

ELDER JAIME MIRANDA ABURTO

**PRISIÓN PREVENTIVA,
COMPARECENCIA
RESTRINGIDA Y ARRESTO
DOMICILIARIO**

En la jurisprudencia del
Tribunal Constitucional y
la Corte Suprema

Elder Jaime Miranda Aburto

**PRISIÓN PREVENTIVA,
COMPARECENCIA
RESTRINGIDA Y ARRESTO
DOMICILIARIO**

En la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional
y la Corte Suprema

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

 (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe



**PRISIÓN PREVENTIVA,
COMPARECENCIA RESTRINGIDA Y
ARRESTO DOMICILIARIO**
En la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional y la Corte Suprema

PRIMERA EDICIÓN
FEBRERO 2014
2,840 ejemplares

© *Elder Jaime Miranda Aburto*
© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2014-02509
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-125-0
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221400151

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Luis Briones Ramírez

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

*A Dios, por su gran misericordia e infinito amor;
a mi madre Juana, mujer excepcional, por su amor y ternura;
y a mi padre Jaime, por su constante motivación, virtudes que han
hecho posible admirarlos y amarlos por siempre*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a *Gaceta Constitucional* por darme la oportunidad de presentar esta obra a la comunidad jurídica, en especial, a Maribel Achulli Espinoza por su amistad incondicional; asimismo, a la Universidad Nacional Federico Villareal, a la Universidad Peruana Los Andes y a la Universidad Inca Garcilaso de la Vega por la oportunidad de enseñar en sus aulas, en las cuales se forjan hombres del futuro jurídico

Prólogo

El nuevo Código Procesal Penal está inspirado en un sistema acusatorio con rasgos adversariales, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, de carácter inquisitivo, observándose en este nuevo sistema una diferencia sustancial entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente, la cual es aplicar la ley penal respetando los derechos fundamentales del imputado, en el marco de un debido proceso. Al existir una diferenciación teórica, normativa y práctica entre la potestad persecutoria y la potestad jurisdiccional, ahora el titular de la *notitia* criminal del delito, de la pena y del ejercicio público de la acción penal es el Ministerio Público, en tanto que al Poder Judicial le corresponde exclusivamente dirigir la etapa intermedia y la etapa del juzgamiento.

Esta nueva normativa procesal penal busca proteger los principios esenciales del proceso penal propios de un Estado constitucional, tales como el de contradicción, a la igualdad, acusatorio, de oralidad, de intermediación, de publicidad, etc.; así como el desarrollo equilibrado de las garantías genéricas del debido proceso, la tutela jurisdiccional, la defensa procesal, la presunción de inocencia y las demás garantías específicas del individuo. Además, el nuevo Código Procesal Penal también exige tutelar los derechos e intereses legítimos de la víctima, y asegurar el desarrollo y resultado de un proceso penal que pretende la expedición de resoluciones rápidas y justas para todos, afirmando de este modo la seguridad ciudadana como uno de los deberes primordiales del Estado.

El proceso penal único, o también llamado común, se divide en tres etapas: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juicio oral; presentándose una división de roles: el fiscal tiene la función persecutoria del delito, es decir, es el encargado de llevar a cabo la investigación preparatoria con el apoyo de la Policía Nacional; mientras que al órgano jurisdiccional le corresponde la función decisoria, emitir el fallo; en buena cuenta, dirige la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento, y resuelve los conflictos de

contenido penal expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley. Al respecto, no podemos dejar de señalar que la etapa principal en este nuevo sistema procesal es el juicio oral, el cual está previsto en el inciso 1 del artículo 356 del nuevo Código Procesal Penal y se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas en la Constitución y los tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú como la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actividad probatoria.

Es en este contexto que las medidas coercitivas de carácter personal cobran vital importancia al tener como finalidad la concurrencia del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor y/o partícipe del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez o evitar la frustración de la celebración del juicio oral por su inasistencia. La prisión preventiva, por su propia naturaleza, constituye la medida coercitiva más grave y tiene como único fin asegurar la concurrencia del imputado al proceso. Esta medida cautelar se dicta antes de la sentencia, no teniendo connotación punitiva, por lo que la validez de su imposición –a nivel judicial– dependerá de la existencia de motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por tal razón, la imposición de la prisión preventiva no puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, podría aplicarse a la persona que hasta ese momento tiene la condición de imputado, ya que ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.

Otra de las medidas restrictivas de la libertad personal que podría imponer el juez penal contra el imputado es la comparecencia restrictiva y dentro de esta, el arresto domiciliario, los cuales han tenido un desarrollo jurisprudencial significativo a nivel de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, órganos que han perfilado –legal y constitucionalmente– los presupuestos y excepciones para su aplicación por el juez penal.

Este y otros temas referidos a las medidas cautelares de carácter personal reguladas en el nuevo Código Procesal Penal (de 2004) son estudiados exegética y jurisprudencialmente en la presente obra. Para ello, se ha tomado como referencia los pronunciamientos más importantes de diversos organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de las máximas exponentes que resuelven controversias ordinarias y constitucionales a nivel nacional, nos referimos al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Elder Jaime MIRANDA ABURTO

CAPÍTULO I
Finalidad y principios rectores

CAPÍTULO I

Finalidad y principios rectores

Introducción

Las medidas coercitivas se encuentran reguladas en el título I, sección III del libro II del Nuevo Código Procesal Penal. El artículo 253 del citado cuerpo legislativo establece los principios que rigen dichas medidas, así como su finalidad. Entre las pautas directrices que dicho dispositivo precisa, tenemos que:

1. Los derechos fundamentales 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, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella.
2. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que –en la medida y exigencia necesaria– existan suficientes elementos de convicción.
3. La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable –en la medida y por el tiempo estrictamente necesario– para, según los casos, prevenir los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

De lo anotado se observa que las medidas cautelares personales deben circunscribirse a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a los derechos humanos⁽¹⁾ ratificados por el Perú, los

(1) SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea, 1989, p. 24; nos señala que: El reconocimiento de los derechos humanos, es de tal importancia moral que difícilmente esté justificada una norma jurídica y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ella, que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención, aun de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos

cuales forman parte del Derecho interno, conforme al artículo 55 de la Constitución⁽²⁾.

Y es que el nuevo proceso penal busca constituir –en sentido estricto– un sistema jurídico penal respetuoso de los derechos fundamentales; siendo que se transita de un sistema inquisitivo en el que instruye y falla el propio juez, a un sistema acusatorio en el que el Ministerio Público tiene el reconocimiento exclusivo de la acción penal, conforme lo precisa el artículo 159 de la Constitución, teniendo este último las siguientes atribuciones:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

De esta manera, el que instruye no puede juzgar; garantía que tiene como único fin evitar un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto que va a decidir el juez, poniendo en riesgo el derecho del justiciable a obtener una justicia

que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquellos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o ir más allá de tales normas positivas en tanto pretenda alcanzar una decisión justificada. Es por ello que Robert Alexy en su obra sobre el *Desarrollo de los Derechos Humanos y Fundamentales en Alemania*. DC, 11, Tübingen, p. 13 señala: Los derechos humanos poseen una validez moral que no puede ser anulada por el derecho positivo. A su vez, los derechos fundamentales son, el núcleo, derechos humanos transformados en derechos positivos.

(2) **Artículo 55.- Tratados**

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional.

imparcial. Por ello, el sistema que preconiza el Nuevo Código Procesal Penal no solo debe entenderse como un cambio de normativa, sino concebirse como un cambio de pensamiento por parte de los operadores de justicia⁽³⁾.

En el fondo, lo que busca el proceso penal acusatorio es preservar la imparcialidad del juez, para que sea un auténtico juzgador *supra* partes, sin que le competa la función de perseguir los delitos y de condenar o absolver, sino solo la de juzgar si estos se han cometido o no, según las pruebas que presenten las partes. De ahí que una característica esencial del sistema acusatorio sea la contradicción.

Respecto al sistema acusatorio, San Martín Castro señala que debe de tenerse en cuenta dos puntos esenciales: 1. El Ministerio Público conduce la investigación del delito y es el director jurídico funcional de la Policía; y 2. El proceso judicial es indispensable para imponer una pena a una persona, debiendo ser público y respetar los principios propios de la judicialización del enjuiciamiento, a decir: la inmediación, la contradicción, la oralidad y la concentración⁽⁴⁾.

Por su parte, en relación con el proceso de reforma del proceso penal, Roberto Bovino refiere que: “El término de reforma no debe ser entendido como una serie de modificaciones dirigidas a reestructurar o reconfigurar el procedimiento penal anterior o el texto normativo que lo organizaba, sino una transformación que afecta los componentes fundamentales de la estructura de la administración de justicia penal en el sentido amplio”⁽⁵⁾.

Siendo esto así, al implementarse la reforma del proceso penal, tanto el legislador como el juez deben respetar los derechos fundamentales de las partes. Al respecto, cabe recordar que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional indica que “los jueces interpretan y aplican

(3) El Tribunal Constitucional señaló en la STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC-Manuel Enrique Umbert Sandoval, que la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamientos determinadas características: a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreesido necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

(4) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 62.

(5) BOVINO, Alberto. “Proceso Penal y Derechos Humanos: La reforma de la administración de la justicia penal”. En: *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*. Editores Del Puerto, 1998, p. 9.

las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. De ahí que exista la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución, no solo porque ello es una exigencia lógica y consustancial, sino también un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, el cual demanda de los jueces –de toda sede y grado– procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

De lo anotado, se desprende que el Derecho Procesal Penal, como las demás ramas del Derecho, se encuentran fuertemente ceñidas a la Constitución, puesto que dicho documento es la base sobre la que descansa la regulación referida a la aplicación de las medidas coercitivas. Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que las bases del Derecho Penal y de todas las disciplinas jurídicas no se han de encontrar necesariamente en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución Política del Estado a través de sus principios, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado Constitucional Democrático⁽⁶⁾.

De esta manera, en un Estado Constitucional las distintas ramas del Derecho relacionadas con lo penal se encuentran redimensionadas por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales, por lo que se ha señalado que, en la actualidad, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal solo pueden ser entendidos en el marco de la Constitución⁽⁷⁾. Esto, sin perjuicio de la denominación que se le dé a las posiciones iusfundamentales en la Carta Magna. Y es que de una revisión exhaustiva de dicho documento encontramos expresiones como “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, lo que haría pensar que existe una diferenciación entre estas categorías, sin embargo, jurídicamente tal cosa no existe. En efecto, Luis Castillo Córdova sostiene que: “tanto la expresión ‘derechos humanos’, como los ‘derechos fundamentales’ y ‘derechos constitucionales’, hacen referencia a una misma realidad; a las exigencias básicas relacionadas con la dignidad humana; es decir, a los derechos

(6) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 07451-2005-PHC/TC. Cono Norte de Lima, caso Franklin Macedonio Alcántara Muñoz.

(7) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00012-2006-PI/TC-Lima, caso Colegio de Abogados de Lima.

del hombre”⁽⁸⁾. Por su parte, el Tribunal Constitucional también utiliza indistintamente estas terminologías, otorgándole un valor equivalente cuando las ha analizado: “[L]os derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para: ‘designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales’”⁽⁹⁾.

Entender los derechos fundamentales como derechos humanos y que estos tienen eficacia directa en las relaciones jurídicas entre privados, no supone proclamar un postulado retórico sin aplicación práctica, sino, que hacen referencia a un postulado perfectamente accionable en el plano jurisdiccional ante su incumplimiento o transgresión. Y es que en caso de que se abuse de los derechos fundamentales o estos sean vulnerados en las relaciones entre privados, las puertas del amparo están abiertas para que se dispense la tutela correspondiente⁽¹⁰⁾.

I. Finalidad

Entender a la libertad individual como un derecho fundamental fue una conquista de dos grandes momentos históricos, nos referimos a las dos grandes revoluciones occidentales, la Americana y la Francesa, las cuales dieron lugar al constitucionalismo moderno. En cuanto a la Revolución Americana, tenemos como documento cumbre que reconoce el derecho a la libertad a la Declaración de la Independencia de 1776; mientras que para el caso de la Revolución Francesa, la libertad es la piedra angular de la Declaración de los 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. En nuestro país, la Constitución de 1993 ha seguido el precedente establecido en la Carta Fundamental de 1979, reconociendo como fundamentales todos los derechos de las personas, sean estos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales o ambientales, o de cualquier otro de naturaleza análoga que se funde en la dignidad del ser humano. Teniendo el derecho a la libertad individual una connotación

(8) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una Teoría General de los derechos constitucionales*. ARA, 2003, p. 19.

(9) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Hernández, f. j. 6.

(10) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0410-2002-AA/TC, caso Julia Soledad Chávez Zúñiga.

particular, por su naturaleza fundante y relacional respecto del goce y ejercicio de otros derechos. Es por ello que, con acierto, Vicente Gimeno Sendra señala que: “De todos los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el máspreciado”⁽¹¹⁾.

Pese a reconocerse que la libertad individual es uno de los derechos más preciados –junto con la dignidad humana y la igualdad–, el constituyente y el legislador han previsto supuestos taxativos en los que procede su restricción en pro de resguardar otros derechos y bienes constitucionales. Así, a fin de proteger bienes jurídicos valiosos y la seguridad de la población se ha legitimado la restricción de la libertad individual en un proceso penal a través de las medidas cautelares personales y la pena. Siendo el objeto del presente libro solo las primeras, nos abocaremos a estudiar únicamente a ellas.

Así, se ha dicho que la finalidad de las medidas cautelares personales: la prisión preventiva, la comparecencia restrictiva y el arresto domiciliario; es asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor y/o partícipe del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez, o evitar su inasistencia y la consecuente frustración de la celebración del juicio oral.

Por su parte, Julio Maier define las medidas cautelares personales como: “Aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que pueden adoptar un tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”⁽¹²⁾. Mientras que San Martín Castro sostiene que: “El proceso cautelar garantiza la efectividad de la potestad jurisdiccional, a través de la cual se concreta la potestad punitiva del Estado, indicando que el proceso penal trata de restaurar el orden jurídico perturbado, sancionando al culpable de la comisión del delito e indemnizando al agraviado”⁽¹³⁾.

Precisamente, atendiendo a dicha finalidad y la restricción de la libertad individual por las medidas restrictivas de la libertad, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 8, inciso 2 de la Convención, ha señalado que existe una: “obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para

(11) GIMENO SENDRA, Vicente. *El proceso de hábeas corpus. Temas claves de la Constitución española*. Tecnos, Madrid, 1985, p. 17.

(12) MAIER, Julio. *La Ordenanza Procesal Penal alemana*. Vol. II, p. 127.

(13) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Grijley, p. 780.

asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia”⁽¹⁴⁾.

En esa línea, al evaluar las disposiciones normativas que regulan la imposición de medidas coercitivas personales, el Tribunal Constitucional ha indicado que existen dos intereses que deben ser protegidos: “a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) 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, (...). Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia”⁽¹⁵⁾. En tanto que la Sala Penal de la Corte Suprema, al emitir la primera Casación N° 01-2007-Huaura, referida a la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, sostuvo que “la detención, es una privación de la libertad provisional, caracterizado por su brevedad y su limitación temporal de naturaleza estrictamente cautelar, cuya finalidad es evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de justicia, dispuesta por la Policía o por el juez de la investigación preparatoria”.

II. Principios rectores que orientan las medidas cautelares restrictivas de la libertad individual

Un enunciado inicial de lo que se entiende por principio podemos encontrarlo en Zagrebelsky, quien señala que estos: “Son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio”⁽¹⁶⁾. Una definición más clara lo encontramos en Rodríguez Gómez, quien precisa que: “Los principios desempeñan un papel ‘constitutivo’ del orden jurídico, [pues] proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, generando actitudes favorables o contrarias”⁽¹⁷⁾.

(14) Sentencia expedida el 12 de noviembre de 1997, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, párrafo 77.

(15) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 731-2004-HC/TC, caso Alfonso Villanueva Chirinos.

(16) ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trotta, Madrid, 2005, p. 89.

(17) RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. “¿Crisis de la ley?, principios constitucionales y seguridad jurídica”. En: *Universitas: revista de filosofía, derecho y política*. N° 3, Madrid, 2006, pp. 33-34.

Lo propio indica Alexy, para quien: “Los principios son (...) mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”⁽¹⁸⁾.

Los principios constitucionales también irradian su línea directriz cuando se regula y aplica medidas restrictivas de la libertad personal. Así tenemos que las medidas de coerción procesal se rigen por determinados principios, conforme lo señalan los numerales 2 y 3 del artículo 253 del Nuevo Código Procesal Penal. Al respecto, Ortells Ramos indica que: “En tanto las medidas cautelares restringen derechos fundamentales, resulta imprescindible rodearlas del máximo de las garantías de un proceso, en la medida en que se trata de una materia de directa relevancia constitucional”⁽¹⁹⁾; en este caso, tales garantías se ven representadas por los principios.

En la doctrina, los autores enumeran una diversidad de principios que regulan las medidas cautelares. Tenemos, por ejemplo, a María Inés Horvitz Lennón y Julián López Masle, quienes precisan los siguientes principios: legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad⁽²⁰⁾. Pablo Sánchez Velarde, por su parte, considera las siguientes líneas directrices: el respeto a los derechos fundamentales, la excepcionalidad, la proporcionalidad, la provisionalidad, la taxatividad, la suficiencia probatoria, la motivación de la resolución, la judicialidad y la reformabilidad o variabilidad⁽²¹⁾. En tanto que José Neyra Flores indica los siguientes: la legalidad, la necesidad, la proporcionalidad, la prueba suficiente, la provisionalidad y la excepcionalidad.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en el caso Riggs Brousseau indicó que la detención judicial preventiva es una medida excepcional y que el principio *favor libertatis* impone que esta tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional; esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. “El carácter de medida subsidiaria impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que

(18) ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En: *Doxa*. Cuadernos de filosofía del Derecho. Alicante, 1988, p. 143.

(19) MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional: Proceso Penal*. T. III, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, citado por SAN MARTÍN, Castro. *Procesal Penal*. Tomo II. Grijley, p. 1072.

(20) HORVITZ LENNÓN, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal chileno*. Tomo I, Jurídica de Chile, p. 350 y ss.

(21) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*. Idemsa, 2009, p. 325.

se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado⁷⁽²²⁾.

Por nuestra parte, consideramos que los principios y garantías fundamentales más importantes que regulan las medidas cautelares personales son:

1. Motivación de las resoluciones judiciales

El inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política indica que es un principio y derecho de la función jurisdiccional: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales 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 sustentan”.

El deber de la motivación de las resoluciones judiciales que limitan las medidas de coerción, y en especial el derecho fundamental a la libertad individual, es una garantía frente a la deducción irracional, absurda o manifiestamente caprichosa de los operadores de justicia. Con ello, se solicita que la detención judicial esté sustentada en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico. Este derecho también debe alcanzar a las disposiciones, requerimientos y conclusiones del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo 64.1 del Nuevo Código Procesal Penal:

“1. El Ministerio Público formulará sus disposiciones, requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismo, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a disposiciones o requerimientos anteriores (...)”.

La motivación de las resoluciones no es una práctica reciente, ya en el año 1842 se sostenía que la motivación era, por lo menos, prueba de un sagrado respeto a la virtud de la justicia y una sumisión absoluta de la ley, constituyendo un indicador de la calidad del magistrado encargado de expedirla, garantizando hasta el límite la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal.

En ese sentido, un debido ejercicio de la acción penal importa una motivación adecuada y suficiente; como bien anota Andrés Ibáñez Perfecto: “La

(22) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 791-2002-PHC, caso Grace Mary Riggs Brousseau.

motivación podría ser sustancialmente eludida en la práctica mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la rutinaria repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación”⁽²³⁾.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 5/2002 señaló que: “Las resoluciones judiciales deben ser motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. En particular, el deber de motivación supone (...) que las resoluciones judiciales han de venir apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, cuál ha sido su *ratio decidendi* (...). También hemos puesto de manifiesto (...) que la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito”.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha confirmado que dos son las características que debe tener la motivación: En primer lugar, tiene que ser suficiente, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser razonada, es decir que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada⁽²⁴⁾.

Lo descrito nos indica que las resoluciones deben respetar el principio de “no contradicción”, por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc. Igualmente, se debe respetar el principio de “tercio excluido” que señala que “entre dos cosas contradictorias no cabe término medio, es decir, si reconocemos que una proposición es verdadera, la negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido, no caben términos medios”.

