TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Grijley, 2004.
- 45.TECLA, Alfredo y Alberto Garza, Metodología de la Investigación, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 1982.
- 46.ALIAGA ABANTO, Oscar. “Constitución Peruana Derechos Humanos y Libertad Física”. En: Eguiguen Praeli, Francisco (director) La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Once Estudios. 1987.
- 47.VILLORO TORANZO Miguel, Teoría, Métodos y Técnicas en la Investigación Social, Ediciones de Cultura Popular, S.A., Lima, 1974.

HEMEROGRAFÍA.

1. Código Procesal Constitucional (LEY N° 28237).
2. Código Procesal Penal del 2004, (Decreto Legislativo N° 957).

3. Constitución Política del Perú.
4. Exp. N° 0376-2003-HC/TC. Lima, 07 de abril de 2003.
5. Exp. N° 1805-2005-HC/TC. Lima 29 de abril del 2005.
6. Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Lima, 17 de octubre de 2005.
7. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.
8. Sentencia del Tribunal Constitucional – Fundamento Jurídico N° 6.e)
Exp. N°2663-2003-HC/TC. Publicado en el Diario Oficial El Peruano –
Jurisprudencia – el 21 de Abril 2004.



ANEXOS



ANEXO N° 1

PROYECTO DE TESIS

**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN NORMATIVA DE LA
DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL, EN LOS
JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE
LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA, DE
OCTUBRE DEL AÑO 2008 A MAYO DEL AÑO 2009.**

PRESENTACIÓN

Teniendo en consideración que la Constitución reconoce en su artículo 1, “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” y bajo este marco genérico, se desarrolla luego en el ordinal b) inc. 24 del artículo 2, que, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley (...), normas que también están reconocidas internacionalmente, como así se establece en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7, inc. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, tal como se desprende de la norma constitucional acotada, los derechos fundamentales como el de la libertad no son absolutos, estos se encuentran constreñidos cuando entran en colisión con otros derechos o intereses jurídicos determinados de igual valor, como es el de la justicia; que se da cuando un ciudadano incurre en una conducta que este catalogada como delito en nuestro Código Penal, que trascienden la esfera individual de la víctima, para convertirse en un conflicto, que deben merecer una sanción penal.

El Estado se erige entonces, como el titular del *ius puniendi* o derecho a castigar, fundamentalmente bajo el principio de legalidad, para ello dentro de un marco de autonomía e independencia el Poder Judicial interviene. Sin embargo para la persecución penal se requiere que el Ministerio Público en su calidad de titular de la acción penal en quien recae la carga de la prueba, debe buscar en la investigación preliminar elementos de prueba y fuentes de prueba que hagan exitosa la viabilidad de la acción penal, siendo necesario en muchos casos hacer uso de medidas coercitivas, las que debe solicitar al Juez como órgano jurisdiccional, como son aquellas que restringen la libertad personal, como es la “Detención Preliminar Judicial”.