Asimismo, son dos las consecuencias que produce vulnerar el derecho a la motivación de las medidas de coerción procesal, señala Florencio Mixán

(23) Citado por SANGUINÉ, Odone. *La prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 546 y ss.

(24) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1084-2005-PHC/TC-Ucayali, caso Artemio Ramírez Cachique.

Mass. En efecto, “cuando el órgano jurisdiccional incurre en la omisión de motivar su resolución incurre en una nulidad ‘insanable’ por haber perpetrado una grave infracción a la ‘garantía de la administración de justicia’ prevista en la Constitución Política del Estado. En cuanto a la motivación deficiente, sostenemos que depende de la mayor o menor gravedad de la deficiencia; así, por ejemplo, si la deficiencia en la motivación incide en algún aspecto secundario del punto materia de la resolución y fuere posible que el superior jerárquico la subsane, ya sea adecuándola, profundizándola, integrándola, etc., no es conveniente declarar su nulidad; en cambio, si la deficiencia en la motivación condujere a resolver incurriendo en una grave infracción de la ley o de la Constitución; entonces, sí, debe declararse su nulidad”⁽²⁵⁾.

En el ámbito constitucional, antes de emitir la sentencia recaída en el caso Llamuja, el Tribunal Constitucional no tuvo –en la praxis– pronunciamientos uniformes respecto al derecho a la debida motivación, sino fluctuantes. Por ejemplo, en el caso José Dellepiani Massa⁽²⁶⁾ el Colegiado ordenó que “la Sala emplazada precise, de manera objetiva y concreta, qué hechos o actos en particular le resultan verosímiles o le crean convicción respecto de una supuesta conducta procesal obstruccionista verificable en la actuación personal (...), y que estaría destinada a destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, así como a influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Ello servirá para determinar la insuficiente o adecuada motivación de la medida de coerción objeto de la (...) demanda constitucional, por lo [que] solicitó se dicte un nuevo pronunciamiento”.

Situación que no sucedió en el caso Jeffrey Immelt y otros⁽²⁷⁾, en la que el Colegiado declaró fundada la demanda de hábeas corpus presentada, y por consiguiente, se declaró nula la resolución expedida por el Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, y dispuso la suspensión de las órdenes de captura dictados contra todos los afectados, al establecer que: uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La

(25) MIXÁN MASS, Florencio. “La motivación de las resoluciones judiciales”. En: *Debate Penal*. N° 2, mayo - agosto de 1987, pp. 193-203.

(26) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1753-2003-HC/TC-Lima, caso José Julio Dellepiane Massa.

(27) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 8125-2005-HC/TC-Lima, caso Jeffrey Immelt y otros.

exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver”.

Lo propio aconteció en el caso Eleuterio Percy Mesías Urrutia, en el que se declaró infundada la demanda de hábeas corpus, advirtiendo que dos son las características que definen a la motivación de la detención judicial: “En primer lugar, tiene que ser ‘suficiente’, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser ‘razonada’, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada”⁽²⁸⁾. Asimismo, precisó que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de los justiciables, ya que mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa”.

Como lo precisamos, con la sentencia del caso Giuliana Llamuja⁽²⁹⁾ se suscita un quiebre en cuanto al derecho a la debida motivación, pues en ella se delimitó el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho bajo los siguientes supuestos:

- a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las

(28) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 7038-2005-PHC/TC, caso Eleuterio Percy Mesías Urrutia.

(29) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilaes.

alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

- b) **Falta de motivación interna del razonamiento.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.** El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los **casos difíciles**, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o Tribunal en sus decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a este, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor

probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado Democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

- d) **La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) **La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse

sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

- f) **Motivaciones cualificadas.** Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o Tribunal.

Si el juez constitucional (y el Tribunal Constitucional) puede controlar la motivación de las decisiones judiciales en materia probatoria, también podría evaluar la conjunción motivada de los presupuestos para dictar la prisión preventiva. En el caso Luis Bedoya de Vivanco se indicó que: “En cuanto al fondo, al peticionario se le revocó el mandato de comparecencia por el de detención, en aplicación del artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991. Este dispositivo señala que ‘el juez puede dictar mandato de detención cuando atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial sea posible determinar: 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. 2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, y, 3. Que existen suficientes elementos para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado, cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

Asimismo, el Colegiado sostuvo que:

“Los tres incisos del artículo 135 del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin de que proceda la medida de detención. En el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención, deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes en un primer momento. En efecto, tanto el fiscal superior –en su Dictamen N° 010-01-E, a fojas sesenta y sesenta vuelta– como el juez –en su resolución a fojas treinta y seis y treinta y siete– admiten que no se ha probado si el

dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común.

El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado, por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del artículo 135 del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*. En lo que atañe al requisito establecido en el inciso c) del artículo 135 del Código Procesal Penal, este Colegiado considera que la conducta del procesado no permite concluir, razonablemente, que al ser puesto en libertad evadirá la acción de la justicia, pues en autos consta que ha cooperado con las diligencias del proceso, como lo reconoce la propia Fiscalía y que carece de antecedentes penales.

En consecuencia, se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no meritarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135 del Código Procesal Penal y del principio constitucional *in dubio pro reo*, por lo que se estima razonable la pretensión demandada, sin perjuicio de que las autoridades judiciales ordinarias continúen desarrollando el proceso penal correspondiente y de que adopten las medidas que juzguen necesarias para garantizar la presencia del accionante en el mismo⁽³⁰⁾.

Por lo anotado, consideramos que el derecho a la motivación no es tal por la enorme cantidad y el superabundante conocimiento “extendido” del juez, sino, por la calidad, profundidad y pertinencia del conocimiento aplicado para solventar la argumentación; constituyéndose en un deber jurídico instituido por la norma jurídica de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional.

(30) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 139-2002-PHC/TC, caso Luis Bedoya de Vivanco.

2. Principio de legalidad

El principio de legalidad ha sido recogido internacionalmente tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11, numeral 2), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (artículo 9) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15).

También ha tenido reconocimiento normativo en el Derecho nacional, puesto que en el Constitución de 1979 se estableció dicha garantía, por primera vez y de forma expresa, en el artículo 2, inciso 20.d, al disponer que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”. En la Constitución de 1993 se hizo lo propio, al establecer taxativamente en el artículo 2, numeral 20, inciso “d” que: “Nadie será procesado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El principio de legalidad se configura, entonces, como una exigencia máxima a nivel normativo entre los principios informadores del ordenamiento jurídico; en tanto que la Constitución exige como principio básico, que la actuación de los poderes públicos se desarrolle conforme a ley y al Derecho. Y es que este principio prohíbe el poder absoluto del *ius puniendi* del Estado sobre los ciudadanos, constituyéndose en una garantía frente a la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales.

Ignacio Berdugo Gómez De La Torre y otros autores afirman, al respecto, que: “El principio de legalidad es expresión política de la garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales frente a la privación o restricción de estos por el Estado”⁽³¹⁾. El Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajeno a esta posición y ha señalado que la legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. “Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento

(31) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Praxis, Barcelona, 1999, p. 44.

sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica³²⁾.

En el ámbito infraconstitucional observamos la configuración procesal del principio de legalidad penal en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004³³⁾, donde se establece que:

- “1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.
2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.
3. **La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.**
4. En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo” (el resaltado es nuestro).

Al respecto, cabe destacar dos principios respecto a la aplicación temporal de la ley procesal penal: la regla del *tempus comissi delicti* y la regla del *tempus regit actum*. La primera determina que las normas procesales aplicables son

(32) Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2758-2004-HC/TC, caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco.

(33) **Artículo VII.- Vigencia e interpretación de la ley procesal penal:**

1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la ley anterior los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.
2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente. Incluso para los plazos ya concluidos si fuera posible (...).

aquellas que se encuentran establecidas en la ley con anterioridad a la comisión del delito; y la segunda, se refiere a que las normas aplicables son aquellas que se encuentran vigentes al momento de la realización del acto procesal.

En este punto, el artículo 103 de nuestra Carta Magna⁽³⁴⁾ señala con claridad que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. En este contexto, cabe preguntarnos si estamos refiriéndonos exclusivamente a la ley penal material o si el principio de legalidad (en su vertiente de *lex praevia*) también se extiende a la ley procesal penal y a la ley de ejecución penal. José Urquizo Olaechea toma posición y manifiesta que dicho principio rige en las tres disciplinas jurídicas mencionadas, puesto que concebir desde el punto de vista material que el principio de legalidad rige solamente en el Derecho Penal, mas no en el Derecho Procesal Penal ni en el Derecho penitenciario significa dividir el sistema punitivo en forma arbitraria⁽³⁵⁾.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 83/00-Caso 11.688 (Alan García Pérez-Perú), de fecha 19 de octubre de 2000, considerando 46, indicó lo siguiente: “El principio de retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia criminal (...) la garantía de la no reactividad de la ley restrictiva o favorable abarca por igual tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esa extensión de la denominada garantía contra leyes *ex post facto* a materia procesal penal, que actualmente se predica en el sistema procesal moderno, ha sido el producto de la evolución del Derecho Penal y Procesal Penal”. Además, agregó en el considerando 47: “Así esta corriente doctrinal y jurisprudencial ha tenido desarrollo paralelo en los sistemas penales de los países latinoamericanos, europeos y anglosajones. Doctrinarios como Jiménez de Asúa sostienen que ‘si las nuevas formas de enjuiciamiento contienen disposiciones que influirán en la penalidad o en defensa del imputado, no podrá dárseles efecto retroactivo, porque no es posible someter al acusado a condiciones más graves que las previstas por la ley vigente en el momento en el que el delito se perpetró’”.

(34) **Constitución Política del Perú**

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...).

(35) URQUIZO OLAECHEA, José. “Derecho Penal: Garantías sin fisuras”. En: *La Razón*. Diario de fecha 21/01/2004, p. 12.

De lo descrito se concluye que, según los parámetros constitucionales, el *ius puniendi* del Estado es una unidad indivisible, ya que las normas de carácter material como las de carácter procesal y las normas que se refieren a la ejecución penal son de naturaleza afflictiva, pues los tres tipos de normas restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y, por tanto, no pueden ser tratadas de forma distinta, como si fueren instituciones excluyentes o antagónicas. Restringir la aplicación del principio de legalidad al campo del Derecho Penal sustantivo no serviría de nada, ya que no podría protegerse las libertades individuales, sobre todo, las del imputado.

Pese a esta posición garantista del principio de legalidad penal y su aplicación en las distintas ramas en que se expresa el *ius puniendi* el Estado, el Tribunal Constitucional mantiene hoy en día un enfoque totalmente distinto, hecho que ha merecido críticas muy duras por la forma como ha interpretado la Constitución. En diferentes sentencias ha indicado con carácter vinculante que: “Tratándose de normas de Derecho Penal material rige para ellas el principio *tempus delicti commissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito. En cambio, las normas procesales penales se rigen por el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior”⁽³⁶⁾.

Por nuestra parte, y ante este contraste de posiciones, consideramos que la aplicación retroactiva de la norma procesal penal en desmedro de los derechos fundamentales del imputado supone un gran perjuicio, porque se desconoce la aplicación de la ley más favorable bajo la justificación de que la Constitución solo hace referencia a la ley material cuando regula el principio de la norma más favorable; sin tener en cuenta que el sistema penal debe ser considerado en forma integral, comprendiendo a la ley penal sustantiva, a la ley procesal penal y a la ley de ejecución penal. Alberto Binder –procesalista argentino– enfatiza que el principio de irretroactividad de la ley procesal penal, y por ende al de *tempus regit actum*, es una manifestación de la función de garantía de la ley procesal penal. Asimismo, indica que el hecho determinante de la correcta aplicación de la ley procesal penal es el delito, pues no puede aplicarse, a una causa penal en trámite, una norma legal que altere el sentido político criminal del proceso penal, establecido en las disposiciones vigentes al momento de

(36) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1593-2003-PHC/TC, caso Dionicio Llajaruna Sare.

producirse el hecho punible; en sentido contrario, las nuevas leyes procesales que “no afecten el sentido político criminal garantizador del proceso penal” o que sean más favorables al imputado sí pueden ser aplicadas conforme al principio de retroactividad benigna de la ley procesal penal⁽³⁷⁾.

En tanto que los autores españoles Carbonell Mateu, Cobo Del Rosal y Vives Antón, también sostienen que cuando la “ley procesal posterior al delito signifique una disminución de garantías o restricciones a la libertad, no regirá la regla *tempus regit actum*, considerando al acto procesal, sino se aplicará la ley vigente al momento de la realización del delito”⁽³⁸⁾. En este sentido, Manuel Cobo Del Rosal señala: “En todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción a la libertad, no regirá la regla *tempus regit actum*, sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción, presupuesto material al que tales consecuencias ‘procesales’ se hallan, indiscutiblemente, ligadas”⁽³⁹⁾.

Por lo tanto, desde el punto de vista material, concebir que el principio de legalidad rige solamente en el Derecho Penal, mas no en el Derecho Procesal Penal, significa dividir el sistema punitivo en forma arbitraria. Aplicar el principio de legalidad solo al campo del Derecho Penal sustantivo no serviría de mucho, ya que no sería posible proteger la libertad individual. Y es que desde el punto de vista de las garantías del Estado de Derecho sería vano, por ejemplo, establecer *ex ante* el tipo y los respectivos castigos por un determinado hecho, si no estuviera garantizado también las reglas que van a regir la marcha del proceso de imputación o de cumplimiento de condena⁽⁴⁰⁾.

3. Principio de proporcionalidad

Este principio afirma que las medidas coercitivas de carácter personal que se adopten en el transcurso de un proceso penal deben estar ligadas a la finalidad que persiguen. En buena cuenta, la medida coercitiva (prisión

(37) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 129.

(38) CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 152. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 163.

(39) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. cit., p. 207.

(40) Posición que asumimos en el artículo. “Retroactividad de las normas penitenciaria y procesal penal. Observaciones desde la perspectiva del principio de legalidad”. En: *Jus Jurisprudencia*. Tomo 1. 2008, p. 195.

preventiva, comparecencia restringida y arresto domiciliario) debe ser proporcionada en relación con la gravedad del hecho y el eventual peligro.

“Así visto, el principio de proporcionalidad constituye un mecanismo de control sobre la actuación de los poderes públicos cuando estos intervienen los derechos fundamentales, evaluando si una medida estatal determinada es idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, si tal medida es necesaria al no existir otro medio apropiado para conseguir el mismo fin y si existe un balance o equilibrio entre: i) el logro del fin constitucional que se pretende obtener con la medida estatal, y ii) el grado de afectación del derecho fundamental intervenido (prueba de la ponderación o de la proporcionalidad en sentido estricto), pues lo que busca este principio es establecer un equilibrio entre la medida que impone el Estado y el bien jurídico que se trata de privar, al ser consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución, y estar plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo”⁽⁴¹⁾.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno al análisis de cómo debe aplicarse la ponderación, pues ha señalado: “Cuando se dicta la medida, el magistrado debe ponderar básicamente dos intereses sumamente importantes que tiene toda sociedad, que son indispensables para la convivencia en sociedad y que son garantizados por el Estado, como la eficacia procesal, el cual genera confianza en el derecho y la protección de los derechos fundamentales, que es vital en un Estado Democrático Social y de Derecho, ambos deben estar en un justo equilibrio para no menoscabar la protección de uno frente al otro, prefiriendo el segundo por ser la libertad la regla y la detención la excepción; el Tribunal Constitucional distingue los intereses como: a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado”⁽⁴²⁾.

En tal sentido, la proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a

(41) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC, caso Confederación General de Trabajadores del Perú. “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales”.

(42) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0731-2004-HC/TC, caso Alfonso Villanueva Chirinos.

partir del hecho ocasionante del acto estatal. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel. En consecuencia, una medida coercitiva personal será proporcionada cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella. Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad.

En el ámbito penal, comentado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Roxin ha advertido que: “A través de la jurisprudencia del BVerfG sobre el principio de proporcionalidad se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a una altura jamás alcanzada (a pesar de la merma de la seguridad jurídica), han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello”⁽⁴³⁾. En tanto que la autora española Coral Arangüena Fanego señala que el juez penal al implementar medida cautelar contra una persona no solo debe limitarse a comprobar la concurrencia de los presupuestos materiales: verosimilitud del derecho y peligro en la demora; sino además debe verificar, con igual exigencia, que la clase e intensidad de la medida cautelar que adopte estén justificadas, dado a que su ejecución supone lesionar derechos constitucionales del sujeto⁽⁴⁴⁾.

A nivel nacional, Cubas Villanueva precisa que “la aplicación de las medidas coercitivas tiene que ceñirse a determinadas reglas, sus efectos no deben exceder su finalidad perseguida por la ley. La medida de precaución debe ser proporcional al peligro que se trate de prevenir, toda medida coercitiva tiene que ser proporcional con la necesidad o interés de la finalidad del proceso”⁽⁴⁵⁾.

Por nuestra parte, debemos afirmar que la exigencia de la proporcionalidad no es exclusiva del Derecho Penal, tiene naturaleza de principio regulativo general derivado de la propia esencia del Estado de Derecho y, por ello, aplicable –en principio– a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que su

(43) “Strafverfahrensrecht”. München, 1987, p. 11. Citado por GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, Colex, 1990, p. 25.

(44) ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. J.M. Bosch, Barcelona, 1991, p. 121.

(45) CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal. Teoría y jurisprudencia constitucional*. Palestra, 2006, p. 281.

afectación siempre esté relacionada con la propia vulneración de un derecho fundamental o bien constitucional, además, si se determina que una medida procesal es desproporcionada, no solo se afecta el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o el bien constitucional comprometido en la medida estatal.

Ahora bien, se sabe que el principio de proporcionalidad está conformado por tres subprincipios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el caso de las medidas cautelares personales, el juez penal también debe controlar la subsidiariedad de la medida restrictiva de la libertad personal.

3.1. Idoneidad

Este subprincipio del test de proporcionalidad exige, en primer término, identificar un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado, verificar si la medida es idónea o adecuada para lograr tal fin; es decir, se debe adecuar la medida restrictiva de un derecho fundamental a la consecución de un resultado, por esta razón se le llama también de adecuación. La decisión judicial de la diligencia de investigación cumplirá este requisito si virtualmente coopera en el esclarecimiento de un hecho delictivo. Adicionalmente, esta medida debe ser coherente entre el fin perseguido y el medio empleado.

Ávalos Rodríguez señala que este subprincipio: “Está referido a la capacidad que debe tener la restricción de los derechos fundamentales a la que se recurre en calidad de medio para posibilitar el logro de la finalidad perseguida. La idea básica es que una injerencia en los derechos fundamentales carente de utilidad, por inidoneidad para el logro del fin perseguido, resulta ser claramente desproporcionado”⁽⁴⁶⁾.

Por su parte, Gonzales-Cuéllar Serrano identifica tres requisitos para establecer la idoneidad de una medida cautelar personal:

1. Desde una perspectiva cualitativa, que la medida cautelar ha imponerse sea la más apta para alcanzar la finalidad procesal concreta que se pretende proteger.

(46) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. “El principio de proporcionalidad en el mandato de comparecencia con detención domiciliaria”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 110, Gaceta Jurídica, enero de 2003.

2. Desde una perspectiva cuantitativa, se requiere que la medida cautelar no dure más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de sus fines.
3. Desde el ámbito subjetivo de aplicación se requiere la individualización del imputado y su diferenciación de otros procesados a efectos de identificar la situación procesal de cara a determinar, si en su caso la medida cautelar que se le pretende imponer alcanzará los fines previstos por la norma procesal. Es de notar que las circunstancias que permiten su individualización son las mismas que fundamentan la sospecha acerca de la participación del imputado en la comisión del hecho punible⁽⁴⁷⁾.

3.2. Necesidad

Con este subprincipio se busca poner freno a la tendencia inquisitiva de los operadores de justicia de emplear medios contundentes para supuestamente alcanzar objetivos de manera eficaz. El Comité de Derechos Humanos en el caso *Womah Mukong vs. Camerún* indicó sobre el particular que: “La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental”⁽⁴⁸⁾.

En tanto que Pujadas Tortosa sostiene que los parámetros para determinar la necesidad de imponer la medida cautelar de la prisión preventiva (detención preventiva) son:

1. El efecto de la medida, esto es, el derecho que es objeto de limitación con su imposición (por ejemplo, la libertad si se está analizando la lesividad de la prisión provisional). Esta asignación de

(47) GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 180.

(48) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0012-2006-AI/TC, caso Colegio de Abogados de Lima.

valor reconduce la cuestión de gradación de los diferentes derechos fundamentales y constitucionales.