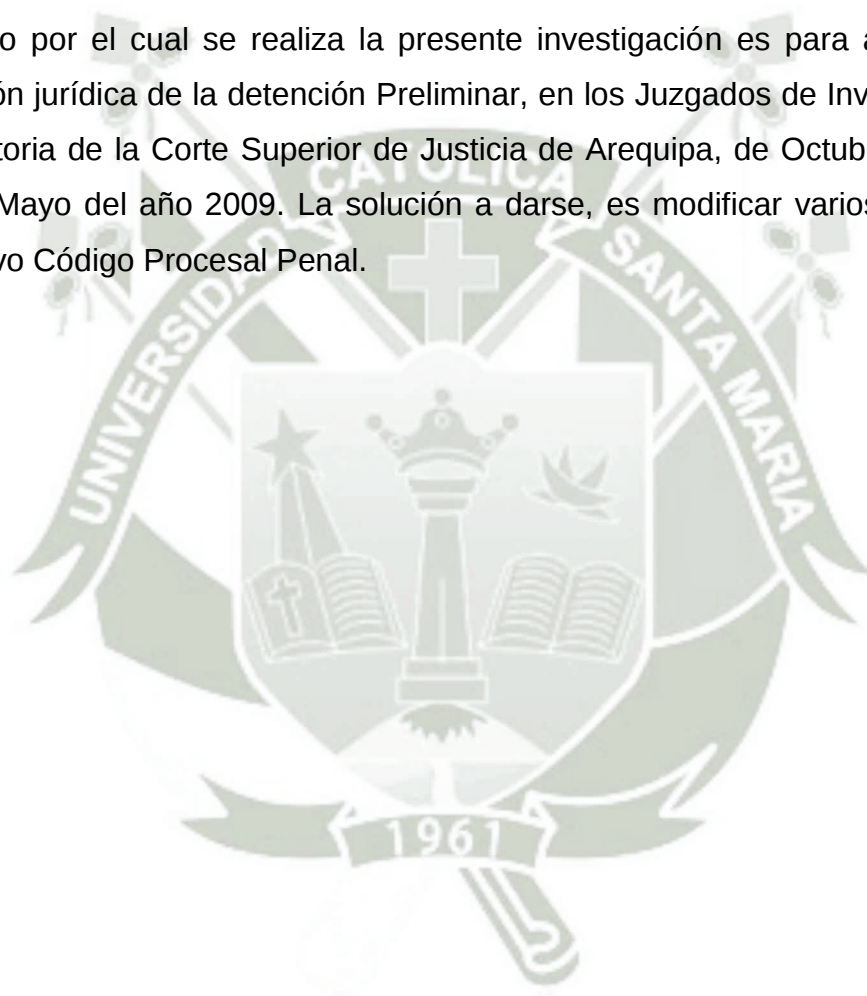
Para tal efecto, resulta esencial efectuar un análisis jurídico de la Detención Preliminar Judicial en el nuevo postulado del Código Procesal Penal del 2004,

así como una revisión de los criterios jurisprudenciales dictados por el Tribunal Constitucional.

La discusión deberá entonces estar orientada a determinar los límites en la imposición de medida provisional de Detención de cara a lograr dos objetivos en el proceso penal: la protección de los derechos fundamentales del procesado en el marco de un debido proceso y la realización efectiva del proceso penal que conlleve al cumplimiento de sus cometidos.

El motivo por el cual se realiza la presente investigación es para analizar la Institución jurídica de la detención Preliminar, en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de Octubre del año 2008 a Mayo del año 2009. La solución a darse, es modificar varios artículos del Nuevo Código Procesal Penal.

El Autor.



I. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.-

1.1. Enunciado del Problema.

“Análisis de la aplicación normativa de la detención preliminar judicial, en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de Octubre del año 2008 a Mayo del año 2009”.

1.2. Descripción del Problema.

1.2.1. Área del Conocimiento.

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

Campo : Ciencias Jurídicas.

Área : Derecho Procesal Penal.

Línea : Medidas de Coerción.

1.2.2. Análisis de Variables.

Variable Única.

Detención Preliminar Judicial.

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
Detención Preliminar judicial.	- Análisis del criterio Doctrinario y Normativo Nacional de la Detención Preliminar Judicial. - Análisis del criterio Jurisprudencial de la Detención Preliminar Judicial.	- Documentos Relacionados al Tema. - Código Procesal Penal. - Constitución Política del Perú. - Convención Americana de los Derechos Humanos. - Declaración Universal de los Derechos Humanos. - Opiniones de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público del área Penal del cercado del Distrito Judicial de Arequipa, de estudiosos del Tema y Abogados especialistas en derecho de Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa. - Documentos y Resoluciones Judiciales.

1.2.3. Interrogantes Básicas.

- a) ¿Cuáles resultan ser los aspectos positivos y negativos de la aplicación de la Detención Preliminar, en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa?
- b) ¿En que medida la Detención Preliminar Judicial conforme se encuentra regulada normativamente, resulta eficaz para la persecución penal a cargo del Fiscal?
- c) ¿La Detención Preliminar Judicial conforme se encuentra regulada normativamente, en algunos supuestos, es una medida de coerción excesiva que vulnera derechos fundamentales como el derecho a la libertad?

1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación.

La investigación será:

Por su finalidad	: Aplicada.
Por su tiempo	: Longitudinal o diacrónica.
Por su nivel de profundización	: Explicativa y Descriptiva.
Por el ámbito	: Documental y Campo.