2. Los efectos indirectos o colaterales de imponer la medida (siguiendo el ejemplo anterior, pérdida del empleo, merma efectiva por desvinculación del ámbito familiar y social, reducción de la intimidad de la persona que se ve obligada a residir en un lugar de pequeñas dimensiones con alguien que probablemente no conoce, etc.)⁽⁴⁹⁾.

3.3. Subsidiariedad

La aplicación de la medida cautelar personal de la prisión preventiva para asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio entre las opciones que dispone un juez para asegurar el éxito del proceso penal. El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala al respecto, que la prisión preventiva de las personas que han de ser juzgadas no debe ser la regla general. Lo propio se expone en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que precisa que solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que: “La detención preventiva es una medida excepcional, que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”⁽⁵⁰⁾.

3.4. Proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio también es conocido con el nombre de ponderación. En el caso de las medidas cautelares, cabe precisar que la prisión preventiva debe aplicarse únicamente cuando sea indispensable para los fines del proceso penal.

(49) PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría General de medidas cautelares penales*. Marcial Pons, p. 145.

(50) Informe N° 12/96, párrafo 84 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, el Tribunal Constitucional ha señalado que: Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso.

Se pueden recoger tres criterios con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad. Estos criterios son: que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja; que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva⁽⁵¹⁾.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha destacado que la ponderación: Exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda⁽⁵²⁾. En buena cuenta, se exige una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad individual.

Con lo anotado, se observa que las medidas cautelares personales adoptadas en el decurso de un proceso penal será proporcional cuando su dictado y mantenimiento sea estrictamente necesario y proporcional para conseguir los fines constitucionales que persigue el proceso penal; así lo señala expresamente el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando dispone que la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, solo puede justificarse en la necesidad de asegurar la

(51) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0030-2004-AI/TC, caso Adolfo Urbina Nizama en representación de más de 5000 ciudadanos.

(52) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0012-2006-AI/TC, caso Colegio de Abogados de Lima.

comparecencia del procesado al acto del juicio o a cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Sería bueno que en este extremo se analice con mayor detalle la aplicación del principio de proporcionalidad al controlar constitucionalmente la prisión preventiva y la comparecencia restrictiva y, por ende, el arresto domiciliario.

4. Principio de provisionalidad

Este principio constituye un corolario de la instrumentalidad de la medida cautelar personal. Asimismo, encuentran su fundamento, su razón de ser, en la propia causa, esto es, en la existencia de un proceso y la necesidad de garantizar la efectividad de la futura sentencia. El principio de provisionalidad se refiere al análisis judicial de la subsistencia de las medidas coercitivas, las cuales solo podrán mantenerse mientras perduren los presupuestos que justificaron su aplicación inicial al imputado. De esta manera, si bien la medida cautelar puede mantenerse hasta el fin del proceso principal, esta –con anterioridad a dicho fin– puede finalizar o variar (de una prisión preventiva a una comparecencia restrictiva o viceversa) si los presupuestos y circunstancias que llevaron al juez a adoptarlas se modifican.

En este punto cabe distinguir entre provisionalidad y temporalidad. Estos dos términos no son equivalentes, ya que la primera supedita la vigencia de una medida cautelar personal a la concurrencia de un determinado evento, mientras que la temporalidad solo hace referencia a la duración temporal de la medida restrictiva, pudiendo revocarse con independencia de que sobrevenga un hecho concreto. De esta manera, la temporalidad se justifica en la necesidad de atemperar la gravedad que supone imponer una medida cautelar, la cual restringe la esfera individual y la libertad personal del imputado.

Siguiendo esta línea de razonamiento, María Inés Horvitz Lennón y Julián López Masle afirman que: “El principio de provisionalidad no debe ser confundido con el eventual carácter temporal de las medidas cautelares personales, conforme al cual la terminación de estas se sujeta a un límite absoluto, constituido por el cumplimiento de un plazo”⁽⁵³⁾.

Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el caso Rómulo León Alegría señaló: “Que una de las características esenciales de las

(53) HORVITZ LENNÓN, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit., p. 353.

medidas de coerción es su variabilidad o provisionalidad, es decir, su sometimiento a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación, en tanto perdura el proceso penal declarativo, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio que hicieron posible su adopción. Tal característica, que está en la propia naturaleza de tales medidas y del proceso que las expresa, explica que la Ley Procesal prevea diversos mecanismos para transformar, esto es, modificar, sustituir, alzar o corregir una medida de coerción, en tanto y en cuanto varíen los presupuestos materiales –según su entidad, alcance o modo de expresión y circunstancias– que determinaron su imposición: *fumus commisi delicti*, razonada atribución del hecho punible a una persona determinada o *periculum in mora* (tratándose de medidas personales: *periculum libertatis*), indicios posibles de conductas disvaliosas del imputado, siempre, para con el proceso (peligrosismo procesal), concretadas en los peligros de fuga o de entorpecimiento probatorio, evaluables según el caso concreto (...). De otro lado, tratándose de medidas de coerción nunca debe perderse de vista que desde un punto de vista funcional persiguen, como no puede ser de otra manera, asegurar la comparecencia del imputado en el proceso”⁽⁵⁴⁾.

El Tribunal Constitucional también ha señalado sobre el principio de provisionalidad: “Las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que significa, que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre subordinada a la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, sea factible su variación”⁽⁵⁵⁾. Posteriormente, añadió que la provisionalidad se mantendrá en la detención siempre y cuando: “No desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado, caso contrario, el derecho a la libertad personal y el principio de la presunción de inocencia exigen que se ponga fin a la medida, si no fuese así, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, y la detención se convertiría en arbitraria e incompatible con su naturaleza cautelar”.

En otro caso, el Máximo Intérprete de la Constitución ha sostenido que las medidas cautelares que se imponen al imputado se encuentran sometidas a

(54) Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el Exp. R.N. N° 03100-2009, caso Rómulo León Alegría.

(55) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 4107-2004-HC/TC, caso Leonel Richi Villar de la Cruz.

la cláusula *rebus sic stantibus*, “lo que significa que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre subordinada a la estabilidad o al cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, sea factible su variación”⁽⁵⁶⁾.

Asimismo, ha señalado en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional cuyo mantenimiento solo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado. En efecto, las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que significa que su permanencia o modificación a lo largo del proceso estará siempre subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, pueda ser variada⁽⁵⁷⁾.

A nivel normativo, el artículo 255 del Nuevo Código Procesal Penal establece que los autos que se pronuncien acerca de medidas restrictivas personales pueden reformarse, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo preliminar. Salvo lo dispuesto acerca del embargo y la ministración provisional de posesión, corresponde al Ministerio Público y al imputado solicitar al juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal, quien resolverá en el plazo de tres días, previa audiencia con citación de las partes.

El artículo 256 del citado cuerpo de leyes indica que si el imputado infringe una de las medidas impuestas por el juez, este –de oficio o a solicitud de la parte legitimada– podrá sustituir o acumular la medida ya impuesta con otra más grave, teniendo en consideración los motivos y las circunstancias de la trasgresión, así como el delito imputado. En ese mismo sentido, precisa que los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas cautelares pueden ser impugnables por el Ministerio Público y el imputado, en tanto que el actor y el tercero civil solo podrán recurrir al superior las medidas patrimoniales que afecten su derecho a la reparación civil.

(56) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 4592-2004-PHC/TC, caso Luis Ángel Cieza Alvarado.

(57) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 6209-2006-PHC/TC, caso Manuel Chapilliquén Vásquez.

Con respecto a la intervención de los sujetos procesales, el artículo 258 del Código Procesal Penal de 2004 indica que “en el procedimiento de imposición de una medida prevista en [la sección de las medidas de coerción procesal] seguido ante el juez de la Investigación Preparatoria y en el procedimiento recursal, los demás sujetos procesales podrán intervenir presentando informes escritos o formulando cualquier requerimiento, luego de iniciado el trámite. Esta intervención procederá siempre que no peligre la finalidad de la medida”.

5. Principio de jurisdiccionalidad

En un sentido amplio, ejercen jurisdicción los órganos de los tres poderes del Estado (según Montesquieu), sin embargo, “en un sentido estricto, se reserva la palabra jurisdicción para designar la atribución que ejercen los órganos encargados de administrar justicia, a la que han llamado actividad jurisdiccional, y especificado como aquella que se ejerce por un órgano independiente cuando resuelve conforme a Derecho un conflicto entre partes o aplica las sanciones previstas en la ley para quien inflinge sus mandatos”⁽⁵⁸⁾.

En el caso puntual, tenemos que las medidas cautelares penales están sometidas al principio de jurisdiccionalidad, es decir, que solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, ya que el *ius puniendi* le corresponde únicamente al juez, conforme lo establece el artículo 139.10 de la Constitución. La primera enunciación legal referida a este principio la encontramos en el artículo 39 de la Magna Carta inglesa de 1215, que reza: “Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país”.

Además, la exclusividad que pregona este principio se cimienta en que el Ministerio Público no forma parte del Poder Judicial, conforme lo establece la Constitución, no teniendo, por tal razón, la facultad de adoptar actos jurisdiccionales como las medidas limitativas de la libertad individual del imputado.

(58) GALLO, Orlando J. “La justicia constitucional”. En: *Curso de Derecho Constitucional IV*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 348.

Con acierto, César San Martín Castro señala que: “Las medidas cautelares tienden a asegurar la efectividad práctica de la sentencia y están previstas en el interés del buen funcionamiento de la administración de justicia, la jurisdiccionalidad es una característica propia de aquellas. La adopción de medidas cautelares implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de ahí que constituye una potestad claramente jurisdiccional y, por lo tanto se encuentra reservada con carácter excluido al Poder Judicial”⁽⁵⁹⁾.

El Tribunal Constitucional no se ha mantenido ajeno a la posición de San Martín; sin embargo, ha establecido que el juez constitucional podrá controlar de forma excepcional el auto que impone una medida coercitiva personal. De esta manera, “si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia, en cada caso, de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, lo cual es una tarea que incumbe en esencia al juez penal, también lo es que el Tribunal tiene competencia para verificar que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente legítima, lo que exige que haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia”⁽⁶⁰⁾.

En el artículo 254 del Código Procesal Penal se establece que las medidas que el juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del Ministerio Público. El auto judicial que impone una medida cautelar debe contener los siguientes datos, bajo sanción de declararse su nulidad ante la ausencia:

- a) La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.
- b) La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.
- c) La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución.

(59) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 793.

(60) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 7038-2005-PHC/TC, caso Eleuterio Percy Mestas Urrutia.

Además, considérese que la Constitución Política exige que las medidas restrictivas de la libertad individual sean adoptadas por un órgano judicial, salvo las excepciones expresamente señaladas en el artículo 2.24.f de la *norma normarum*⁽⁶¹⁾.

6. Principio de variabilidad o reformabilidad

El artículo 255 del Código Procesal de 2004 indica que el Ministerio Público y el imputado pueden solicitar al juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal. Asimismo, establece que los autos que se pronuncien sobre esta medida son reformables aun de oficio. Sobre este asunto, la autora española Sara Aragonese Martínez explica que la variabilidad de la medida cautelar hace referencia a la posibilidad de modificar, o dejar sin efecto, la medida cautelar de variarse alguno de los presupuestos materiales que justificaron su implementación⁽⁶²⁾.

En tanto que el autor español Manuel Ortells Ramos comenta que la variabilidad sugiere que es posible cambiar o suprimir la medida cautelar cuando se hayan modificado o alterado los presupuestos materiales que determinaron su implementación⁽⁶³⁾. A nivel nacional, César San Martín Castro afirma que la variabilidad de los presupuestos que justifican la adopción de una medida cautelar determina que esta sufra modificaciones o cambios, e incluso la variación de la medida cautelar adoptada⁽⁶⁴⁾.

(61) Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

24.- A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia:

(...)

f) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término. (...)

(62) ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara y otros. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 402.

(63) ORTELLS RAMOS, Manuel. AA.VV. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. José María Bosch, Barcelona, 1995, pp. 552 y 553.

(64) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Tomo II, pp. 784, 791 y 792.

Conforme a la precisado con anterioridad, es menester precisar que las medidas cautelares de carácter personal no gozan de la garantía de la cosa juzgada debido a que el carácter inmutable, vinculante y definitivo solo es atribuible a los pronunciamientos jurídicos referidos al mérito del asunto; mientras que las medidas cautelares decretadas en el auto de abrir instrucción pueden variar en cualquier momento, de acuerdo a los supuestos establecidos en la ley.

7. Principio de excepcionalidad

Las medidas de coerción personal, por su naturaleza procesal, no pueden tener los mismos fines que la pena, y su imposición solo se justificará cuando exista el riesgo de que el imputado eluda la acción de la justicia o entorpezca las investigaciones. Esta característica de las medidas cautelares personales deriva del principio de inocencia⁽⁶⁵⁾.

En un auténtico Estado de Derecho, privar la libertad ambulatoria a una persona, antes de dictarse la sentencia condenatoria, solo puede revestir carácter excepcional. Y es que una lógica consecuencia del derecho a la presunción de inocencia indica que la prisión preventiva se debe regir por el principio de excepcionalidad, a lo que se suma la prohibición de aplicar una pena que elimine totalmente el derecho a la libertad personal. De esta manera, conforme al principio de excepcionalidad, ordenar la detención judicial (cualquier medida restrictiva de la libertad personal) se halla supeditado a la condición indispensable de que el peligro concreto no pueda ser neutralizado con medidas menos graves a la libertad personal⁽⁶⁶⁾.

El Tribunal Constitucional ha considerado pertinente recordar respecto a la “excepcionalidad” de la cautelar personal que:

“La medida de encarcelamiento ha sido instituida, prima facie, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales

(65) El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 10107-2005-PHC/TC, caso Nono Cadillo López, señaló: “En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24, de la Constitución establece que: ‘Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad’. De esta manera, el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’, artículo 1 de la Constitución), así como en el principio *pro homine*”.

(66) BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*. Buenos Aires, 1998, p. 139.

de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio entre las opciones que dispone un juez para asegurar el éxito del proceso penal.

El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ‘(...) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general’. Lo propio queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de la Libertad que precisa que: ‘(...) solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso’. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que: ‘(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa’⁽⁶⁷⁾.

Por lo tanto, la prisión preventiva no puede ser considerada como la regla general, y su implementación solo podrá sustentarse en la presunción de que el imputado no comparecerá a las citaciones establecidas por el tribunal. Es decir, el juez tendrá como primera posibilidad coercitiva la orden de comparecencia en sus distintas modalidades y la prisión preventiva como la de última ratio.

8. Principio de presunción de inocencia

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 busca proteger al imputado de forma más eficiente, teniendo como base los diferentes tratados que ha suscrito el Perú con distintos organismos internacionales, en los que se protege en extremo al principio de presunción de inocencia.

(67) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2934-2004-HC/TC, caso Freddy Iván Morales Córdoba.

En efecto, a nivel supranacional tenemos el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que precisa 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 está reconocido 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.

En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, el constituyente ha reconocido a la presunción de inocencia como un derecho fundamental, teniendo su fundamento en el principio-derecho de dignidad humana y el principio *pro homine*.

El autor nacional San Martín Castro desarrolla tres alcances sobre la presunción de inocencia:

- “1) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- 2) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría que partir de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.
- 3) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada”⁽⁶⁸⁾.

A lo anterior hay que sumar que la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo, muestra de ello es que nuestro ordenamiento jurídico procesal admite la implementación de medidas cautelares personales

(68) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Grijley, Lima, 1999, p. 67.

como la prisión preventiva, sin que ello signifique la afectación de tal derecho, ya que sirven para esclarecer los hechos materia de imputación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado 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 (vide STC Exp. N° 2915-2004-PHC/TC, f. j. 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 investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”. En cuanto a su contenido, se ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia (cfr. STC Exp. N° 0618-2005-PHC/TC, f. j. 22) comprende: “(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”⁽⁶⁹⁾.

Con lo anotado, se colige que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales cuando se afirma la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada, lo que impide que se trate como culpable a la persona sospechosa de haber cometido un presunto delito mientras no haya sido declarado judicialmente su culpabilidad. En tal sentido, resulta inconsistente detener preventivamente a una persona, y justificar dicha medida en los fines retributivos y preventivos de la pena, los cuales buscan la resocialización del condenado.

(69) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 10107-2005-PHC/TC, caso Noni Cadillo López.

CAPÍTULO II
Derechos fundamentales
y medidas cautelares

CAPÍTULO II

Derechos fundamentales y medidas cautelares

I. Aspectos generales

Llegados a este punto, resulta oportuno analizar la ponderación que debe realizar el juez penal para hallar el equilibrio entre dos intereses –aparentemente contrapuestos–, considerando que regla general es la libertad del imputado y su restricción la excepción. Así, por un lado, aquel debe considerar la eficiencia del proceso penal y, por otro, el respeto de los derechos fundamentales del imputado.

Justamente, y en relación con la libertad y seguridad personal y su restricción, Montesquieu señalaba con acierto que: “La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten, y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder. En una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe quererse”⁽⁷⁰⁾. Burgos Orihuela, por su parte, indica que la libertad es el valor supremo de la persona, como una condición sine qua non para que el individuo desarrolle su personalidad⁽⁷¹⁾.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha establecido que la libertad personal –entendida como principio y derecho– abona a la materialización del hombre y su dignidad, valor superior dentro del ordenamiento constitucional y como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales⁽⁷²⁾.

En los tratados de derechos humanos y las Constituciones se hace referencia a la “libertad personal” y “seguridad personal”, relacionando la primera noción con “la libertad de movimiento efectiva de la persona”; y, entendiendo a la segunda como “condición para que esa libertad se encuentre protegida

(70) MONTESQUIEU, Charles. *El Espíritu de las Leyes*. Libro Libre, Nicaragua, 1999.

(71) BURGOS ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, México, p. 19.

(72) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 008-2003-AI/TC, caso Roberto Nesta Brero y más de 5000 ciudadanos.

en la ley, la cual debe satisfacer ciertos estándares vinculados a hacer predecible cualquier privación de la libertad y evitar la arbitrariedad en la interpretación”. A este respecto, Newman y Vasak indican que el derecho a la libertad es un estado que se disfruta en el momento presente, mientras que el derecho a la seguridad añade la certidumbre de que ese estado continuará disfrutándose. Aclaran que el Estado debe tener la cualidad de defenderse contra quienes dificulten o impidan el orden social, del que es garante, pudiendo privarles de su libertad⁽⁷³⁾.

En la praxis, hemos visto que es difícil que el imputado acepte libremente someterse a una medida que afecte sus intereses particulares, pues una vez que toma conocimiento de la medida coercitiva tratará de eludirla, antes que beneficiar el éxito del proceso, e incluso tratará de disponer de su patrimonio para evitar el pago de la reparación civil, en perjuicio de la víctima.

De esta manera, y pese a las normas constitucionales y su afianzamiento en los códigos y las leyes, la historia nos demuestra que el hombre no cesa de luchar para vivir en libertad. Por ello es que cuando el juez de la investigación preparatoria dicta alguna medida restrictiva a la libertad contra el imputado, debe tomar en cuenta dos intereses, que deben ser cautelados por el Estado: a) la garantía de un proceso penal eficiente, que permita la sujeción de la persona, a quien se imputa la comisión de un delito, al proceso penal; y, b) la garantía de 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⁽⁷⁴⁾.

En cuanto a la garantía de la protección de los derechos fundamentales, en el artículo 2.24 de la Constitución encontramos el derecho a la libertad y a la seguridad personal bajo las siguientes formas:

- “a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud,

(73) NEWMAN, Frank y VASAK, Karel. *Ensayo sobre derechos humanos*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, p. 237.

(74) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0731-2004-HC/TC, caso Alfonso Villanueva Chirinos.

la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

- c) No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
- d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
- f) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

- g) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.
- h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

Estas no son los únicos derechos que deben ser considerados por el juez cuando impone al imputado una medida cautelar; también debe tomarse en

cuenta los principios y valores que sustentan tales derechos, así como el plexo de garantías reconocidas en instrumentos internacionales.

Y es que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal, (la Declaración Universal de Derechos Humanos y los diversos instrumentos jurídicos internacionales), el cual debe orientar todo nuestro ordenamiento jurídico. Este reconocimiento debe estar acompañado por la codificación de instrumentos de garantía institucional, que pueden ser tanto generales, es el caso de los principios del constitucionalismo liberal y democrático, como específicos dirigidos a la materia de los derechos de la persona.

Así también lo señala el Tribunal Constitucional en el caso Anicama Hernández citando a Gregorio Peces-Barba: “El concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica, que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todos sus potenciales”⁽⁷⁵⁾.

Bajo esa misma línea, Antonio Pérez Luño indica que: Los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales⁽⁷⁶⁾.

En consecuencia, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental) es un presupuesto para su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es que su connotación ética y axiológica, en tanto manifestaciones concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, pre-existe al orden estatal, proyectándose como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución).

Es por ello que el capítulo I del título I de la Constitución, denominado “Derechos fundamentales de la persona”, además de reconocer como

(75) PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III, Madrid, p. 37.

(76) PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*. 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31.

presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) el principio-derecho de dignidad humana y de enumerar una buena parte de ellos en su artículo 2; prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (v. gr. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el capítulo II, así como los de carácter político contenidos en el capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean, a su vez, derechos constitucionales, en tanto que es la propia Constitución la que incorpora al orden constitucional no solo los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales⁽⁷⁷⁾.

Por lo tanto, los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientando la labor del Estado.

(77) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Hernández.

CAPÍTULO III
Clasificación

CAPÍTULO III

Clasificación

Las cautelares de carácter personal son medidas expedidas por el juez de garantía en perjuicio del acusado, a quien se le imputa la presunta comisión de un delito, y que tiene como finalidad asegurar su presencia en el proceso penal.

De acuerdo a nuestro Código Procesal Penal, las medidas cautelares de carácter personal se clasifican en:

1. Detención policial.
2. Arresto ciudadano.
3. Detención preliminar judicial.
4. Detención preliminar incomunicada.
5. Prisión preventiva.
6. Comparecencia simple.
7. Comparecencia con restricciones.
8. Detención domiciliaria.
9. Impedimento de salida del país.

I. La detención policial

La detención policial es una medida cautelar de carácter personal que supone la privación de la libertad ambulatoria de una persona por un determinado periodo. El artículo 2, inciso 24, literal f) de la Constitución señala taxativamente los presupuestos para que una detención sea considerada constitucionalmente válida: a) que se sustente en un mandato escrito y motivado del juez, o b) que la detención se haya realizada con motivo de flagrante delito. Ambos supuestos no son concurrentes, y el plazo para que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad competente es de 24 horas, a excepción de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, supuestos en los cuales el plazo es de 15 días.

El artículo 259 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 29569 del 25 de agosto de 2010, indica en qué casos procede la detención policial por flagrante delito, esto es, sin mediar una orden judicial escrita y motivada. A estos efectos, se presenta la flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audio-visual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

El artículo citado ha sufrido diversas modificaciones legislativas como la citada. Al respecto, considero que estas reformas han generado una desnaturalización de la institución de flagrancia; sobre todo, cuando se considera como tal el supuesto en el que el agente es captado por medios audiovisuales cuando comete el delito y luego es capturado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.

Por ello, consideramos que este artículo en los términos de la modificatoria efectuada por la Ley N° 29372⁽⁷⁸⁾ mantenía la esencia de “la flagrancia”, conforme a la doctrina y la jurisprudencia judicial y constitucional, tal como lo veremos más adelante.

(78) Artículo 259.- Detención policial

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

1. La flagrancia delictiva

La palabra flagrancia viene del término **flagar**, que significa literalmente “estar ardiendo”; es decir, será delito flagrante aquel que es descubierto por las autoridades cuando se está cometiendo o acaba de cometerse.

César San Martín Castro, citando a Zamora-Pierce, precisa que: **Flagar** (del latín *flagrare*) significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que, etimológicamente, el término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito⁽⁷⁹⁾. En la STC 341/1993, el Tribunal Constitucional español concibió a la flagrancia como “la situación fáctica en la que el delincuente es ‘sorprendido’ visto directamente o percibido de otro modo en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”.

El Tribunal Constitucional nos detalla un ejemplo en el que se aprecia nítidamente un caso de flagrancia. Así, precisa “los denunciados ‘bloquearon’ la carretera en el acceso a la zona comprometida impidiendo el ingreso y salida de personas y de vehículos, razones por las que fueron detenidos por delito flagrante de resistencia y violencia contra la autoridad (...). La Policía actuó conforme a la Constitución Política del Estado, pues los demandantes han sido detenidos por la Policía en flagrancia de delito, asistidos por los fiscales correspondientes en ejercicio de sus funciones de defensores de la legalidad, (...), además, en la Ley N° 27934-Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito que señala en su artículo 1, inciso 8, la posibilidad de capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrante delito. Incluso dicha ley en su artículo 4 expresamente señala que existe flagrancia cuando la realización del acto punible es actual”⁽⁸⁰⁾.

Pese a este preciso ejemplo del Tribunal Constitucional, la configuración de la flagrancia delictiva es un tema que aún se mantiene en debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. No obstante, en líneas generales y conforme al artículo 259.2 del Nuevo Código Procesal Penal, se considera:

(79) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 807.

(80) Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 962-2005-PHC/TC, caso Gerardo Chiclla Torres y otros.

1. **Flagrancia propiamente dicha:** Se produce cuando el hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto, es lo que comúnmente se conoce como “con las manos en la masa”. El requisito de sorprender al delincuente no exige su asombro o sobresalto, se trata de que sea descubierta su acción delictiva en fase de ejecución⁽⁸¹⁾, o inmediatamente después de esta. El descubrimiento ha de producirse precisamente mediante la percepción sensorial del hecho por parte del sujeto que dispone la detención, es decir, este ha de tener conocimiento del hecho a través de sus sentidos, lo que se efectúa normalmente mediante la vista, aunque no debe descartarse los demás órganos del sentido.

2. **Cuasiflagrancia:** Cuando el autor es perseguido y capturado inmediatamente después de haber cometido el hecho punible. Un ejemplo gráfico, es el caso de quien arrebató una cartera a una dama y emprende la fuga, iniciándose inmediatamente la persecución por la Policía o la propia víctima, siendo luego aprehendido. Para Jorge Silva Silva, en la cuasiflagrancia una persona puede ser detenida aun después que efectuó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no le hayan perdido de vista y sea perseguido después de la realización del hecho delictivo⁽⁸²⁾.

3. **La presunción *iusri tantum* de la flagrancia:** Se presenta cuando el autor es sorprendido con los objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo. Silva refiere que en este supuesto, “solo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor. El encontrarle en su poder una cosa robada o el arma ensangrentada implica una presunción de flagrancia”⁽⁸³⁾. Otro ejemplo, es cuando se encuentra al

(81) La tentativa constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, o sea, antes que se haya completado la acción como típica. La tentativa no constituye un delito independiente, no hay, pues, un delito de tentativa. Los requisitos son:

- a) Decisión de cometer un delito.- Para que exista tentativa no basta la ejecución de ciertos hechos que puedan ser conducentes a un delito, es necesario que quien los ejecuta se haya “decidido a cometer” el delito intentado y no otro.
- b) Comenzar la ejecución del delito.- Quiere decir que el agente se pone en actividad directa para realizar el tipo, a cuya consumación está dirigida el dolo del autor.
- c) Falta de consumación.- La tentativa existe desde que el autor, con el fin de cometer el delito, comienza a ejecutar su propósito delictivo, y puede prolongarse mientras el delito no se haya consumado.

(82) SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Harla, México D.F., p. 504.

(83) Ídem.

agente llevando en su poder un aparato electrodoméstico que acaba de sustraer de una vivienda.

A nivel doctrinario, Sara Aragoneses Martínez refiere que el concepto de delito flagrante está condicionado por tres requisitos: “1. Inmediatez temporal. Que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes. 2. Inmediatez personal. Consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento, en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito, de tal modo que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho. Y 3. Necesidad urgente. De tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de (i) poner término a la situación existente, impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y (ii) de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente”⁽⁸⁴⁾.

2. La flagrancia delictiva y el Tribunal Constitucional

La flagrancia se aplica a la comisión de un delito objetivamente descubierto por la autoridad o al momento inmediatamente posterior a su realización, en que se detecta al autor material pretendiendo huir del lugar de los hechos. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional. Asimismo, el Máximo Intérprete de la Constitución ha señalado en reiterada jurisprudencia que para declarar la flagrancia delictiva deben concurrir dos requisitos insustituibles, los cuales son:

1. La inmediatez temporal. Es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes.
2. La inmediatez personal. Que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos en ese momento; en dicha situación, y, con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo⁽⁸⁵⁾.

(84) Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 807.

(85) Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2096-2004-HC/TC, caso Eleazar Jesús Camacho Fajardo. Posición que ha sido mantenida en las STC Exp. N° 4557-2005-PHC/TC, caso Víctor Sarmiento Pérez; Exp. N° 9724-2005-PHC/TC, caso Juan Enrique Dupuy García; y Exp. N° 1923-2006-HC/TC, caso Jorge Manuel Chipulina Fernández Dávila.

Además, en el caso Chávez Abarca, el Colegiado Constitucional indicó que la flagrancia: “No puede ser forzada hasta el extremo de pretender que la simple cercanía al lugar donde acontece un delito, es por sí misma elemento objetivo que configura dicha situación, pues con semejante criterio, todas las personas, incluyendo autoridades distintas a las intervinientes, estarían inmersas en la pretendida flagrancia”⁽⁸⁶⁾.

La Policía suele desnaturalizar con frecuencia el artículo 166 de la Constitución, que indica que la Policía Nacional “previene, investiga y combate la delincuencia”, ya que comete excesos al detener a una persona. Y es que en aras de la “prevención” no se pueden aumentar los supuestos de detención para cumplir con el referido mandato constitucional. En ese sentido, las famosas prácticas policiales que pregonan la detención de una persona por ser “sospechosa” o “indocumentada”; el “rastrillaje” y/o las “batidas” son ilegales por no estar amparado por nuestra Constitución Política.

Veamos algunos casos en los que el Tribunal Constitucional peruano ha destacado la desnaturalización de la detención policial por flagrancia por el exceso en el plazo de duración:

“[El] personal policial procedió a su captura a horas 09:30 del día 15 de marzo de 2006, es decir casi 10 horas después de suscitados los hechos delictivos. (...) De lo antes expuesto resulta evidente para este Colegiado que no consta de modo objetivo que la detención del beneficiario haya sido consecuencia de que contra él exista un mandato judicial escrito y motivado, ni tampoco que hubiese sido capturado en una situación de flagrante delito; sino que por el contrario y conforme se colige de los propios documentos policiales que en copias certificadas obran en el expediente, su captura se produjo muchas horas después de producido el hecho delictivo, sin que exista inmediatez alguna de tipo temporal o personal en la comisión del delito”⁽⁸⁷⁾.

En otro caso y con características similares al referido, el Tribunal declaró fundada una demanda de hábeas corpus porque se demostró un exceso en el accionar de la Policía, al querer justificar una intervención por sospechas subjetivas, lo cual no es acorde con los parámetros establecidos en la norma penal:

(86) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1324-2000-HC/TC, caso Florencio Chávez Abarca y otros.

(87) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 6142-2006-PHC/TC, caso Yovani Rodríguez Aguirre.

“El artículo 205, numeral 4, del nuevo Código Procesal Penal señala que en caso de que no sea posible la exhibición del documento de identidad, según la gravedad del hecho investigado o del ámbito de la operación policial practicada, se conducirá al intervenido a la dependencia policial más cercana para exclusivos fines de identificación (...).

Este procedimiento, contado desde el momento de la intervención policial, no puede exceder de cuatro horas (...). Asimismo, se constata que el beneficiario no contaba con su documento de identidad, según acta de constatación (...). Por otro lado, se tiene que la diligencia de constatación se realizó a las 7.30 de la mañana y que las diligencias para la identificación de la persona que asaltó a mano armada y agredió al propietario del centro comercial, donde el beneficiario tuvo que estar presente, se llevaron a cabo a las 7.35 de la mañana del día 22 de marzo de 2010; esto es, después de más de 4 horas de su intervención”⁽⁸⁸⁾.

A nivel comparado tenemos que la flagrancia delictiva ha sido tratada de forma distinta al Perú. El tratadista Monserrat De Hoyos Sancho analiza cómo se regula la flagrancia delictiva en Italia; así, citando a Cordero, indica que para considerar un delito flagrante “no basta con que se esté cometiendo actualmente, artículo 237.1 del CP de 1930, pues lo serían todos en el momento en que se ejecutan; lo decisivo es la percepción de la comisión del mismo por un tercero”. En tanto que Santoro explica de forma muy gráfica cómo Italia regula la flagrancia: “un cadáver del que fluye sangre o una casa que se incendia no son situación de flagrancia, solo lo será si un sujeto es sorprendido en la comisión del delito. El actual artículo 382 del CPP italiano sí hace alusión al acto de sorprender: ‘chi viene colto nell’atto di commettere il reato’”⁽⁸⁹⁾.

Por nuestra parte, nosotros consideramos que el concepto “flagrancia” no debe ser ampliado con el fin de obtener medios de prueba que vinculen al autor como presunto autor del delito y con ello vulnerar el derecho a la libertad individual.

Así, en un caso, el Tribunal Constitucional narró: “Se evidencia que los funcionarios policiales, apartándose de sus atribuciones, procedieron solo por

(88) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1924-2010-PHC/TC, caso Luis Agustín Mehan Quezada.

(89) DE HOYOS SANCHO, Monserrat. “Análisis comparado de la situación de flagrancia”. En: *Revista de Derecho*. Vol. 12, N° 2, Chile, diciembre de 2001, p. 140.

información de inteligencia policial en el sentido de que el recurrente habría participado en la comisión de delito contra el patrimonio en agravio de una empresa de calzado. Asimismo, si bien la autoridad policial cursó al actor papeleta de notificación de detención, así como comunicaciones al Ministerio Público y al juez penal de turno sobre la referida detención, estos actos no cohonestan la conducta policial de los demandados, por cuanto efectuaron la detención al margen de lo expresamente establecido en la Constitución⁹⁰⁾.

3. La flagrancia delictiva y su relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio

Una cuestión que es materia de discusión es ¿si la Policía puede ingresar o no al domicilio de una persona por causa de la flagrancia delictiva? Nuestra norma constitucional no hace ninguna precisión sobre este punto. En este punto debe establecerse que cuando se trata de restricciones a los derechos fundamentales, la norma constitucional debe interpretarse de forma restrictiva; además, si se va a ampliar el ámbito de protección del derecho a la libertad individual, este debe ser efectuado en sentido amplio.

Por otro lado, y para responder a la pregunta formulada, debemos delimitar el concepto de domicilio que se maneja en el Derecho Penal, y contrastarlo con la noción constitucional. En el ámbito penal se maneja una noción amplia, al concebirse al domicilio como: “Lugar donde habita una persona por cualquier título legítimo. Abarca a la vez los conceptos de morada, casa de negocios, dependencia o recinto. Es decir, en el Derecho punitivo se define al domicilio como aquel lugar donde la persona reside, habitual u ocasionalmente, o desarrolla algunas actividades comerciales incluidas sus espacios conexos⁹¹⁾. De ahí que el Tribunal Constitucional haya advertido en su jurisprudencia la importancia de adoptar un concepto “dinámico, amplio y flexible del concepto”.

En términos constitucionales –según el Colegiado Constitucional–, “la institución del domicilio (...) debe ser entendida de manera amplia; [incluyendo] por ejemplo, la habitación de un hotel (...), la oficina particular donde una persona ejerce su profesión” (STC Exp. N° 04085-2008-PHC/TC, fundamento 3); lugares que se encuentran protegidos por la garantía de la

(90) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 3553-2003-HC/TC, caso Luis Antonio Aguilar Lastra.

(91) SALINAS SICHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte especial*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 517.

inviolabilidad de domicilio. Entre los elementos que configuran el denominado domicilio constitucional, tenemos:

- “i) El elemento físico: el domicilio es el espacio en el cual la persona vive sin estar sujeta a condiciones de comportamiento y en el cual ejerce su libertad más íntima;
- ii) el elemento psicológico: supone la intención personal de habitar un lugar como morada, sea de manera permanente o de manera transitoria, aun cuando dicho lugar no reúna las condiciones mínimas para ello. Según la concepción del domicilio constitucional se exige habitación pero no necesariamente esta debe estar caracterizada por la continuidad; y,
- iii) el elemento autoprotector: está referido a la exclusión de terceros del lugar destinado a la morada (Exp. N° 4085-2008-HC, fundamento 5)”⁽⁹²⁾.

En los tratados de derechos humanos, encontramos diversas medidas de protección del domicilio. Así, el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que: nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. En tanto que en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que: “(...) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

A nivel jurisprudencial tenemos el caso *Moreno Gómez c/. España*, emitido el 16 de noviembre de 2004. En este, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que:

“[El] domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado, donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, lo cual significa no solo el derecho al espacio físico, sino también al disfrute pacífico de dicho espacio.

(92) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2792-2010-PHC/TC, caso Humberto Enrique Lazo Flores.

El ámbito de domicilio no solo es en el aspecto individual, sino también familiar, que no solo tiene reconocimiento dentro de la normativa nacional sino también supranacional como lo establece el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En España, en la sentencia 22/1984, del 17 de febrero, el Ente Constitucional indicó que: “el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho, no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella”.

En ese sentido, solo podrá considerarse constitucional la injerencia en el domicilio de una persona si se presenta: 1. El consentimiento del titular. 2. Un mandato judicial o, 3. La flagrancia en la comisión de un delito muy grave, o que se esté ante el peligro de su perpetración.

Es respecto a este último punto que no puede dejar de advertirse que diversas demandas de hábeas corpus en las que se alega la lesión de la inviolabilidad de domicilio son manifiestamente improcedentes. Esto porque pretenden: i) dejar sin efecto la ejecución de una diligencia de lanzamiento sustentada en un proceso judicial ordinario, que implica al espacio físico que constituye el domicilio, y/o ii) cuestionar la supuesta irregularidad de un proceso judicial ordinario, cuya consecuencia es la ejecución del lanzamiento del predio respecto del cual se invoca la presunta afectación del domicilio. Cuestiones que deben ser dilucidados en la vía pertinente. [Cfr. RTC Exp. N° 04577-2008-PHC/TC y RTC Exp. N° 00876-2008-PHC/TC, entre otras]. Al respecto, es menester advertir que cuestión distinta a lo narrado constituye “el lanzamiento judicial respecto del domicilio que, no habiendo sido materia de dicho proceso, se lleva a cabo en manifiesta afectación del derecho la inviolabilidad de domicilio de personas que allí domicilian, lo cual denota, en principio, la arbitrariedad de la medida judicial o de la interpretación de los ejecutores, que debe de ser apreciada en cada caso en concreto”⁽⁹³⁾.

(93) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 3691-2009-PHC/TC, caso Luz Emerita Sánchez Chávez.

Luego de precisar cómo debe entenderse el domicilio, conviene ahora abordar la pregunta que hicimos al comienzo de este apartado ¿Si la Policía puede ingresar al domicilio de una persona cuando se presenta la flagrancia delictiva? La Constitución reconoce el derecho a la inviolabilidad de domicilio en su artículo 2, numeral 9, bajo el tenor “toda persona tiene derecho: A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial (...)”. Disposición que guarda concordancia con el artículo 11, numerales 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según el Tribunal Constitucional español –sentencia 22/2003–, dicha garantía constitucional se concreta en dos reglas. La primera define la “inviolabilidad” como un auténtico derecho fundamental, que garantiza que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la propia autoridad pública, incluida la que pueda realizarse sin penetración física en el domicilio, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La segunda regla, que es una aplicación concreta de la anterior, establece la interdicción del ingreso y del registro domiciliario (constituyendo esta última una interdicción fundamental, ya que el ingreso al domicilio no es más que un trámite de carácter instrumental). Así, fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos el ingreso o registro del domicilio efectuado con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial.

Entonces, para poder ingresar a un domicilio se necesita la autorización del juez o, en su defecto, la autorización del titular del bien; o que se presente la flagrancia delictiva. De ahí que en el supuesto de los cónyuges, baste con la autorización de uno de ellos para ingresar al domicilio conyugal, no pudiendo aceptarse como válido el consentimiento de los otros miembros de la familia –no titulares del bien– así vivan en aquel.

Además, cabe indicar que la intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente solo respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial para ingresar a un domicilio.

Por lo tanto, para que se configure la flagrancia delictiva –y justifique la intervención en el domicilio de una persona– debe presentarse la inmediatez temporal y la inmediatez personal; además, debe analizarse en el caso concreto la “urgencia” como justificación de la intervención policial. En ese sentido, el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio puede ser eventualmente sacrificado en aras de proteger otro derecho o bien constitucional. Por lo que, en principio, la injerencia policial en el domicilio de una persona estaría avalada constitucionalmente.