1.2.5. Justificación.

La presente investigación ha sido considerada como:

Conveniente, porque con su resultado esperamos determinar el nivel de deficiencia que presenta el Nuevo Código Procesal Penal en cuanto a la Detención Preliminar Judicial, manifestada en la amplitud de poder coercitivo (Medidas de Coerción Procesal) que recae sobre el Juzgador, siendo este incluso contradictorio con la norma Constitucional, ya que tal y como está planteada dicha medida de coerción procesal en el ordenamiento jurídico procesal penal, presenta serios problemas en su aplicación e interpretación e incluso de acuerdo a las circunstancias de coyuntura nacional hace ver vacíos normativos y ya que con su resultado esperamos determinar los niveles de

deficiencia de la norma manifestada en los vacíos y/o defectos legales ya indicados.

Necesaria, por cuanto esperamos resolver el problema jurídico que se plantea; estableciendo mecanismos adecuados anticipados y oportunos de protección, en salvaguarda de un debido proceso.

Relevante a nivel práctico, porque a partir de la presente investigación se va a plantear una propuesta legislativa que resulte realmente eficaz en la protección de los derechos que afecta la facultad desmedida de la medida de coerción procesal de “Detención Preliminar Judicial” de acuerdo al Nuevo modelo adjetivo Procesal Penal.

Relevante porque a partir de la presente investigación pueden plantearse propuestas legislativas que resulten realmente eficaces en su aplicación y de esa manera proteger el derecho al debido proceso.

2. MARCO CONCEPTUAL.

Para la realización de la presente investigación, resulta de suma importancia tener presente en forma clara y precisa los conceptos primordiales a utilizarse, listamos a continuación los siguientes:

a) Libertad Personal.

Como derecho subjetivo, la libertad personal garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprenden frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que le haya efectuado.

Sin embargo, conforme también lo reconocen las normas internacionales

sobre derechos humanos, se establecen restricciones a la libertad personal. Sobre ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9, inciso 1) señala:

“Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7 inciso 2) establece:

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.¹⁰⁶

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando tal disposición ha precisado que:

“(…) nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”¹⁰⁷.

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causa y métodos que –aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otros casos, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”¹⁰⁸.

De este modo, la privación de la libertad es un derecho que tiene protección supranacional, que sólo puede efectuarse en los casos, en la forma y por el plazo o tiempo previstos en la Constitución o la ley. Contrario sensu, estaremos ante una medida arbitraria de carácter ilegal que se encuentra prohibida a nivel nacional e internacional.

¹⁰⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis, “Habeas Corpus, amparo y habeas data”, ARA Editores, Lima – Perú, 2004, Pág. 318.

¹⁰⁷ Caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 47.

¹⁰⁸ Caso Cesti, sentencias del 29 de setiembre de 1999, párrafo 140.

Dentro del contexto nacional, nuestra Carta Magna en el Art. 2.24 dispone que:

“Toda persona tiene derecho: (...)

A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...)

b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. (...)

f) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”.

En consecuencia, una persona solamente puede ser detenida por mandamiento escrito y motivado del juez o en caso de flagrante delito.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha sentado interpretación sobre este derecho señalando que “es un derecho subjetivo, reconocido en el inc. 24) del Art. 2 de la Constitución y, al mismo tiempo, uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.”¹⁰⁹

b) Debido Proceso.

El debido proceso no está sistematizado dentro de la teoría general del proceso. “Sin embargo esta garantía pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la ciencia procesal que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso han visto positivizado en el texto normativo de la constitución, diversos principios y postulados esencialmente procesales sin los cuales no se puede entender un proceso judicial justo y eficaz”.¹¹⁰

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no

¹⁰⁹ Exp. 1091-2002-HC/tc. *Fundamento Jurídico 1, de la parte referida a los alcances constitucionales de la libertad personal.*

¹¹⁰ Quiroga Leon, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Jurisprudencia. Op. cit p. 37*

sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado:

"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

El Tribunal Constitucional por su parte, ha señalado que el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales, dentro de un proceso, sea este administrativo (...) o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Uno de los atributos del debido proceso lo constituye el derecho de defensa, que tiene como presupuesto para su ejercicio, la debida notificación de las decisiones que pudieran afectar una situación jurídica.¹¹¹

Entonces el Debido Proceso, comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como la jurisdicción que han de preservar que

¹¹¹ *Ejecutoria del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 2508-2004-AA del 12-11-2004; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2006 p. 635.*

el proceso se dé respetando las garantías que se enmarcan en la Constitución y la Ley, de forma tal que cuando se someta a un proceso penal a una persona esta se lleve con todas las garantías que protejan a la persona sometida a ella.