En el caso Asociación Club de Petróleos, el Tribunal Constitucional detalló a cabalidad que “la inviolabilidad del domicilio como todo derecho fundamental, no es un derecho de protección absoluta sino relativa, en la medida en que puede ser legítimamente objeto de restricciones, las cuales se encuentran expresamente previstas en el inciso 9) del artículo 2 de la Constitución. Así, se puede ingresar en el domicilio, o efectuar investigaciones en él o registrarlo sin la autorización de la persona que lo habita, cuando: a) exista una orden judicial expresa que autorice el registro del domicilio para los fines, por los motivos y con las formalidades establecidas en la ley; b) **se pretenda capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia huye y se refugia en domicilio propio o ajeno;** y c) **exista muy grave peligro de la perpetración de un delito (prevención del delito)**. La Constitución establece que las excepciones a la inviolabilidad del domicilio por motivos de sanidad o de grave riesgo deben ser reguladas por la ley”⁽⁹⁴⁾ (el resaltado es nuestro).

II. El arresto ciudadano

El arresto ciudadano carece de antecedentes en nuestra normativa procesal penal, no estuvo prevista en el Código de Procedimientos Penales, cobrando vigencia recién con el Nuevo Código Procesal Penal.

En el Derecho comparado, esta figura legal tiene referencia en las legislaciones de México, Argentina, España y Alemania, lugares en donde se había establecido el arresto ciudadano o aprehensión por particulares al establecerse que los particulares están autorizados a practicar la aprehensión, debiendo entregar inmediatamente al afectado a la autoridad policial más cercana. Al respecto, debe quedar claro que la detención realizada por los particulares

(94) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2389-2009-PA/TC, caso Asociación Club Petróleos.

constituye una facultad, mas no una obligación, de la persona que le permite privar la libertad ambulatoria de otra en determinados y precisos supuestos.

En el Código Procesal Penal de 2004, el arresto ciudadano se encuentra estipulado en el artículo 260 en los siguientes términos:

“Artículo 260.- Arresto ciudadano

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

En cuanto a la detención policial el artículo 259 del cuerpo adjetivo refiere que:

“Artículo 259.- Detención policial

La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audio-visual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales

en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.

Como se observa de la normativa, el arresto ciudadano surge como una medida excepcional de colaboración ciudadana con la Policía, en su lucha contra la delincuencia ante su incremento progresivo. Al respecto, cabe indicar que tal medida podría generar un potencial riesgo de arbitrariedad, ya que en la práctica diaria se observa excesos en su ejecución, los cuales deben evitarse. El ciudadano no debe de ejercer violencia más allá de la necesaria para reducir los mecanismos de defensa del infractor, tampoco debe promover un linchamiento colectivo.

Si bien el arresto ciudadano tiene amparo legal, lo cierto es que no tiene una cobertura constitucional explícita, por lo que su ejercicio por parte de los ciudadanos debe ser excepcional, subsidiario, en tanto que el uso legítimo de la fuerza y el ejercicio del *ius puniendi*, materializado en el arresto o detención de una persona se ha reservado al Estado y no a los particulares. De ahí que afirmemos –sin temor a equivocarnos–, que los ciudadanos no tienen condiciones, entrenamiento y preparación semejante a la Policía para detener a una persona en flagrancia, hecho que afectaría los derechos del detenido. En tal sentido, la generalización del arresto ciudadano podría desnaturalizar la “flagrancia”, y convertirse en un instrumento de justicia por mano propia, o practicarse ante la amenaza de comisión de un delito, o la simple sospecha de su realización; afectándose así el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Al analizar el arresto ciudadano, Díez Ripollés señala que: “Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo a nuestros efectos argumentales es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes”⁽⁹⁵⁾.

En ese mismo sentido, Eguiguren Praeli sostiene que cuando “un ciudadano procede a realizar la captura del delincuente in fraganti, efectúa un acto de colaboración con la justicia que no constituye, propia o estrictamente, una detención sino una restricción de la libertad. Se trata de un supuesto

(95) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*. N° 6, del 06/03/2004.

excepcional, justificado en la ausencia de las autoridades policiales, donde la conducta del particular solo se dirige a aprehender temporalmente al delincuente, hasta que la Policía se constituya al lugar para conducirlo inmediatamente ante la autoridad”⁽⁹⁶⁾.

Por lo dicho, considero que el arresto ciudadano constituye una suerte de “restricción-sui géneris” de la libertad individual (artículo 2, numeral 24.b de la Constitución) (naturaleza jurídica), y no una “privación” de dicho derecho, como es la detención policial (artículo 2, numeral 24.f de la Constitución).

Así también lo entendió el Tribunal Constitucional al distinguir el arresto ciudadano del arresto de rigor aplicado por los policías: “[L]a garantía de la libertad personal no se extiende a cualquier supuesto de restricción, sino que está directamente relacionada con la ‘detención’ de una persona, es decir, con medidas que supongan una **privación** de la libertad. Evidentemente, ese no es el caso ni del denominado arresto simple ni del denominado arresto de rigor, que más bien constituyen o implican una **restricción** de la libertad. Y para ambos, no es de aplicación el ordinal ‘f’ del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, sino su ordinal ‘b’, a tenor del cual ‘No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley’”⁽⁹⁷⁾.

De esta manera, a diferencia de la detención policial, que es una obligación, el arresto ciudadano constituye una facultad de los particulares, sustentada en la colaboración con la administración de justicia en la aprehensión de quien ha sido sorprendido en la realización del hecho punible.

Para Bazán Cerdán, en esencia, el arresto ciudadano no es una medida coercitiva procesal de carácter personal, tal como es la detención policial o prisión preventiva, pues entre sus características se encuentra que:

- “1. Es una facultad, no es una obligación del ciudadano.
2. Solo procede en casos de flagrancia delictiva.
3. No autoriza a los ciudadanos a interrogar ni ejercer violencia contra los ‘retenidos’ o arrestados o tampoco para registrarlos a efectos de buscar pruebas adicionales.

(96) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “El derecho fundamental a no autoincriminarse y su aplicación ante comisiones del Congreso”. En: *Estudios Constitucionales*. ARA, Lima, 2002, p. 49.

(97) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, caso Carlos Israel Ramos Colque.

4. Es bastante probable que en pocos casos sea aplicado por el ciudadano común, ya que principalmente será realizada por grupos de ciudadanos organizados y para proteger la seguridad de zonas urbanas (rondas urbanas, juntas vecinales, serenazgo, etc.)”.

III. La detención preliminar judicial

Esta medida se encuentra regulada en el artículo 261 y siguientes del Código Procesal Penal, siendo adoptada cuando se inicia la investigación, con el único fin de viabilizar el recojo de medios de pruebas durante la Investigación Preparatoria. Moreno Cantena lo denomina “detención imputativa” debido a “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 a él, lo que estime procedente; no se dirige a asegurar la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso; se trata, por lo tanto de una medida precauteladora”⁽⁹⁸⁾.

La solicitud de detención preliminar judicial es presentada por el Ministerio Público al Juez de la Investigación Preparatoria, quien la resolverá teniendo a la vista las actuaciones remitidas por el fiscal. Para que proceda debe configurarse los siguientes supuestos:

- “1. 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.
2. El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
3. El detenido se fugare de un centro de detención preliminar”.

Para dictar la orden de detención preliminar se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado, es decir, debe contarse con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento del agraviado. El propio Código Procesal Penal en su artículo 262 precisa que el auto de detención deberá contener “los datos de identidad del imputado, la exposición sucinta de los hechos objeto de imputación, los

(98) Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 2002.

fundamentos de hecho y de derecho, con mención expresa de las normas legales aplicables”.

El Decreto Supremo N° 008-2004-IN precisa en sus artículos 1 y 2 que “cuando la Policía Nacional reciba órdenes de captura o requisitorias que no contengan los datos de identidad del requerido, de obligatorio cumplimiento, señalados en el artículo 3 de la Ley N° 27411, modificada por la Ley N° 28121, deberá solicitar, de inmediato, la aclaración al órgano jurisdiccional respectivo, especificando cuáles son los datos que faltan, absteniéndose de anotar y ejecutar [estas] durante el periodo que demore la aclaración”.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha advertido que en muchas órdenes de captura o de detención emitidas por los operadores de justicia se ha presentado homonimia. Por ello, considera que: “Las órdenes de detención dictadas por los órganos jurisdiccionales deben contener las generales de ley, documento de identidad personal u otros datos necesarios para individualizar al requisitoriado (...) La autoridad policial debe registrar todos los datos indicados en el párrafo anterior, bajo responsabilidad. (...) En este orden de consideraciones se debe precisar que la Policía Nacional antes de ejecutar una orden de requisitoria debe identificar plenamente al requerido y, de no ser así, deberá solicitar la aclaración respectiva al órgano jurisdiccional requirente. De ninguna forma podrá capturar primero al presunto requerido para luego solicitar la aclaración pertinente, como ya se dijo; la Policía Nacional tendrá que abstenerse de ejecutar la orden de detención si no tiene todos los datos o al menos los de obligatorio cumplimiento, conforme a la ley y bajo responsabilidad”⁽⁹⁹⁾.

En cuanto a los requisitos materiales que deben sustentar la resolución de detención preliminar, el propio Colegiado ha requerido que esta se encuentre “motivada cualificadamente”. Así, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de una debida motivación al adoptar o mantener una medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial y evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial⁽¹⁰⁰⁾. Y es que en reiterada jurisprudencia se ha indicado que: “la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas

(99) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 5470-2005-PHC/TC, caso Jorge Sánchez Álvarez.

(100) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2496-2005-HC/TC, caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez.

es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa⁷⁹⁽¹⁰¹⁾.

Asimismo, el Colegiado ha aseverado que “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 (...). Las requisitorias cursadas 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”.

Realizada la detención preliminar, respetando las garantías citadas, la Policía debe seguir un procedimiento, el cual está regulado en el artículo 263 del Nuevo Código Procesal Penal con el siguiente tenor:

Artículo 263.- Deberes de la Policía

1. La Policía que ha efectuado la detención en flagrante delito o en los casos de arresto ciudadano, informará al detenido el delito que se le atribuye y comunicará inmediatamente el hecho al Ministerio Público. También informará al juez de la Investigación Preparatoria tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.
2. En los casos del artículo 261, sin perjuicio de informar al detenido del delito que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado su detención, comunicará la medida al Ministerio Público y pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria. El juez, tratándose de los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 261, inmediatamente examinará al imputado, con la

(101) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 8125-2005-PHC, caso Jeffrey Immelt.

asistencia de su defensor o el de oficio, a fin de verificar su identidad y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Acto seguido, lo pondrá a disposición del fiscal y lo ingresará en el centro de detención policial o transitorio que corresponda. En los demás literales, constatada la identidad, dispondrá lo conveniente.

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

Los derechos a que hace referencia el artículo 71 son los siguientes:

Artículo 71.- Derechos del imputado

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
2. Los jueces, los fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
 - b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
 - c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor;
 - d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
 - e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley; y
 - f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.
4. Cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

1. El plazo de la detención preliminar

En cuanto al plazo legal máximo de detención preliminar judicial, la Constitución establece en su artículo 2, inciso 24.f que:

“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito: El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia”.

Además, el Código Procesal Constitucional en su artículo 25, inciso 7, indica que la vía idónea para proteger la libertad individual en el supuesto de la detención preliminar es el proceso de hábeas corpus, ya que procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere “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 juez que corresponda (...)”.

Así visto, una de las garantías que le asiste a todo detenido es la de ser puesto a disposición del juez competente dentro del plazo de 24 horas o en el término de la distancia cuando corresponda (plazo máximo de la detención).

La inobservancia de estos plazos legitima al afectado a solicitar la tutela de su derecho a la libertad personal.

Así visto, según el Tribunal Constitucional: “El hecho de que la orden de detención haya sido dictada por una autoridad competente y haya sido ejecutada por la Policía en virtud de una orden judicial o en flagrancia delictiva no determina necesariamente la legalidad o no arbitrariedad de la detención. Y es que hay una serie de garantías anejas al derecho a no ser detenido sino por delito flagrante u orden judicial que asisten al detenido, en cuya ausencia la detención se convierte en arbitraria. Uno de ellos es el derecho de ser puesto a disposición de autoridad judicial en el más breve plazo. El artículo 9, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: ‘Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)’. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7, inciso 5, establece que: ‘Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)’. Asimismo, la propia Constitución establece de manera expresa que, conforme al artículo 2, inciso 24, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, con excepción de los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, en cuyo caso el plazo máximo será de quince días naturales” (STC Exp. N° 04846-2008-PHC/TC, ff. jj. 3 y 4).

Conforme al artículo 264 del Nuevo Código Procesal Penal el plazo de la detención es veinticuatro horas, a cuyo término, el fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, al comunicar al juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida restrictiva de la libertad alternativa. En los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, el plazo podrá durar hasta un máximo de quince días naturales. El juez penal, en estos casos, está especialmente facultado para adoptar las siguientes medidas:

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

fiscal dictará las medidas de corrección que correspondan, con conocimiento del juez que intervino.

- b) Disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia, siempre y cuando el fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su reconocimiento por médico particular. El detenido tiene derecho, por sí solo, por su rogado o por cualquiera de sus familiares, a que se le examine por médico legista o particulares, sin que la Policía o el Ministerio Público puedan limitar este derecho.
- c) Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República después de efectuado los reconocimientos médicos, previo pedido fundamentado del fiscal, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el éxito de investigación o la seguridad del detenido. La duración de dicho traslado no podrá exceder del plazo señalado en el primer párrafo de este artículo y deberá ser puesto en conocimiento del fiscal y del juez del lugar de destino.

En la siguiente jurisprudencia veremos cómo resolvió el Tribunal Constitucional el caso de una persona que tenía la calidad de citada en un proceso sobre tráfico ilícito de drogas y, a su vez, la condición de requisitoria en un proceso sobre robo agravado, y a quien se aplicó de forma ilegal el plazo de detención por el delito más grave:

- “6. [L]a recurrente se encontraba incurso en una investigación preliminar por delito de robo agravado y tráfico ilícito de drogas.
- 7. Cabe señalar, al respecto, que si bien una detención por la presunta comisión de delito de tráfico ilícito de drogas faculta a poner al detenido a disposición de las autoridades judiciales en un plazo máximo de 15 días, el mismo que a la fecha de interpuesta la demanda aún no se habría cumplido, lo cierto es que respecto de la presunta comisión de delito de tráfico ilícito de drogas, la recurrente solo tenía la calidad de citada (según consta de las copias certificadas de las actas de citación de fojas 43 y 44). Antes bien, su detención se fundaba únicamente en una requisitoria judicial por un proceso que se le sigue por el delito de robo agravado (conforme consta de la notificación de detención, que en copia certificada consta a fojas 43 de autos). En este sentido, la recurrente debió de ser puesta a disposición del órgano jurisdiccional requirente en un plazo máximo de 24 horas.

8. Como es de verse, la recurrente fue detenida en virtud de una requiritoria judicial por un proceso que se le sigue por delito de robo agravado, y en lugar de ser puesta a disposición del órgano jurisdiccional en el plazo de ley, fue retenida indebidamente en la Comisaría, por lo menos, cinco días, a fin de proceder a investigarla por presuntos actos delictivos respecto de los que tiene la calidad de citada. Tales actos, sin duda, constituyen una **vulneración del derecho a la libertad individual**, convirtiendo en ilegal la detención producida contra la recurrente.
9. A la fecha de la emisión de la presente sentencia, es probable que la recurrente ya haya sido puesta a disposición del órgano jurisdiccional requirente, cesando de este modo la agresión cuestionada. Sin embargo, atendiendo al agravio producido, conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal Constitucional considera atendible estimar la pretensión, a efectos de que la autoridad emplazada no vuelva a incurrir en el mismo acto vulnerador de los derechos fundamentales de la recurrente, siendo de aplicación el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, a fin de deslindar las responsabilidades a que hubiere lugar⁽¹⁰²⁾.

Cabe agregar que, el plazo que establece la Constitución es uno máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no el único, pues existe el plazo estrictamente necesario de la detención. Así se estableció en el caso Ruiz Dianderas, donde el demandante había sido detenido con fecha 26 de setiembre de 2007, a horas 1:00 p.m., en la ciudad de Desaguadero (Puno), siendo trasladado y puesto a disposición del Capitán PNP emplazado en el mismo día, a horas 10:00 p.m.; para luego ser conducido a la carceleta judicial. Agrega, el recurrente que dicha detención es arbitraria, ya que ha transcurrido más de 4 días, y no se le pone a disposición judicial, por lo que solicita la inmediata libertad. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante las siguientes reglas normativas:

- “**a. Regla sustancial:** El plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, aún sí la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato

(102) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 04846-2008, caso Liliana Vanessa Bustamante Díaz.

per se no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario (**límite máximo de la detención**). Como es evidente, el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros.

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

- b. Regla procesal:** El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo de la detención resulta **oponible** frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.). En ese sentido, a efectos de optimizar su tutela, lo que corresponde es que la autoridad competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos de la detención debe ser efectuado tanto por el representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios⁽¹⁰³⁾.

(103) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 6423-2007-PHC/TC, caso Ali Guillermo Ruiz Dianderas.

2. Convalidación de la detención

La convalidación es entendida como la acción y efecto de convalidar. Según la Real Academia de la Lengua Española convalidar es: Confirmar o revalidar, especialmente los actos jurídicos. El Código Procesal Penal (artículo 266) ha establecido la posibilidad de que el fiscal requiera la convalidación si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, poniendo al detenido a disposición del juez de la Investigación Preparatoria. Caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido.

El fiscal, vencido el plazo de la detención preliminar –salvo los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas–, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, requerirá que se convalide la detención, para realizar las diligencias urgentes y necesarias que requieran la presencia del imputado⁽¹⁰⁴⁾.

El juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escuchar a los asistentes, y teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público, decidirá en ese mismo acto mediante una resolución motivada lo que corresponda. La detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del juez de la Investigación Preliminar para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.

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

Asimismo, contra el auto previsto en el numeral 1) del artículo 261, y los que decretan la incomunicación y la convalidación de la detención procede recurso de apelación. El plazo para apelar es de un día. La apelación no suspende la ejecución del auto impugnado. El juez elevará los actuados inmediatamente a la Sala Penal, la que resolverá previa vista de la causa, la que señalará dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidos los autos. La decisión se expedirá el día de la vista o al día siguiente, bajo responsabilidad.

(104) NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso penal & Litigación Oral*. Idemsa, 2010, p. 507.

IV. Detención preliminar incomunicada

El artículo 265 del Nuevo Código Procesal Penal señala supuestos especiales de detención preliminar judicial, siendo que en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años, que el fiscal podrá solicitar al juez de la Investigación Preparatoria que decrete su incomunicación, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y por un plazo no mayor de diez días, siempre que no exceda el plazo de duración de la detención. Además, el juez deberá pronunciarse inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada. La incomunicación que dicte el juez, no impide que pueda conferenciar en privado con el abogado defensor, no requiriendo autorización previa.

Dentro del Derecho Comparado encontramos también que el Supremo Tribunal español en las sentencias 127/2000 y 7/2004 explica la razonabilidad de esta medida y los motivos que debe analizar el juez al aceptar la solicitud del fiscal, que debe estar ligado siempre al peligro procesal en el que estaría inmerso el imputado: “Las resoluciones que acuerdan las medidas de incomunicación exigen un especial rigor en su motivación, dadas las trascendentales consecuencias de esta, especialmente por las limitaciones que impone el derecho a la defensa específicamente a la asistencia letrada (...). Las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige. Así, deben constar los indicios de los que deducir la vinculación de la persona incomunicada con los hechos investigados, deben exteriorizarse de alguna forma que resulten fijados, los extremos que permitan la ponderación judicial acerca de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (...). En cuanto a la finalidad de la incomunicación ha de tenerse en cuenta que reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a esta, propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su consumación”.

Asimismo, el Supremo Tribunal Español en la sentencia 1250/2005, respecto a la falta de motivación del auto de incomunicación, destaca que: “Es obvio que las medidas judiciales llevadas a cabo frente a la actuación de una banda armada y organizada como sin duda lo es (hecho notorio) ETA,

contienen contornos que justifican cualquier tipo de confabulación, entre todos sus integrantes, cualquiera que sea el papel que desempeñen en cada momento, que puede obstaculizar la investigación, primero policial y después judicial, que autoriza sobradamente a tomar una medida como la cuestionada por el recurrente, sin mayores esfuerzos argumentativos. La razonabilidad de la medida no puede ser en consecuencia, exhaustiva, y se ha dictado por la autoridad judicial, con razonabilidad escueta, pero suficiente”.