Específicamente en la actividad de la etapa previa a lo judicial, esto es, las investigaciones que efectúa el Ministerio Público previamente a la apertura de Instrucción ante un juez penal, el Tribunal Constitucional ha acotado que el respeto al debido proceso “no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional.” (Expediente N° 2521-2005-PCH/TC, FJ 5.)

c) Derecho de Defensa.

Carocca Pérez advierte que las dos dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo; y b) como garantía del proceso. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se lo conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído i traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del Juicio.¹¹²

¹¹² CAROCCA PEREZ: *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, cit., pp. 20-22

El artículo 8.2 de la Convención establece un conjunto de garantías mínimas que permiten asegurar el derecho de defensa en el marco de los procesos penales. Entre estas garantías se encuentran:

- El derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra.
- La concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- El derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado.

d) Presunción de Inocencia

El Art. 2. 24. e) de la Constitución Política configura a la presunción o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental. Dice la ley superior: “toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Esta norma crea en favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima ¹¹³.

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

¹¹³ JAEN VALLEJO, Manuel, *La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional*, Akal, Madrid, 1987, p.19.

En relación con esta última, “ (...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada”

Así mismo, en cuanto a su contenido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que "el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla"

Por su parte el Tribunal Constitucional, ha señalado (cf. STC 0618-2005-PHC/TC, FF.JJ. 21 y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tantum*, implica que “(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”. De igual forma, se ha dicho (vid. STC 2915-2004-PHC/TC, FJ 12) que “la presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”.

En este sentido, podemos decir que se trata de uno de los derechos más importantes con los que cuenta todo individuo y que para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo de pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones.

e) Prueba

La prueba viene a constituir uno de los medios más confiables con los cuales se puede descubrir la verdad real, constituyendo uno de los pilares fundamentales con los cuales puede darse una condena o dictarse una medida de coerción, toda vez que en los procesos, sólo se podrá admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados con suficientes elementos de prueba¹¹⁴ y por decirlo así son las pruebas las que condenan a un imputado o determinan su culpabilidad.

Puede entonces afirmar, siguiendo a Carnelutti que la prueba es el alma del proceso, en cuanto es el instrumento a través del cual se logra la formulación del juicio de hecho, la determinación del relato fáctico en que consiste un caso concreto y sobre el cual debe procederse a la aplicación del derecho.¹¹⁵

f) Actividad Probatoria

Establecido ya, que el proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad real y que el único medio científico y legalmente admitido para conseguirlo es la prueba, deviene sencillo deducir la necesidad de la actividad probatoria, concebida como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba.¹¹⁶

Es así que para de alguna forma asegurar los resultados del esfuerzo probatorio, se recurre a la necesidad de solicitar ciertas restricciones de los derechos tanto personales como reales del imputado o de terceros, cuando ellos sean útiles y a los efectos de garantizar la producción o conservación de las pruebas.

¹¹⁴ Es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Concepto de Alfredo Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, T. I, Pág. 314

¹¹⁵ GUZMAN FLUJA, Vicente, Anticipación y Preconstitución de la Prueba en el Proceso Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. Pág. 25.

¹¹⁶ CAFERATTA NORES, José. La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones Depalma, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1998. Pág. 36

g) Derecho a la no Incriminación

Esta garantía funciona contra quien es objeto de una imputación penal; el imputado tiene derecho a introducir válidamente al proceso la información que considere adecuada.

El derecho al silencio, expresión de esta garantía, explica REVILLA GONZALEZ, es una de la formas de defensa en el proceso; representa la posibilidad de rechazar o negarse a prestar declaración cuya existencia se concibe sólo en tanto el imputado se avenga a ofrecerla, “pudiendo elegir libremente entre hablar o callar, sin que la ausencia de su respuesta pueda interpretarse, de manera desfavorable. Y ello, no sólo frente a preguntas que pudieran comprometer su posición procesal – silencio parcial-, sino entendiendo de un modo total, pudiendo mostrar su negativa a sujetarse al interrogatorio en cualquier fase del proceso”¹¹⁷.

Sin embargo, resulta importante tal como lo señala el autor citado, informar o advertir sobre el derecho a guardar silencio, que es "un presupuesto esencial para el ejercicio del *ius tacendi*, en tanto que, cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo de comportamiento. Su función no es influir sobre la conducta del sujeto, sino hacerle saber su situación jurídica y las posibilidades sobre la que puede orientar su defensa ante el interrogatorio".¹¹⁸

h) Principio de Oficialidad.

El Principio de Oficialidad expresa la idea de persecución penal pública de los delitos, esto de la noción de que estos pueden y deben ser perseguidos por el Estado de oficio, sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona. La razón para la aplicación del principio de oficialidad en materia penal es la idea de que los delitos constituyen las formas de comportamiento desviado, más intolerables socialmente y, por lo tanto existe

¹¹⁷ REVILLA GONZALES, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 35.

¹¹⁸ REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *Op. Cit.* p. 38

en su persecución un interés público que se superpone y excluye al eventual interés privado involucrado en la misma.¹¹⁹

j) Motivación de Resoluciones Judiciales.

La Constitución Política del Perú establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (...)”
Motivar es brindar motivos o razones legales. Es argumentar, inferir o deducir de un conjunto de enunciados denominados premisas, enunciados denominados conclusiones que se sigue o se infiere de las premisas.

La motivación implica la existencia de un ordenamiento jurídico previo, que sirve de sustento para dar razones para que la decisión sea aceptable en derecho y justicia¹²⁰.

k) Detención Preliminar.

Es la breve privación de la libertad cuya imposición se autoriza contra, en principio, quien se sospecha autor o partícipe de un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de que comparezca al proceso¹²¹.

La detención preliminar, se encuentra regulado en la Ley N° 27379 así como la Ley N° 27934, siendo que la primera ley en mención se dio como una medida excepcional de limitación de derechos en las investigaciones preliminares, cuyo contexto se dio para facilitar la labor del Ministerio Público en la investigación pre- jurisdiccional con relación a ciertos delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos.

¹¹⁹ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, T.I. Fundamentos. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1999, p. 544.*

¹²⁰ TORRES LÓPEZ, Edgardo. *Motivación en las resoluciones judiciales. Revista IURIS OMNES, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa-Año VIII N° 02-Dic. 2006, p. 89.*

¹²¹ ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal. IDEMSA, Editorial Moreno S.A., Lima-Mayo 2004, p.154.*

Más adelante la Ley N° 27934, modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989, publicado el 22 julio 2007, reguló la actuación de la Policía en la investigación preliminar, así como la detención preliminar, que para el caso establece que:

“En los casos de urgencia y peligro en la demora, a fin de evitar perturbación en la investigación o sustracción de la persecución penal, antes de iniciarse formalmente la investigación, de oficio o a pedido de la Policía, el Fiscal podrá solicitar al Juez Penal de Turno, dicte motivadamente y por escrito, teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, la detención preliminar, hasta por veinticuatro (24) horas, cuando no se da el supuesto de flagrancia.”

Con la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (D.Leg. N° 957) esta institución se encuentra regulada en el Art. 261 que establece que el Fiscal puede solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la 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.

I) Investigación Preliminar.

Implica la realización de una serie de diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Para ello el Fiscal y la Policía especializada deben constituirse inmediatamente al lugar de los hechos o a la “escena del crimen” con la finalidad de determinar la naturaleza del suceso, las formas y circunstancias producidas así como otros elementos de juicio que permitan evaluar la situación. Ello implica comprobar in situ, a fin de poder seleccionar y recoger indicios o evidencias así como su preservación y embalaje para el análisis correspondiente.

En el Nuevo Código Procesal Penal, se distingue las diligencias preliminares que son parte de la etapa de investigación preparatoria, la misma

que tiene por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.

La Investigación Preparatoria persigue, así reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa; tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

II) Juez.

Persona investida de autoridad Jurisdiccional, quien decide de un proceso la solución que se le debe dar aún litigio planteado. Quien en representación del estado resuelve los conflictos suscitados entre los particulares. Persona que administra Justicia en representación del Estado expresando la voluntad de la Ley ante un conflicto de Interés¹²².

En el ejercicio de su función, los jueces actúan con desinterés objetivo respecto a los asuntos que se les planteen y han de ser imparciales e independientes. Así mismo los jueces deben ser también inamovibles.

A la hora de juzgar, los jueces solo están sometidos al imperio de la ley y el derecho, lo que significa que para determinar si se otorga o no la tutela pedida, deben proceder ateniéndose a las normas del Derecho objetivo.

Así mismo son responsables en el ejercicio de su función, pudiendo incurrir, en determinados casos, en responsabilidad disciplinaria, civil y penal.