Nuestro Máximo Intérprete de la Constitución ha señalado en el caso Marcelino Tineo Silva, sobre los alcances de mantener al imputado bajo la medida coercitiva de detención preliminar incomunicada, que: “Dos son los temas que son imprescindibles analizar: a) Los alcances del derecho a no ser incomunicado; y b) la autoridad responsable para disponerla. En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal ‘g’, inciso 24), del artículo 2 de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, ‘la autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”.

En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Este puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un “caso indispensable”, con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse con otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos” (caso Suárez Rosero, Ecuador, párrafo 51).

En segundo lugar, aunque el literal “g”, inciso 24), del artículo 2 de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser

efectuado necesariamente por el juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental⁽¹⁰⁵⁾.

En los casos de terrorismo y tráfico ilícito de drogas, delitos en los que se presentan organizaciones delictivas con jerarquías debidamente estructuradas, se puede adoptar la detención preliminar incomunicada de manera inmediata dada la gravedad de este tipo de hechos y la dificultad de su investigación.

El problema que se puede suscitar en la praxis respecto a los delitos cuya pena es superior a seis años, es que puede originarse muchas transgresiones a los derechos fundamentales del imputado, así como también a las garantías del debido proceso, por ello, el juez debe tener mucha cautela al resolver la solicitud del Ministerio Público, porque la incomunicación no puede ser sinónimo de arbitraria privación de los derechos fundamentales del imputado.

(105) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos.

CAPÍTULO IV
La prisión preventiva

CAPÍTULO IV

La prisión preventiva

I. Naturaleza jurídica

La prisión preventiva es una medida de coerción procesal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación, que se encuentra taxativamente previsto en las normas que modulan⁽¹⁰⁶⁾.

Una de las instituciones procesales que ha recibido severas críticas es la prisión preventiva, pues suele ser uno de los aspectos más polémicos de todo ordenamiento procesal penal; en el caso de nuestro país no ha sido la excepción, puesto que las reglas que regulan la posibilidad de su imposición han sido modificadas en numerosas ocasiones en los últimos años y tanto su contenido como su práctica se encuentran permanentemente bajo cuestionamiento. Hoy en día la prisión preventiva funciona como pena anticipada, por ello el imputado queda en la misma condición que un condenado, pero sin juicio; constituyendo una violación de la presunción de inocencia, “principios de principios” en materia de encarcelamientos preventivos.

La persona que es detenida debe recibir un trato digno, es una obligación que todo policía debe cumplir, ya que deriva del derecho a la dignidad inherente a la persona humana.

Dicha obligación fue inobservada en un caso por el personal policial que ejecutó la detención del demandante “con un despliegue de fuerzas o *mise en scène* propio o adecuado para la captura de un avezado criminal pero no para quien, como el demandante, ostenta buena reputación como así se pudo apreciar de la cobertura periodística televisada de un canal insólitamente presente al momento de la intervención policial. Basta pensar el daño

(106) PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. 1ª edición, Rodhas, Lima, 2007, p. 712.

—casi irreparable— que sufre una persona a la que se le imputa la comisión de un delito mediante una sensacionalista cobertura televisiva o con singular destaque en la prensa nacional con términos indubitablemente denigratorios”; dijo el Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁷⁾.

Roxin⁽¹⁰⁸⁾, con respecto a la prisión preventiva, señala que esta tiene tres objetivos:

1. Pretender asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.
2. Pretender garantizar una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de persecución penal.
3. Pretender asegurar la ejecución de la pena.

Por su parte, Zaffaroni nos manifiesta: “Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad [refiriéndose a la argentina] la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción —que solo los autistas jurídicos niegan— se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho”⁽¹⁰⁹⁾.

En la primera Casación N° 01-2007-Huaura, que resolvió la Corte Suprema en aplicación del Nuevo Código Procesal Penal, la Sala Penal Permanente señaló: La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima caracterizada por su brevedad y su limitación temporal de naturaleza estrictamente cautelar —evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia— y dispuesta por la Policía o por el juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables —por ejemplo—, y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses, amén de sustentada en

(107) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 5490-2007-PHC/TC, caso Elvito Rodríguez Domínguez.

(108) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 257.

(109) DOMÍNGUEZ, F. y otro. *El derecho a la libertad en el proceso penal*. Editorial Némesis, Buenos Aires, 1984, prólogo.

supuestos notorios de evidencia delictiva, tales como la flagrancia, o, según el caso, razones plausibles de comisión delictiva [sospechas o indicios concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito]; no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva. No se debe de confundir el sistema punitivo con el cautelar que tiene fines totalmente distintos. La detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales”. Es decir, la prisión preventiva tiene fines procesales mas no punitivos, resultando ser ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines preventivos o retributivos, que son fines propios de la pena, o que se consideren criterios tales como la peligrosidad del imputado, o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos.

En tanto que, Cafferata Nores señala: “La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas), sino instrumental y cautelar; solo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva”⁽¹¹⁰⁾.

Oré Guardia entiende, por su parte, que: “El Nuevo Código Procesal Penal de 2004 dispone en su artículo 243, inciso 3 que la prisión provisional se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir; según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”⁽¹¹¹⁾.

El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular que: “La medida de encarcelamiento ha sido instituida, prima facie, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal (...). Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado: ‘(...) la

(110) CAFFERATA NORES, José. *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la nación*. De Palma, 1992, p. 3.

(111) ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Las medidas cautelares personales”. En: *Justicia constitucional*. Revista Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 03, Lima, 2006, p. 140.

detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa (Informe N° 12/96, párrafo 84)⁽¹¹²⁾.

Una de las sentencias donde el Tribunal Constitucional dejó sentada de manera categórica su posición respecto a la prisión preventiva fue la recaída en el proceso de inconstitucionalidad Exp. N° 00019-2005-AI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, seguido por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el artículo Único de la Ley N° 28568, que modificaba el artículo 47 del Código Penal, donde se establecía que el tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonaría para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Así: “Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2 de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139. La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida en que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. (...) Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán, ‘(...) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19,342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que

(112) Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC, caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio.

el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando esta ha tenido lugar (§51 StGE)”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.3 expresa la excepcionalidad de la detención preventiva. La prisión preventiva no debe ser la regla general, procederá cualquier forma de detención o prisión cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos, y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) señalan que la prisión preventiva es el último recurso. Solo se recurrirá a ella como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

II. Los presupuestos materiales

La prisión preventiva constituye una de las formas constitucionales para garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales y tiene tres objetivos:

1. Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.
2. Garantizar una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de persecución penal.
3. Pretende asegurar la ejecución penal⁽¹¹³⁾. Convirtiéndose así el peligro procesal en el elemento más importante que debe ser analizado por el juez al momento de dictar la prisión preventiva.

El Tribunal Constitucional con respecto a la detención estipulada en el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 señaló: “El juez puede dictar mandato de detención cuando atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial sea posible determinar: 1. que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. 2. que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, y, 3. que existen suficientes elementos para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria”.

(113) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores de Puerto, Buenos Aires, p. 257.

“En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado, cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida. Considera el Tribunal que los tres incisos del artículo 135 del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin de que proceda la medida de detención”⁽¹¹⁴⁾.

Asimismo, también ha destacado el Supremo Intérprete de la Constitución que el elemento más importante en el dictado de una medida cautelar es el peligro procesal, es decir, que el procesado no interfiera u obstaculice la investigación judicial o evada la acción de la justicia⁽¹¹⁵⁾.

Criterio corroborado en otra sentencia: “La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que puedan tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesados su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir con un alto grado de objetividad (...). La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, termina convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrariedad por no encontrarse razonablemente justificada”⁽¹¹⁶⁾ ⁽¹¹⁷⁾.

La ausencia o permanencia del peligro procesal debe ser estrictamente motivada. El juez debe detallar en forma clara y precisa si ha desaparecido dicho presupuesto. El Tribunal Constitucional ha señalado en un caso: “Que si bien la Sala Penal demandada cumplió con motivar la improcedencia de la solicitud de variación del mandato de detención presentada por el recurrente, respecto a la suficiencia probatoria, en razón de considerar que el valor

(114) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00139-2002-HC/TC, caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco.

(115) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01091-2002-HC/TC, caso Vicente Ignacio Silva Checa.

(116) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01567-2002-HC/TC, caso Alejandro Rodríguez Mediano.

(117) Este mismo criterio también lo ha señalado en el caso Silva Checa, Exp. N° 01091-2002-HC/TC, en donde el Máximo Tribunal se ha pronunciado in extenso respecto de las causas que justifican el dictado de la medida de detención; siendo estas básicamente, la presunción que el acusado está sometido a un delito, (como factor *sine qua non*, pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de la perturbación probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de la prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos), y el riesgo en la comisión de nuevos delitos.

probatorio de la referencial realizada por el menor (...)', no ha disminuido pese a la retractación realizada por este a nivel judicial; sin embargo no ha indicado en ningún extremo de la resolución, de qué manera se mantendría el peligro procesal del recurrente (peligro de fuga u obstrucción probatoria) a pesar de que en la solicitud de variación se alegaba expresamente un desvanecimiento de este presupuesto. Por el contrario, únicamente señala lo siguiente: '(...) pruebas estas que vinculan directamente al recurrente con los hechos; siendo ello, este Colegiado concluye que el riesgo de perturbación de la actividad probatoria subsiste (...)'. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional de lo anteriormente expuesto considera que la resolución que deniega la variación de la detención no ha sido debidamente motivada y en tal sentido debe ser dejada sin efecto a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento sobre el particular"⁽¹¹⁸⁾.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el caso Silva Checa: "Que la justicia constitucional no es la competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva, lo cual es tarea que le compete a la justicia penal ordinaria; sin embargo, sí es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición sea acorde a los fines y el carácter subsidiario y proporcional de dicha institución, lo que debe estar motivado en la resolución judicial que lo decreta"⁽¹¹⁹⁾.

Los presupuestos para dictar la prisión preventiva conforme al artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004, modificado por la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, son:

(118) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01091-2002-PHC/TC, caso Vicente Ignacio Silva Checa.

(119) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 02868-2009-PHC/TC, caso Gregorio Blas Fretel.

Código Procesal Penal de 1991	Código Procesal Penal de 2004
<p>Artículo 135.- El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial sea posible determinar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. <p>No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de Derecho privado.</p>	<p>Artículo 268.- Presupuestos materiales.-</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: <ol style="list-style-type: none"> a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
<ol style="list-style-type: none"> 2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito. 	<ol style="list-style-type: none"> b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
<ol style="list-style-type: none"> 3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la ley para el delito que se le imputa. 	<ol style="list-style-type: none"> c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Conforme al artículo antes mencionado, se infiere que el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva si, atendiendo a los primeros recaudos, es posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

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

Este primer presupuesto tiene relación con el *fumus bonis iuris*, es decir, la apreciación de los indicios⁽¹²⁰⁾ razonables de criminalidad en la fase de

(120) Por su parte, el maestro Asencio Mellado señaló en: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”. En: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. Consejo General del Poder Judicial, p. 167; que no cabe duda de su virtualidad –la prueba indiciaria– para erigirse en

investigación, que permiten deducir en prima facie, la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida coercitiva, no bastando una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado, sino una credibilidad objetiva sobre la comisión del hecho punible. Al respecto, Mellado Asencio señala: “No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas. Se exigen, pues, elementos de convicción pruebas directas e indirectas que sean plurales, coincidentes y fundadas en un mismo resultado. Pero esto debe de basar en un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes”⁽¹²¹⁾.

Jaén Vallejo nos dice, refiriéndose a la prueba indiciaria: “Que nos movemos en un terreno muy delicado y, por consiguiente, no poco peligroso para la protección del derecho a la presunción de inocencia”. Agregando que: “Se afirma, también, por la doctrina, para combatir la prueba indiciaria, que el peligro de error es doble: en primer lugar, el error se puede producir en la propia fijación del indicio; y en segundo lugar, en el razonamiento que realiza el juzgador tendente a investigar el nexo causal existente en una defectuosa aplicación de la regla de la experiencia, o en la falta de lógica de la inferencia”⁽¹²²⁾.

El Nuevo Código Procesal Penal no define de manera clara qué y cuáles son los indicios, solo se limita a fijar sus elementos estructurales. El artículo 158.3 señala que la prueba por indicios requiere:

- a) Que el indicio esté probado;
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

una más en el proceso penal, y de tal magnitud que como ha considerado nuestro Tribunal Constitucional no puede prescindirse de ella en este ámbito de la investigación delictiva, de manera que lo contrario podría significar la impunidad de la comisión de ciertos hechos y así una grave indefensión social. Quien comete un delito busca de propósito el secreto de su actuación por lo que, evidentemente, es frecuente la ausencia de pruebas directas. Pretender en todo caso la presencia de este tipo de pruebas comportaría el fracaso del proceso penal o, para evitar tal situación, habría de forzarse la confesión la confesión del imputado, lo cual, como es sabido, constituyó la característica más acusada del sistema de la prueba tasada y su máximo exponente: el tormento.

(121) Citado por NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación oral*. Idemsa, 2010, p. 514.

(122) Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 223 y 224.

- c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

En el Derecho Comparado podemos encontrar que en España no basta con la existencia de un “indicio racional de criminalidad”, sino que se requiere “que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres del delito” (artículo 503.1 de la Lecrim) y “que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya dictar el auto de prisión” (artículo 503.3 de la Lecrim).

En Alemania es necesario que el inculpado sea sospechoso del acto de forma fundada (*der Tat dringend verdächtig ist*), esto es, que se dé un alto grado de probabilidad de que el inculpado haya cometido un hecho delictivo. En Italia también se señala que “nadie puede ser sometido a medidas cautelares en su contra si no existen graves indicios de culpabilidad” (artículo 273.1 del CPP).

En el código anteriormente vigente se exigía únicamente la presencia de indicios suficientes, lo que era considerado escaso por parte de la doctrina⁽¹²³⁾.

De acuerdo a nuestra legislación, el tratadista peruano San Martín Castro, citando a Ortells, señala dos reglas respecto a este primer presupuesto para dictar la prisión preventiva:

1. La constancia en la causa de un hecho que presenta los caracteres del delito, referidos a sus aspectos objetivos, que debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento.
2. El segundo está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud o alto grado de probabilidad acerca de su intervención en el delito⁽¹²⁴⁾.

La Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, Circular sobre la prisión preventiva, indica sobre este punto presupuesto: “Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación

(123) FARALDO CABANA, Patricia. “La prisión provisional en España, Alemania e Italia: Un estudio de Derecho comparado”. En: *Revista de Derecho y Procesal Penal*. Aranzadi, 2002, p. 24.

(124) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1123.

judicial— para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*]”.

Al respecto, en la circular se dice: “es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos —del material instructorio en su conjunto—, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)”.

Luego, “como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico”.

2. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad

Con respecto a este segundo presupuesto, llamado también la prognosis de la pena, cabe precisar que este está en relación con la sanción punitiva, pero no debe confundirse la pena abstracta prevista para cada tipo penal con la prognosis de la pena que se va a realizar al momento de resolver la prisión preventiva (pena concreta). Es decir, el juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad.

Por lo tanto, no es criterio suficiente establecer que la pena sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad. Por ejemplo, en el delito de homicidio simple, conforme establece el artículo 106 del Código Penal, la pena es no menor de seis ni mayor de veinte años; en tanto que el ilícito de parricidio tiene una pena no menor de 15, y conforme al artículo 29 del citado cuerpo de leyes, tiene una pena máxima de 35 años. Hasta ese momento al presunto autor le asiste la presunción de inocencia y no la de criminalidad.

Mariano La Rosa señala que: “La mera entidad del delito reprochado nunca puede por sí sola ser obstáculo a la libertad, sino que debe entenderse como una pauta más para valorar en el caso concreto la posibilidad de elusión. No basta, entonces, con la seriedad de la imputación, para habilitar la procedencia

de la prisión preventiva, dado que no puede constituirse sobre esta base una presunción *iuris et de iure*⁽¹²⁵⁾.

El Tribunal Constitucional también ha tenido una posición similar al señalar con acierto que: “Si ese fuera el sentido, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada solo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, esta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona con base en la peligrosidad o a la naturaleza del delito, podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley⁽¹²⁶⁾”.

Con respecto al requisito de la gravedad de la pena, sobre la que se genera muchas divergencias al momento de su evaluación, citaremos la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Silva Checa, que dice: “En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede solo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”.

Prosigue el Tribunal Constitucional, sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del

(125) LA ROSA, Mariano R. *Exención de prisión y excarcelación*. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 500.

(126) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, f. j. 126.

individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio (Informe N° 12/96, Argentina, Caso N° 11.245, párrafo 86)”.

En el caso, el Colegiado precisó: “conforme se desprende de la resolución cuestionada, de fecha cinco de setiembre de dos mil uno, especialmente de sus fundamentos N°s 3 al 5, al mantenerse el mandato de detención contra el actor, la emplazada no solo ha considerado relevante que en el proceso penal existen suficientes elementos de prueba que lo incriminan por los delitos por los cuales viene siendo juzgado y que la pena será superior a los cuatro años, sino también al hecho de haber querido perturbar la actividad probatoria, al ocultar hechos considerados relevantes para la dilucidación del proceso penal, como son no informar que, por asesoramiento en materia de comunicaciones, recibía la suma de ocho mil dólares americanos; que sumados al importe por gastos de mantenimiento, hacían un aproximado entre veinte a veinticinco mil dólares mensuales y que recibió cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10 de televisión. Tales hechos constituyen causas objetivas y razonables para entender que en la compulsación sobre el peligro procesal del actor como causa para mantener el mandato de detención, no hay indicios de arbitrariedad del juzgador”⁽¹²⁷⁾.

Otro caso es el de Sal y Rosas Balta, en el que el Tribunal Constitucional resolvió: “De esta resolución se advierte una evidente contradicción, pues de un lado se expresa que no existen elementos que indiquen que el procesado (hoy recurrente) rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria y que ha concurrido a todas la diligencias desde la etapa policial; empero, por otro lado se señala que por la gravedad de los hechos resulta coherente asegurar el sometimiento del procesado, lo que para este Tribunal significa que según el primer extremo del citado auto, el a quo estaría reconociendo que conforme al comportamiento del recurrente durante la investigación y procesamiento, no existe peligro procesal; sin embargo, en el segundo extremo se está realizando una calificación respecto al fondo de la causa, que resulta impertinente para la variación de la medida impuesta al recurrente, toda vez que dicha circunstancia no importa una conducta que entrañe un peligro procesal, por lo que no se cumple con este último requisito. En consecuencia, siendo una condición indispensable la **conurrencia simultánea**

(127) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1091-2002-PHC/TC, caso Vicente Ignacio Silva Checa.

de los tres presupuestos para proceder al dictado del mandato de detención, la demanda debe ser estimada⁷⁽¹²⁸⁾.

En la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ se indicó respecto a la prognosis de la pena que: “Debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una ‘doble lectura’. En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aun cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra –desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia– puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El juez debe valorar, entonces, el caso concreto, no aplicar una regla penológica general sin sentido”.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado. Sin embargo, ello no debe conducir a la aplicación de la prisión preventiva en todos los supuestos en los que la pena a imponer sea superior a cuatro años. Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la prisión preventiva (artículo 268, apartado 1, literal b, del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de peligrosismo procesal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal).

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

La existencia, del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias concurrentes antes o durante el desarrollo del

(128) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01356-2010-PHC/TC, caso Javier Gustavo Sal y Rosas Balta.

proceso, las cuales están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, lo que con su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminarían convirtiendo a la detención judicial preventiva o, en su caso, a su mantenimiento, en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que: “La detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”⁽¹²⁹⁾.

Al evaluar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, en este presupuesto debemos considerar lo establecido en los artículos 269 y 270 del Nuevo Código Procesal Penal, que están relacionados con el *periculum in mora*.

Analicemos en primer orden el artículo 269, modificado por la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013.

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 magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;

(129) Informe N° 12/96, párrafo 84, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

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; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a estas.

De lo anterior se colige que el peligro de fuga, no puede ser apreciado esquemáticamente o según criterios subjetivos, sino, con arreglo al claro texto de la ley y en razón de las circunstancias del caso particular. Se debe de tener en cuenta los hechos concretos como, por ejemplo, si el imputado es un empresario extranjero o con un volumen importante de negocios fuera de nuestro país, su profesión y vínculos económicos, con el exterior, los cuales podrían aumentar el peligro de su fuga.