¹²² *Diccionario enciclopédico de la lengua española (SOPENA) Editorial Ramón Sopena S.A. Provenza, 95 Barcelona.*

Funcionario pertinente a la carrera Judicial, único investido de autoridad para ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, en las causas de sus respectivas competencias. También el Juez de paz que no pertenecen a la carrera Judicial, y son de carácter lego, ejerciendo su cargo en pequeñas localidades con limitadas funciones jurisdiccionales.

En el marco del nuevo modelo procesal que imprime el Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), se distingue a los Jueces de Investigación Preparatoria, quien tiene a su cargo, conocer las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la Investigación Preparatoria, imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria, realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada; conducir la Etapa Intermedia y la ejecución de la sentencia, y general ejercer los actos de control que se estipulan en el referido Código.

m) Fiscal.

Funcionario que ejerce el Ministerio Público ante los tribunales, ostentando en general la representación de intereses públicos¹²³.

El Ministerio Público o Fiscalía de la Nación, como también se le conoce, es una institución encargada de la defensa de la legalidad y de los intereses tutelados por el Derecho. En el ámbito penal es el titular del ejercicio público de la acción penal, tiene el deber de la carga de la prueba y persigue tanto al delito como al delincuente.¹²⁴

Conforme se tiene de nuestra Carta Magna, el Fiscal interviene en la investigación del delito desde la etapa policial, conduciendo la actuación de la Policía Nacional, es en otras palabras el director del proceso y como tal ordena y practica los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que

¹²³ <http://blog.pucp.edu.pe/item/25549> En: *Academia de la Magistratura*. JORGE ANGELES VALIENTE

¹²⁴ SANCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*. IDEMSA, Editorial Moreno S.A., Lima-Mayo 2004, p.129.

sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado, y es en esta medida dentro las facultades persecución del delito puede solicitar al Juez de Investigación Preparatoria medidas coercitivas como la detención preliminar judicial.

n) Imputado.

Doctrinariamente se le conoce también como procesado, reo, inculcado o acusado y viene a ser la persona sobre quien recae toda la potestad persecutoria del Estado, a cargo del Fiscal, cuando se estima que ésta ha cometido un delito, esto es un hecho típico, antijurídico y culpable.

Ciertamente, el imputado viene a constituir el sujeto pasivo en proceso, y será el principal protagonista, pues, sobre aquél pesa la imputación jurídico-penal, de haber cometido supuestamente un hecho punible. En efecto, el imputado dentro del nuevo modelo procesal acusatorio, garantista, es sujeto de procesal a quien se le reconoce una serie de derechos y también restricciones.

Es importante señalar que a efectos probatorios, el imputado es un sistema procesal acusatorio no es un órgano de prueba por excelencia, no puede considerarse que a partir de aquél se deba circunscribir toda la actividad probatoria, tanto para absolver como para condenar. La actuación procesal del imputado consiste fundamentalmente para ejercer plenamente su derecho de defensa, de contradecir los argumentos de la acusación, para desvirtuar la imputación, más no como medio de información para obtener información de naturaleza incriminatoria, no olvidemos que al imputado le asiste el *nemo tenetur se ipso accusare*¹²⁵, que alude a que el silencio del imputado no puede generar ninguna consecuencia desfavorable para él, porque de lo contrario sería un silencio autoinclupatorio.

¹²⁵ PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal, Editorial Rodhas, Primera Edición, 2006. Pág. 347.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.

Después de haber realizado una investigación en la biblioteca de la U.C.S.M., U.N.S.A. y U.A.P., no se encontró ninguna tesis de esta naturaleza.

Tan solo se han realizado charlas, seminarios, pero estas de manera muy genérica es mas diríamos instructiva de tipo nomenclatura legal, y no de acuerdo a lo que se pretende investigar.

En cuanto a libros después de haber revisado el catálogo de libros de la Biblioteca Nacional, tal búsqueda se ha realizado en la página web de tal institución (www.bnp.gob.pe/portalbnp), por la que se tiene que no existen libros referentes al tema de investigación.

También se realizó la búsqueda en el catálogo de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores, (www.anr.edu.pe.catalogodetesis) no se ha encontrado ningún trabajo similar ni parecido al propuesto.

4. OBJETIVOS.

a) Objetivo General.

- Determinar y analizar los aspectos positivos y negativos de la aplicación de la Detención Preliminar, en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de Octubre del año 2008 a Mayo del año 2009.

b) Objetivos Específicos.

- Determinar si la Detención Preliminar Judicial conforme se encuentra regulada normativamente, resulta eficaz para la persecución penal a cargo del Fiscal.
- Determinar si la Detención Preliminar Judicial conforme se encuentra regulada normativamente, en algunos supuestos resulta ser una medida de coerción excesiva que vulnera derechos fundamentales como el derecho a la libertad.

5. HIPÓTESIS.

- Principio, Teniendo en cuenta que:

a) La libertad personal, constituye un derecho fundamental de la persona, reconocido constitucionalmente representando uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

b) La Detención Preliminar Judicial, constituye una institución procesal que es aplicable cuando se den determinados presupuestos materiales y en determinadas circunstancias previstos expresamente en la ley.

- Hipótesis es probable que:

El marco normativo de la Institución Jurídica de la Detención Preliminar Judicial, conforme se viene aplicando en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de Octubre del año 2008 a Mayo del año 2009, no es eficaz para todos los supuestos que demanda la persecución penal y por otro lado resulta excesivo en delitos menos gravosos, las mismas que vulneran derechos fundamentales como es el derecho a la libertad, por lo que urge una modificación de la norma.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TECNICAS E INSTRUMENTOS.

Variable Única.

Detención Preliminar Judicial.

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Detención Preliminar judicial.	- Análisis del criterio Doctrinario y Normativo Nacional de la Detención Preliminar Judicial.	- Documentos relacionados al Tema. - Código Procesal Penal. - Constitución Política del Perú. - Convención Americana de los Derechos Humanos. - Declaración Universal de los Derechos Humanos. - Opiniones de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público del área Penal del cercado del Distrito Judicial de Arequipa, de estudiosos del Tema y Abogados especialistas en derecho de Penal inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.	- Observación Documental. - Observación Documental. - Observación Documental. - Observación Documental. - Observación Documental. - Entrevista y encuesta.	- Ficha Bibliográfica Documental. y - Ficha Bibliográfica Documental. y - Ficha Bibliográfica Documental. y - Ficha Bibliográfica Documental. y - Ficha Bibliográfica Documental. y - Formato de entrevista encuesta, grabadora y radio
	- Análisis del criterio Jurisprudencial de la Detención Preliminar Judicial.	- Documentos y Resoluciones Judiciales.	- Observación Documental.	- Ficha Bibliográfica Documental. y

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.

a) Ubicación espacial.

En los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

b) Ubicación temporal.

La presente investigación abarcará, de octubre del año 2008 a mayo del año 2009.

c) Universo, unidades de estudio y muestra.

Para la investigación documental, las unidades de estudios se encuentran constituidas por: dispositivos legales, doctrina y textos referentes a la Institución Jurídica de la Detención Preliminar Judicial

Para la investigación de campo, consideraremos como unidades de estudio, las Resoluciones de Detención Preliminar Judicial que obran en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entrevistas a los Magistrados de la Corte Superior de Justicia y Magistrados del Ministerio Público del Cercado del Distrito Judicial de Arequipa y encuestas a estudiosos del Tema y a los Abogados inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.

En cuanto a la entrevista y encuestas se tomará como muestra todas las contestadas.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

La información requerida para la presente investigación será recogida en forma personal y con el apoyo de tres colaboradores especializados en la materia de estudio, la información documental y bibliográfica; para recabar información documental se recurrirá a las bibliotecas especializadas en Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín, la Universidad Católica de

Santa María, de la biblioteca de la Corte Superior de Justicia, del Colegio de Abogados de Arequipa, así como se obtendrá de Internet y las Bibliotecas Virtuales.

Se contará con la información de campo obtenida, de los diferentes datos que se obtengan de las resoluciones judiciales que obran en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, entrevistas a los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público del área Penal del Cercado del Distrito Judicial de Arequipa, a estudiosos del Tema y encuesta a los Abogados inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.

4. MEDIOS.

a) Recursos Humanos.

Denominación	N.-	Costo Diario	Días	Costo total
- Dirección de proyecto y ejecución.	1	20.00	150	3,750.00
- Colaboradores	4	40.00	30	1,200.00
- Digitador.	1	10.00	10	100.00
Totales	6	70.00		5,050.00

b) Recursos Materiales, bienes y servicios.