Según Del Río Labarthe, el arraigo: “Debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. La falta de arraigo no comparte por sí mismo un peligro de obstrucción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes”⁽¹³⁰⁾.

El requisito de arraigo no debe ser evaluado de manera independiente, sino de manera conjunta, porque por sí sola no es un indicio razonable que pueda hacer presumir al juzgador que va a evadir la acción de la justicia. En cambio, si la empresa reduce sus transacciones económicas a un ámbito nacional determinado sin trascender los límites de nuestras fronteras, y la vida personal y familiar del empresario transcurre en nuestro país, el riesgo de fuga es mucho menor y, por tanto, las circunstancias personal y familiar favorecen al imputado y juegan en contra de la adopción de la medida.

En ese sentido, el Poder Judicial ha indicado en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, que: “es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho Procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto –que no lo es– sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos

(130) DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. ARA, Lima, 2008, p. 53.

de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado”.

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (artículo 269, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la “calidad” del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: “las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”. Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera.

En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, la existencia o inexistencia de arraigo; “lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el solo hecho de que ‘el imputado tiene domicilio conocido’, es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado.

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que ‘tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio’ (Informe N° 12/96, Argentina, Caso N° 11.245, párrafo 86)⁽¹³¹⁾.

(131) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1091-2002-PHC/TC, caso Vicente Ignacio Silva Checa.

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha sostenido que “el principal elemento a considerarse con el dictado de la medida cautelar de detención debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos 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, le 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 termina convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada”⁷⁽¹³²⁾.

Asimismo, en el caso Tafur Castro, el Alto Tribunal reiteró: “En cuanto al peligro procesal de la detención, refieren a la gravedad de la pena y del delito investigado, así como a la lejanía de la vivienda del actor respecto del juzgado penal que lo instruye, motivación que no resulta válida para sustentar el presupuesto procesal del peligro procesal del mandato de detención provisional; sin embargo, también lo es que la fundamentación de las resoluciones cuestionadas respecto a la concurrencia del aludido presupuesto legal, que se refiere en el párrafo anterior, comporta una motivación suficiente que termina por validar la medida coercitiva de la libertad impuesta al recurrente, pues si desde el inicio de la investigación penal a nivel preliminar el inculcado muestra una conducta renuente a la sujeción de las actuaciones y/o requerimientos de la autoridad competente en el marco de la investigación de un delito, puede concluirse la configuración del peligro procesal, que valida la imposición de la medida coercitiva de la libertad personal. En efecto, conforme a lo señalado en el artículo 38 de la Constitución, todo ciudadano peruano tiene el deber de concurrir ante las autoridades competentes las veces requeridas, ello, claro está, atendiendo a los fines que deriven del proceso [cfr. RTC N° 9700-2006-PHC/TC y RTC N° 02553-2007-PHC/TC], contexto del caso de autos en concreto por el que este Colegiado no admite como sustento válido la alegación del actor en el sentido de que, supuestamente, de manera circunstancial se habría enterado de la instrucción penal –con mandato de detención– que se

(132) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06097-2009-PHC/TC, caso Grenovio Tafur Castro.

sigue en su contra y que, precisamente, ahora cuestiona mediante el presente proceso de hábeas corpus⁽¹³³⁾.

Asimismo, pueden existir indicios de criminalidad pero si se asegura la presencia del imputado al proceso, se debe dictar una medida menos gravosa. Este criterio ha sido establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido⁽¹³⁴⁾.

Ahora analicemos el peligro de obstaculización, conforme al artículo 270 del Nuevo Código Procesal Penal, esto es, donde se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

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

Este presupuesto para decretar la prisión preventiva debe ser analizado en cada caso concreto y no de forma meramente genérica. Lo mínimo que se exige al juez es que tenga indicios concomitantes que acrediten el peligro de entorpecimiento. En Alemania el *periculum in mora* consta de los siguientes supuestos, siendo uno de ellos el peligro de destrucción de pruebas, que consiste en que:

- a) El inculpado invalidará, modificará, ocultará, reprimirá o falsificará las pruebas;
- b) Actuará de mala fe sobre coinculpadados, testigos o peritos,
- c) Inducirá a otros a tal comportamiento y, por lo tanto, exista peligro de entorpecimiento del sumario⁽¹³⁵⁾.

No podemos dejar de mencionar al respecto la posición asumida por Binder sobre el entorpecimiento a la actividad probatoria, quien señala: “El

(133) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 5490-2007-PHC/TC, caso Elvito Rodríguez Domínguez.

(134) Informe N° 12/96, Argentina, Caso N° 11.245, párrafo 86.

(135) FARALDO CABANA, Patricia. *La prisión provisional en España, Alemania e Italia: Un estudio del Derecho Comparado*. Aranzadi, 2002, p. 28.

entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la Policía, los fiscales, la propia justicia”⁽¹³⁶⁾.

La doctrina ha señalado que para afirmar el peligro de obstaculización, es necesario que sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con indicar que el imputado tiene tal o cual cargo público para aseverar este requisito). El riesgo debe colegirse de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba⁽¹³⁷⁾.

Otros aspectos previstos para determinar el peligro procesal son la apreciación de los valores morales del procesado, su ocupación, los bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse de una posible sentencia prolongada⁽¹³⁸⁾. Y para ponderar el peligro procesal, son la historia personal, la evaluación de la personalidad y el carácter del acusado⁽¹³⁹⁾.

Veamos algunas de las posiciones que ha asumido el Tribunal Constitucional ante la falta de una razonable justificación objetiva con respecto a este presupuesto: “La Sala emplazada no ha precisado de manera objetiva y concreta, qué hechos o actos en particular le resultan verosímiles o le crean convicción respecto de una supuesta conducta procesal obstruccionista verificable en su actuación personal, y que estaría destinada a destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, así como influir para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; únicamente se ha limitado a señalar que el inculpado se negó a firmar el acta de la intervención (fojas 6, del acompañado), así como la notificación de la detención (fojas 24, del acompañado), justificando así la imposición de la medida restrictiva de la libertad con base en el incumplimiento de una supuesta obligación del procesado de proceder a la firma de todas las actuaciones policiales o judiciales que correspondan; lo cual, a juicio de este

(136) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 199.

(137) DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. ARA, Lima, p. 60.

(138) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01567-2002-PHC/TC, caso Alejandro Rodríguez Medrano.

(139) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC.

Tribunal resulta insuficiente, además que constituye una actuación arbitraria e irrazonable”⁽¹⁴⁰⁾.

En el caso María Sánchez Díaz el Alto Colegiado señaló: “La Sala emplazada estimó que el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria radicaría en la negativa de la procesada de aceptar los cargos imputados, lo que resulta a todas luces ilegítimo en términos constitucionales, toda vez que implicaría para el imputado la obligación de aceptar la comisión de los hechos que se le atribuyen como requisito para obtener algún tipo de libertad procesal. Ello, sin duda, resulta vulneratorio del derecho a no autoincriminarse, elemento implícito del debido proceso (artículo 139,3 de la Constitución), reconocido de manera expresa en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como parte de las ‘Garantías judiciales’ mínimas que tiene todo procesado: ‘g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)’. Asimismo, aparte de la mencionada negativa de aceptar los cargos a que hace referencia la resolución cuestionada, que resulta ilegítima en términos constitucionales, cabe señalar que la resolución cuestionada no ofrece ningún otro elemento de justificación del peligro procesal, lo que evidencia una motivación insuficiente, violatoria del derecho a la debida motivación resolutoria (artículo 139, 5 de la Constitución)”⁽¹⁴¹⁾.

En tanto que en el caso Ronald Espinoza Fonseca indicó: “La Sala emplazada no ha justificado razonable y objetivamente las razones o motivos que sustentarían la existencia del peligro procesal atribuible al recurrente; esto es, no ha precisado, de manera objetiva y concreta, qué hechos o actos en particular le resultan verosímiles o le crean convicción respecto de una supuesta conducta procesal obstruccionista verificable en su actuación personal, y que estaría destinada a destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, así como influir para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o sobre la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo que haga presumible el peligro de fuga; y que por el contrario, (...) a juicio de este Tribunal, la resolución en cuestión no cumple con la exigencia constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales en cuanto se refiere a la existencia del peligro procesal para disponer la detención. En consecuencia, siendo una condición indispensable

(140) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06032-2008-PHC/TC, caso Ricardo Quispe Villalobos.

(141) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 5591-2009-PHC/TC, caso Flor de María Sánchez Díaz.

la concurrencia simultánea de los tres presupuestos para proceder al dictado del mandato de detención, la demanda debe ser estimada al haberse producido la violación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales en lo que concierne al peligro procesal para disponer la detención preventiva”⁽¹⁴²⁾.

Ahora observemos qué ha desarrollado el Tribunal Constitucional cuando se ha realizado una valoración objetiva del peligro de fuga y del peligro de obstaculización: “El imputado no ha concurrido a la audiencia de prisión preventiva programada con fecha 7 de mayo de 2010 a horas 08:30 a.m., pretendiendo frustrar dicha diligencia impostergable con la presentación por mesa de partes de un certificado médico particular suscrito por un ginecoobstetra (especialista en enfermedades femeninas) mediante escrito firmado por su abogado defensor, el mismo día de la diligencia a horas 08:45 a.m., dejando constancia la Sala que dicho escrito ha sido firmado por el recurrente quien habría tenido tiempo para acudir tanto donde su abogado, así como al consultorio médico, siendo descartada su supuesta enfermedad (infección urinaria) por el médico legista, todo ello aunado a que el recurrente no asiste a las diligencias como son la visualización de video y tampoco ha pagado la caución impuesta en primera instancia, así como ha pretendido devolver la cédula de citación de audiencia, lo que evidencia un claro propósito de entorpecer el curso normal del proceso, constituyendo ello un claro peligro procesal”⁽¹⁴³⁾.

Al respecto, uno de los problemas que se observa en la praxis está relacionado con las investigaciones realizadas en casos complejos. En donde se puede justificar la imposición de la prisión preventiva siempre y cuando existan ciertas condiciones, como muy bien lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe N° 02/97: “Cuando se trate de interrogatorios difíciles de llevar a cabo y donde el acusado ha impedido, demorado o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Peor una vez que la investigación se ha efectuado, y los interrogatorios han concluido, la necesidad de la investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de la libertad (...), pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida su justificación para mantener la prisión preventiva”.

(142) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 05575-2009-PHC/TC, caso Alfredo Ronald Espinoza Fonseca.

(143) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 03075-2010-PHC/TC, caso Wilbert Pablo Martínez Peñaloza.

De ahí que una declaración del imputado a nivel de la etapa de investigación sea un acto de investigación y no un medio de prueba, ya que esta se ejerce en la etapa del juicio oral. De esta manera, los actos de investigación, que son desarrollados, como tales, en una etapa preparatoria del proceso penal, no tienen por objeto producir una decisión de absolución o condena, sino solamente reunir los elementos probatorios necesarios para fundar o desvirtuar una acusación.

Los actos de prueba, por el contrario, tienen por precisa finalidad lograr la convicción del tribunal del juicio oral en torno a las proposiciones fácticas hechas valer por las partes con el objeto de provocar la decisión de absolución o condena. Tales actos se dan básicamente en el marco del juicio oral, etapa del proceso en la que ha de actuarse las pruebas que serán valoradas en la sentencia.

Oré Guardia señala respecto al valor probatorio que, los actos de investigación solo tienen carácter probatorio, pues no es lo mismo averiguar y probar: La averiguación es previa y no forma parte del fenómeno probatorio, siendo la regla que, la prueba como tal solo se constituye en el juicio oral, público y contradictorio⁽¹⁴⁴⁾. En tanto que Couture indica: “Que el procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. No se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin un controlador de adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general es ineficaz”⁽¹⁴⁵⁾. Cafferata Nores asume la misma posición cuando sostiene: “La prueba testifical es, por naturaleza reproducible en el debate y deberá ser practicada en la fase del juicio oral para ser sometida a los principios de inmediación, contradicción y publicidad”⁽¹⁴⁶⁾.

El Tribunal Constitucional peruano tampoco se ha mantenido ajeno a la posición de la doctrina citada, y ha señalado que: “El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas

(144) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Alternativas, Lima, p. 424.

(145) COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. De Palma, Buenos Aires, p. 129.

(146) CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1998, p. 113.

cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral⁽¹⁴⁷⁾.

La pregunta que nos formulamos a este respecto es: ¿Está justificado el peligro procesal cuando el fiscal emite un dictamen acusatorio solicitando una pena superior a los cuatro años? La respuesta es negativa, porque presumir que el acusado se va a sustraer de la justicia o perturbar la actividad probatoria porque se ha formulado en su contra una acusación con una pena de doce años implica invertir la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad⁽¹⁴⁸⁾.

III. Factores externos al peligro procesal

Hoy en día en el ejercicio de nuestra profesión, hemos podido percibir que en los distritos judiciales donde está vigente el Nuevo Código Procesal Penal, se considera como peligro procesal la repercusión social que puede generar el hecho delictivo a través de los medios de prensa y/o la reincidencia delictiva del imputado.

Con respecto a la repercusión social del ilícito penal. La prisión preventiva no tiene como objetivo tranquilizar a la comunidad restituyendo la confianza en el Derecho; justificar tal hipótesis conllevaría ordenar la detención judicial preventiva o, en su caso, proseguir con su mantenimiento, lo que es arbitrario por no encontrarse razonablemente justificado. Como muy bien lo señala Julio Maier, el peligro procesal: “No tiene nada que ver con el desvalor social de la acción punible, que dará, a la suma, medida de la pena”⁽¹⁴⁹⁾. Odone Sanguiné indica por su parte: “La prisión preventiva no tiene el objetivo de tranquilizar a la comunidad, restituyendo la confianza al derecho”⁽¹⁵⁰⁾.

Por su parte, José Cafferata Nores sostiene: “Los criterios rectores de peligro procesal solamente es la fuga en sí misma del imputado, o meramente su peligro fundado o también el peligro por oscurecimiento de la verdad. Esto nada tiene que ver con el desvalor social de la acción punible, que dará a lo

(147) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 08811-2005-HC/TC, caso Charlestei Fleming.

(148) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 02934-2004-PHC/TC, caso Freddy Iván Morales Córdova.

(149) MAIER, Julio B.J. *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*. Buenos Aires, 1981, p. 84.

(150) SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 747.

sumo, medida de la pena⁽¹⁵¹⁾. No puede constituir un supuesto válido para la prisión preventiva la alarma social que cause el hecho, que es una forma encubierta de responsabilidad objetiva por el puro hecho, claramente proscrita en el Derecho Penal, pero luego admitida en la legislación procesal⁽¹⁵²⁾.

El Tribunal Constitucional en el caso Elvito Rodríguez señaló lo siguiente sobre este factor: “Se puede afirmar que la detención preventiva judicial que se impuso al recurrente se sustentó en cuestiones totalmente ajenas a una razón circunstancial respecto a la existencia del peligro procesal de perturbación probatoria o peligro de fuga que se invocó para justificar el mandato coercitivo; antes bien, el juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos que obran en autos y que pudieron ser evaluados para determinar el grado de coerción personal que debió imponérsele al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país. Asimismo, la cuestionada autoridad judicial no señaló en su resolución la existencia de indicios razonables en torno a la posibilidad de perturbación de la investigación judicial por parte del demandante, omisión de motivación que convirtió al mandato judicial de detención en arbitrario, por no encontrarse razonablemente justificado”⁽¹⁵³⁾.

En España, el Tribunal Supremo español en su Sentencia 47/2000 resolvió: “Que la alarma social como fundamento y justificación de la adopción de la prisión preventiva resulta contraria a las prescripciones constitucionales”.

Queda claro, entonces, que la alarma social generada en la sociedad por la comisión de un presunto delito, jamás puede ser considerado como un razonamiento legítimo en la toma de la decisión por parte del juez al dictar la prisión preventiva.

Otro factor externo de peligro procesal discutible es la reiteración delictiva como factor para imponer la prisión preventiva, teniendo como base

(151) CAFFERATA NORES, José. “Puntos para insistir en materia de eximición de la prisión y excarcelación”. En: LEVENE, Ricardo (Coord.). *Excarcelación y eximición de prisión*. Buenos Aires, 1986, p. 8.

(152) BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires, 2004, p. 292.

(153) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 5490-2007-PHC/TC, caso Elvito Rodríguez Domínguez.

la protección a la comunidad. De esta forma, prácticamente se convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada, con un lamentable resultado.

El artículo 253.3 del Nuevo Código Procesal Penal señala lo siguiente: “La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

Binder refiriéndose al tema señala que: “Asistimos a la paradoja que mientras el Derecho Penal proclama que no se puede penar la peligrosidad, la legislación procesal permite encerrar preventivamente a la misma persona fundando la prisión preventiva en la posibilidad de que cometa otros hechos o en los antecedentes del imputado. Ambas son formas directas de peligrosidad que se hallan totalmente proscritas como supuestos de encarcelamiento anticipado”⁽¹⁵⁴⁾.

La Comisión Interamericana en el Informe 2/97 analiza las razones que deben justificar la prisión preventiva y establece criterios que se deben tener en cuenta, dentro de los cuales llama la atención los que se mencionan en el acápite “III”, párrafo 32, en el cual se sostiene: “Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”. Es decir, la propia CIDH reconoce que se puede utilizar como fundamento de la prisión preventiva **el peligro de reiteración delictiva**; criterio errado que según mi postura no se debe aplicar en el Perú por las razones que se exponen en el acápite de las propuestas.

Finalmente, el Tribunal Constitucional indicó en un caso que: “el recurrente alega que es inconstitucional considerar sus antecedentes penales para dictar el mandato de detención en su contra. El Tribunal discrepa también de este criterio, aduciendo que una cosa es considerar que los antecedentes penales no puedan ser dados como único factor que fundamente la existencia del peligro

(154) BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 292.

procesal, entendiéndose que ello implicaría negar el derecho de rehabilitación y reinserción en la sociedad del individuo que ha delinquido, además de afectar el principio de presunción de inocencia que le asiste una vez cumplida su condena, y otra, muy distinta, es considerar que ese elemento, aunado a otros que permitan presumir razonablemente el peligro de fuga o la perturbación de la actividad probatoria, no pueda ser tenido en cuenta por el juez penal al momento de dictar un mandato de detención. En efecto, si bien el peligro procesal es el argumento sine qua non que justifica el dictado de la prisión preventiva, no resulta inconstitucional que como elementos complementarios el juez penal acuda a criterios que permitan presumir un riesgo social materializado en la eventual reincidencia de quien, encontrándose en calidad de procesado, antes tuvo la condición de condenado por idéntico o similar delito⁷⁽¹⁵⁵⁾.

Por otro lado, en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ se indicó la posibilidad de incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva: Por ejemplo, el estado de salud del procesado, siempre que respeten la Constitución, así como la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además, ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

Asimismo, señaló que también se debe inferir las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva– están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno o en otro sentido– en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado–. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo

(155) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1126-2004-PHC/TC, caso Vladimir Carlos Villanueva.

con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral.

IV. Audiencia de prisión preventiva

A diferencia del Código Procesal Penal de 1991, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 incorpora la realización de una audiencia de prisión preventiva, a solicitud necesariamente del fiscal. Así el artículo 271 precisa:

1. El juez de la 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. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.
2. Rige en lo pertinente, para el trámite de la audiencia lo dispuesto en el artículo 8, pero la resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal. El fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.
3. El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.
4. El juez de la Investigación Preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.

El análisis que debemos hacer está relacionado con el plazo que ha otorgado la norma respecto al requerimiento de prisión preventiva por parte del fiscal que debe realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas; en la praxis,

las diligencias se están llevando antes de este plazo en los distritos judiciales donde está vigente la norma penal adjetiva, porque la situación jurídica de toda persona y con mayor razón del imputado debe ser resuelta por mandato constitucional, dentro de las 24 horas. Con respecto a la concurrencia obligatoria de los sujetos procesales, deben asistir a la audiencia: el fiscal, el imputado y su defensa técnica. El abogado defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio. Pero qué sucede si el imputado por diversos motivos no concurre a la audiencia.

La Sala Penal permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 01-2007 ha indicado al respecto: “La prisión preventiva (...) es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo]. (...) Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: ‘(...) Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso’. No es, pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado–, o su conducción al juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional –en cuanto acceso al proceso– y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad material del juez para emplazarlo– o porque, sencillamente, no quiere hacerlo –en ejercicio de su derecho material de defensa–, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio”.