Denominación	Cantidad	Costo Total
Papel Bond	2000	35.00
Papel Periódico	1000	15.00
Papel Carbón	100	20.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	1200	120.00
Cartucho tinta de Impresora	02	200.00
Copias Fotostáticas	300	30.00
Anillado	05	25.00
Uso de Computadora	01	100.00
Movilidad	---	200.00
Total		845.00

c) Costo Total del Proyecto y Ejecución de Investigación.

Denominación	Costo Total
- Recursos Humanos.	5,050.00
- Recursos Materiales de Bienes y Serv.	845.00
Costo Total	5,895.00

5. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

Tiempo	MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO			
Actividades	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Preparación de Proyecto		X	X	X	X	X	X	X	X											
Aprobación de Proyecto										X	X	X								
Recolección de Información		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X						
Análisis y Sistematización de Datos														X	X					
Conclusiones y Sugerencias																	X			
Preparación del Informe																		X	X	
Presentación del Informe Final																				X

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

- ÁLVAREZ SIMONETTI, Manuel. CODIGO PENAL, Antecedentes, Concordancias, Notas, Jurisprudencias, Segunda edición, junio 2000, Lima – PERÚ.
- BINDER, A., Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.
- CASTILLO CORDOVA, Luis, “Habeas Corpus, amparo y habeas data”, ARA Editores, Lima – Perú , 2004.
- CAROCCA PEREZ: Garantía Constitucional de la Defensa Procesal.
- Constitución Política del Perú, Comentada”, Editorial GACETA JURIDICA, Edición 1999.
- JAEN VALLEJO, Manuel, La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional, Akal, Madrid, 1987.
- MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal, T.I. Fundamentos. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1999.
- PEREZ PINZON, Alvaro Orlando, Los Principios Generales del Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- REVILLA GONZALES, José-Alberto: El interrogatorio del imputado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, Como Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal Volumen I, Grijley, 2da. Edición, Lima, 2003.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Abel, Métodos de Investigación, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 1998.
- TECLA, Alfredo y Alberto Garza, Metodología de la Investigación, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 1982.
- TORRES LÓPEZ, Edgardo. Motivación en las resoluciones judiciales. Revista IURIS OMNES, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa- Año VIII N° 02-Dic. 2006.
- ROSAS YATACO, Jorge. Derecho Procesal Penal. IDEMSA, Editorial Moreno S.A., Lima-Mayo 2004.

- VILLORO TORANZO Miguel, Teoría, Métodos y Técnicas en la Investigación Social, Ediciones de Cultura Popular, S.A., Lima, 1974.
- <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>



ANEXO 2

Proyecto de Ley

LEY QUE MODIFICA LOS ARTS. 261, 264.3 y 271.1 DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Artículo 1.- Modifícase el Art. 261 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957, por el texto siguiente:

“Artículo 261 Detención Preliminar Judicial.-1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dictará mandato de detención preliminar, cuando:

a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años, salvo los casos reincidencia, habitualidad, delito continuado, concurso real o ideal que permitan razonablemente determinar igual pena y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse posibilidad de fuga o peligro en la obstaculización de las fuentes de prueba.

b) El sorprendido en flagrante delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años, salvo los casos reincidencia, habitualidad, delito continuado, concurso real o ideal que permitan razonablemente determinar igual pena, logre evitar su detención.

c) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar o en su traslado a cualquier dependencia, siempre que se trate de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años, salvo los casos reincidencia, habitualidad, delito continuado, concurso real o ideal que permitan razonablemente determinar igual pena.

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

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

4.- Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de seis meses. Vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitoriados.”

Artículo 2.- Modifícase el Art. 264 en su inciso 3) del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957, por el texto siguiente:

“3. Al requerir el Fiscal en los casos señalados en los incisos anteriores la prisión preventiva del imputado, el Juez de Investigación Preparatoria inmediatamente realizará la respectiva audiencia dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad.”

Artículo 3.- Modifícase el Art. 271 en su inciso 1) del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957, por el texto siguiente:

1.- El Juez de Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la Prisión Preventiva, en caso no se encuentre detenido el imputado, caso contrario realizará inmediatamente dentro de las 24 horas, bajo responsabilidad. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado de oficio.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES Y TRANSITORIAS

PRIMERA: Las normas procesales modificadas por la presente ley, son de aplicación inmediata, conservándose los actos procesales realizados.