V. Prolongación de la prisión preventiva

El artículo 272 del Nuevo Código Procesal Penal nos indica que la prisión preventiva no durará más de nueve meses, pero si se trata de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses. La solicitud de complejidad del proceso es una facultad exclusiva del Ministerio Público.

Además, conforme al artículo 273 del Nuevo Código Procesal Penal; al vencimiento del plazo de detención preventiva, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales del 2 al 4 del artículo 288.

El artículo 288 en sus numerales 2 y 4 precisa las restricciones, siendo estas: (...)

2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.
4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.

La duración de la prisión preventiva radica en la complejidad del caso y para definirlo nos remitimos al artículo 342.3 del Nuevo Código Procesal Penal, que establece criterios para definir tal complejidad:

- a) Requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación;
- b) Comprenda la investigación de numerosos delitos;
- c) Involucra una cantidad importante de imputados o agraviados;
- d) Investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas;
- e) Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos;
- f) Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o,
- g) Deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

La pregunta que nos formulamos a este respecto es: ¿puede existir un plazo superior a los 18 meses? La respuesta es afirmativa, porque el plazo máximo es de 36 meses, pero siempre debe ser solicitada por el Ministerio Público, conforme lo señala el artículo 274.1 del Nuevo Código Procesal Penal, que establece las siguientes pautas:

1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2) del artículo 272. El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento.
2. El juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.
3. La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2 del artículo 278.
4. Y si esta ha sido recurrida, cuando el imputado ya ha sido condenado la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta.

Con respecto a la prolongación de la prisión preventiva los fiscales deben tener en cuenta los plazos de la investigación preparatoria. Por ejemplo, en los procesos no complejos el plazo de la investigación puede durar hasta seis meses, quedando solo tres meses para el desarrollo de las demás etapas del proceso penal, es decir, para la etapa intermedia y juicio oral, siendo el plazo muy corto para la realización de las etapas antes mencionadas, criterio que también se da cuando el proceso es complejo, porque conforme al artículo 342.2 del Código Penal adjetivo, en este tipo de investigaciones, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la Investigación Preparatoria, es decir, al vencimiento de la investigación si solo falta dos meses para cumplirse el plazo de la prisión preventiva, siendo casi imposible que se lleve a cabo las demás etapas del proceso en solo dos meses, por lo tanto, el fiscal debe solicitar la prolongación antes del vencimiento y evitar dificultades como la antes señalada.

El juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá

en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad. La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto del recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278 del Nuevo Código Procesal Penal.

¿Qué sucede si el plazo se vence, por la actitud obstruccionista del imputado? El artículo 275 nos señala con respecto al cómputo del plazo de la prisión preventiva que:

1. No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa.
2. El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución.
3. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

El Supremo Intérprete de la Constitución en el caso Aybar Cancho señaló: “El sexto párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal, modificado, establece que las dilaciones que sufra el proceso y que sean imputables al procesado o su defensa, no serán consideradas para el cómputo del plazo legal máximo de detención. Precisamente, de conformidad con dicha norma, con fecha 14 de agosto de 2003, la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró no computable como tiempo efectivo de detención del recurrente y otros, el lapso de 5 meses y 20 días. Por tanto, el plazo legal de detención del actor vencerá el 4 de marzo de 2004”⁽¹⁵⁶⁾.

Que, de acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los códigos procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales”.

(156) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01407-2003-PHC/TC, caso José Aybar Cancho.

En este sentido, el artículo 112 del Código Procesal Civil establece parámetros objetivos para calificar la temeridad o mala fe que caracteriza toda defensa obstruccionista, señalando, entre ellos:

- a) La carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
- b) Cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad;
- c) Cuando se sustraiga, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
- d) Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
- e) Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
- f) Cuando, por cualquier medio, se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso, y
- g) Cuando, por razones injustificadas, las partes no asistan a la audiencia generando dilación; conductas procesales que, evaluadas y contabilizadas por el juzgador, deberán ser descontadas para el cómputo del plazo máximo de detención preventiva previsto por el artículo 137 del Código Procesal Penal.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la transgresión de los plazos normativamente previstos solo admite excepciones: “Muy circunstanciales, (...) cuando no quepa duda del carácter justificado de la mora. La justificación, que es de alcance restrictivo, consiste únicamente en la situación probada y objetivamente insuperable, que impide al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión. Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a decidir en tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada”⁽¹⁵⁷⁾.

(157) Sentencia del 27 de abril de 1995, en la Acción de Tutela N° T-190 DE 1995-Magistrado ponente Gregorio Hernández Galindo.

VI. El plazo razonable en la prisión preventiva

Este derecho al plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, se trata propiamente de una irradiación del derecho a la libertad personal reconocida por nuestra Constitución en el artículo 2.24; asimismo, tiene su base fundamental en la dignidad de la persona humana.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que “el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios periodos dependiendo de la gravedad del delito”⁽¹⁵⁸⁾; es decir, se debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto para fijarlo o computarlo.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado sobre el particular: “Se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales”⁽¹⁵⁹⁾.

El Tribunal Constitucional peruano tampoco se ha mantenido alejado del análisis de la razonabilidad del plazo del proceso, pues ha señalado que para poder determinar el plazo razonable de una investigación fiscal, se deben considerar dos tipos de criterios: uno subjetivo y otro objetivo. En el primero, quedan comprendidos,

- 1) la actuación del fiscal y
- 2) la actuación del investigado;

En el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

Los criterios subjetivos, como ya se adelantó, están referidos a la actuación tanto del investigado como del fiscal a cargo de la investigación prejurisdiccional. En cuanto se refiere al investigado se debe tener en cuenta la actitud obstruccionista del investigado, la cual puede manifestarse en:

- “1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación,

(158) Posición asumida en el Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4.

(159) Sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Suárez Rosero, del 12 de noviembre de 1997, fundamento 72.

- 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación,
- 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y
- 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal¹⁶⁰⁾.

En el caso Tiberio Berrocal, el Tribunal Constitucional desarrolló los criterios de la evaluación de la razonabilidad del plazo en la detención provisional siendo estos:

- a) La actuación diligente de los órganos judiciales.
- b) La complejidad del asunto.
- c) La actividad procesal del detenido.

Respecto al primero de ellos, deberá analizarse la conducta diligente de las autoridades judiciales, es decir, el grado de celeridad en la tramitación y resolución de recursos, así como la motivación de la resolución de estos. Por su parte, la complejidad del caso, se evalúa en función de factores como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que objetivamente permita calificar una causa como complicada. La actividad procesal del detenido es evaluada en función de lo que se entiende por defensa obstruccionista, cuando este ha abusado de su derecho a utilizar recursos con objeto de dilatar el procedimiento, es decir, únicamente cuando hay mala fe por parte del procesado, lo cual, corresponderá ser demostrado por el juez. En este caso, el término de la detención podría extenderse en el entendido que no corresponda contabilizarse como plazo razonablemente transcurrido a aquel atribuible a la actuación con mala fe del imputado¹⁶¹⁾.

En el caso Buitrón Rodríguez, el Colegiado amplió los criterios que se deben tomar en cuenta al evaluar el plazo razonable del proceso:

(160) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, caso Samuel Gleiser Katz.

(161) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0731-2004-HC/TC, caso Alfonso Villanueva Chirinos.

“I. Actuación de los órganos judiciales

(...)

6. Es deber del juez penal dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculcado se encuentre en condición de detenido. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio-derecho de dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú.
7. Como lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: ‘[l]a situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia’ (Informe N° 2/97. Casos N°s 11205 y otros, párrafo 7).
8. En consecuencia, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de detención, es preciso analizar si el juez penal ha procedido con la ‘diligencia especial’ en la tramitación del proceso (caso Kenmache. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafo 45).

Por lo tanto, es necesario evaluar el grado de celeridad con que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra la persona privada de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los repetidos cambios de juez penal, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (caso Clooth, párrafo 45).

9. La falta de diligencia de los órganos judiciales ocurriría, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera ‘formalmente’ respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ‘(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad’ (caso Gangaram Panda. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 12, párrafo 47).

II. Complejidad del asunto

10. Este Tribunal ha señalado (Exp. N° 2915-2004-HC/TC) que para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil (...).
14. Aparte de la gravedad que este ilícito conlleva, existen otros factores de complejidad, tales como la cantidad de procesados, ya que se trata de un delito cometido por grandes y complejas organizaciones delictivas, lo que implica un elevado número de imputados, factor que definitivamente incide en la duración del proceso.
15. La seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ‘(...) en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar’ (Informe N° 2/97).

III. Actividad procesal del detenido

16. En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que

la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada ‘defensa obstruccionista’ (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

17. En consecuencia, ‘(...) la demora solo puede ser imputable al acusado si este ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento’ (Informe N° 64/99, caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, caso Wemhoff, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafo 2; y caso Neumeister, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafo 2).
18. Entre las conductas que deben ser merituadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, están condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que: ‘[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso’ (caso Bozzo Rotondo, Exp. N° 0376-2003-HC/TC, f. j. 9).
19. A efectos de calificar la conducta procesal del detenido puede considerarse lo previsto en el Código Procesal Civil, en su artículo 112, supletoriedad prevista en la Primera Disposición Final de dicho cuerpo normativo:

‘Artículo 112.-

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;

3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación¹⁶²⁾.

VII. La cesación de la prisión preventiva

El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.

El juez de la Investigación Preparatoria decidirá la cesación o no de la prisión preventiva, siguiendo el trámite previsto en el artículo 274; es decir, el juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto, o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.

La cesación de la prisión preventiva procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y, además, resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva, el juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.

El juez impondrá las reglas de conducta necesarias para garantizar la presencia del imputado o evitar que se transgreda la finalidad de la medida.

(162) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 7624-2005-PHC/TC, caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez.

Con respecto a la impugnación, el artículo 284 del Nuevo Código Procesal Penal establece que: “El imputado y el Ministerio Público podrán interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de la prisión preventiva. Rige lo dispuesto, en lo pertinente, los numerales 1) y 2) del artículo 278; es decir, el plazo para la apelación es de tres días. El juez de la Investigación Preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo. La Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar dentro de las setenta y dos horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado. La decisión, debidamente motivada, se expedirá el día de la vista de la causa o dentro de las cuarenta y ocho horas, bajo responsabilidad”.

Además, la cesación de la prisión preventiva será revocada si el imputado infringe las reglas de conducta o no comparece a las diligencias del proceso sin excusa suficiente o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte auto de prisión preventiva en su contra. Asimismo, perderá la caución, si la hubiere pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración de justicia.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en el R.N. N° 862-2012/Lima lo siguiente: “Cuarto: (...) el recurrente pretende la variación de su mandato de detención alegando vencimiento del plazo de detención; sin embargo, se debe señalar que el referido encausado tiene la condición de reo ausente, es decir, no ha existido en contra de él privación efectiva de libertad individual; por lo que no ha cumplido con el presupuesto procesal establecido en el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal –permanecer privado de su libertad ambulatoria–; asimismo, no se aprecian nuevos elementos probatorios que permitan amenguar o poner en cuestión los elementos que vinculan a este encausado con el ilícito penal investigado e imputado; sobre todo, si se aprecia que se encuentra con dictamen acusatorio, con un pedido de sanción de años de pena privativa de libertad, calificando los hechos como delitos de lesa humanidad, obrando declaraciones testimoniales que justifican el fáctum de imputación (...); a mayor abundamiento, se tiene que con relación al peligro procesal –permita concluir razonablemente que el encausado obstaculizará la averiguación de la verdad (peligros de obstaculización o perturbar la actividad probatoria) o rehúya la acción de la justicia (peligro de fuga)–, el recurrente se ha mostrado renuente a ponerse a disposición de la justicia”.

CAPÍTULO V
La comparecencia

CAPÍTULO V

La comparecencia

I. Naturaleza jurídica

La comparecencia, como medida cautelar menos gravosa que la detención, tiene como función principal la cautela preventiva o el aseguramiento del inculpado en un proceso penal.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el caso Silva Checa, estableció que: “La naturaleza, tanto del mandato de detención como su otra variante (el de comparecencia), es la de constituir una garantía en el proceso, buscando hacer más justa y adecuada la situación personal del inculpado durante la sustanciación de un proceso penal, la naturaleza de los delitos imputados y el contexto en que estos ocurrieron.

Asimismo, estas medidas son instrumentos que sirven para compulsar la situación jurídica del procesado, a fin de influir en la decisión el juez a la hora de dictar sentencia, pero en ningún modo condicionan al juez a emitir una sentencia en un sentido u otro, pues tan solo son una garantía de efectividad del proceso penal. En ese sentido, no se vulnera en modo alguno el debido proceso al haber emitido el demandado una sentencia en uso de las prerrogativas que la Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica del Poder Judicial le otorgan, sin influir en esto el régimen en el que el inculpado esté incurso a fin de garantizar las investigaciones judiciales”.

Las medidas coercitivas de naturaleza personal, ligadas a la comparecencia, son según nuestro ordenamiento procesal penal vigente:

- La comparecencia simple.
- La comparecencia con restricciones.
- La caución.
- La detención domiciliaria.
- El impedimento de salida del país.
- La incomunicación⁽¹⁶³⁾.

(163) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1ª edición, Alternativas, Lima, 1996.

II. Comparecencia simple

La comparecencia simple se rige por los alcances del artículo 286 del nuevo Código Procesal Penal, el cual señala que el juez de la Investigación Preparatoria dictará mandato de comparecencia simple, si el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266. También lo hará cuando, de mediar requerimiento fiscal, no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Calcina Mamani ha señalado: “La declaración de ausencia del imputado, disponiéndose su captura, tiene por objeto conseguir su concurrencia al juzgado penal, a efectos de realizar o efectivizar ciertas diligencias jurisdiccionales: empero no contiene en sí misma una variación del mandato de comparecencia simple, la que debe ser expresa y puede dictarse en cualquier momento, incluso luego de que el imputado sea conducido ante un juez el penal como consecuencia de su declaración de ausente, en caso de que dicha autoridad lo considere pertinente o necesario”⁽¹⁶⁴⁾.

Asimismo, el artículo 292 del Nuevo Código Procesal Penal señala que el mandato de comparecencia y las demás restricciones impuestas serán notificadas al imputado mediante la citación que el secretario entregará por intermedio del auxiliar judicial correspondiente, o dejará en su domicilio a persona responsable que se encargue de entregarla, sin perjuicio de notificársele por la vía postal, adjuntándose a los autos constancia razonada de tal situación.

El auxiliar judicial, además, dejará constancia de haber informado de la identificación del procesado a quien notificó, o de haber verificado el domicilio, si este estaba ausente.

III. Comparecencia con restricciones

El artículo 287 del Código Procesal Penal de 2004 señala respecto a la comparecencia restrictiva que:

1. Se impondrán las restrictivas previstas en el artículo 167, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de

(164) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 03731-2009-PHC/TC, caso Andrés Calcina Mamani.

la verdad pueda razonablemente evitarse. También podrá utilizarse, alternativamente, alguna técnica del sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan las restricciones impuestas a la libertad personal.

2. El juez podrá imponer una de las restricciones o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso, y ordenará las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las restricciones impuestas al imputado.
3. Si el imputado no cumple con las restricciones impuestas, previo requerimiento realizado por el fiscal o por el juzgador, en su caso, se revocará la medida y se dictará mandato de prisión preventiva. El trámite que seguirá el juez será el previsto en el artículo 271.
4. El juez podrá imponer la prohibición de comunicarse o aproximarse a la víctima o a aquellas personas que determine, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.

Por su parte, el artículo 288 del Nuevo Código Procesal Penal hace referencia a las restricciones, siendo estas:

1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados.
2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.
3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.
4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.

IV. La caución

Respecto a la caución, el artículo 289 del Nuevo Código Procesal Penal expresa en qué casos procede esta medida:

1. La caución consistirá en una suma de dinero que se fijará en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad.

La calidad y cantidad de la caución se determinará teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la condición económica, personalidad, antecedentes del imputado, el modo de cometer el delito y la gravedad del daño, así como las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad fiscal o judicial.

No podrá imponerse una caución de imposible cumplimiento para el imputado, en atención a su situación personal, a su carencia de medios y a las características del hecho atribuido.

2. La caución será personal cuando el imputado deposita la cantidad fijada en la resolución en el Banco de la Nación. Si el imputado carece de suficiente solvencia económica ofrecerá fianza personal escrita de una o más personas naturales o jurídicas, quienes asumirán solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que se le haya fijado. El fiador debe tener capacidad para contratar y acreditar solvencia suficiente.
3. La caución será real cuando el imputado constituya depósito de efecto público o valores cotizables u otorgue garantía real por la cantidad que el juez determine. Esta caución solo será procedente cuando de las circunstancias del caso surgiera la ineficacia de las modalidades de las cauciones precedentemente establecidas y que, por la naturaleza económica del delito atribuido, se conforme como la más adecuada.
4. Cuando el imputado sea absuelto o sobreseído, o siendo condenado no infringe las reglas de conducta que le fueron impuestas, le será devuelta la caución con los respectivos intereses devengados, o en su caso, quedará sin efecto la garantía patrimonial constituida y la fianza personal otorgada.

V. La detención domiciliaria

El Código Procesal Penal de 1991 en su artículo 143.1, modificado por Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, consideraba como una medida

de comparecencia con restricciones al arresto domiciliario⁽¹⁶⁵⁾. Ahora, de acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, el arresto domiciliario ha

(165) Artículo 143.- Mandato de comparecencia

“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. El juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes:

1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartándose las órdenes necesarias.
2. La vigilancia electrónica personal, que se cumplirá de la siguiente forma:
 - a) La ejecución se realizará en el domicilio o lugar que señale el procesado, a partir del cual se determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito.
 - b) El procesado estará sujeto a vigilancia electrónica personal para cuyo cumplimiento el juez fijará las reglas de conducta que prevé la ley, así como todas aquellas reglas que considere necesarias a fin de asegurar la idoneidad del mecanismo de control.
 - c) El procesado que no haya sido anteriormente sujeto de sentencia condenatoria por delito doloso podrá acceder a la vigilancia electrónica personal. Se dará prioridad a:
 - Los mayores de 65 años.
 - Los que sufran de enfermedad grave, acreditada con pericia médico legal.
 - Los que adolezcan de discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.
 - Las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación. Igual tratamiento tendrán durante los doce meses siguientes a la fecha del nacimiento.
 - La madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra de discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que se encuentre en las mismas circunstancias tendrá el mismo tratamiento.
 - d) El procesado deberá previamente acreditar las condiciones de vida personal, laboral, familiar y social con un informe social y pericia psicológica.
3. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, la cual informará periódicamente en los plazos designados.
4. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad los días que se le fijen.
5. La prohibición de comunicarse con personas determinadas o con la víctima, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.
6. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellas personas que determine el juez.
7. La prestación de una caución económica si las posibilidades del imputado lo permiten.

El juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso y ordenará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Si el hecho punible denunciado está penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tales alternativas.

sido previsto como una medida sustitutiva y no alternativa de la prisión preventiva.

El artículo 290 del Nuevo Código Procesal Penal indica que la detención domiciliaria puede operar en determinados casos. Así:

1. Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:
 - a) Es mayor de 65 años de edad;
 - b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;
 - c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
 - d) Es una madre gestante.
2. En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.
3. La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución –pública o privada– o de tercera persona designada para tal efecto.

Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

Las alternativas antes señaladas tendrán carácter temporal y no podrán exceder de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas o del Estado, el plazo límite de comparecencia restringida se duplicará.

A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata suspensión de la comparecencia restringida, siguiéndose el proceso al procesado con comparecencia simple.

En caso de impedimento de salida del país, la medida deberá ser motivada y no podrá exceder en ningún caso de más de cuatro meses, a cuyo vencimiento caducará de pleno derecho salvo que se ordene, mediante nueva resolución motivada, la prolongación de la medida que en ningún caso superará los límites establecidos en el párrafo anterior”.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.

4. El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 273 al 277.
5. Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el juez –previo informe pericial– dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.

En el Derecho comparado vemos que la figura de la detención domiciliaria, por tratarse de una verdadera detención preventiva, comporta el cumplimiento de la pena y, por lo tanto, para todos los efectos procesales debe de tenerse en cuenta ese carácter⁽¹⁶⁶⁾. En España, el arresto domiciliario constituye una forma de cumplir la prisión provisional, con condiciones de cumplimiento más benignas que las previstas con carácter general; mientras, que en Alemania e Italia se trata de una medida alternativa de prisión.

A nivel nacional, la Corte Suprema en el caso Rómulo León Alegría del 28 de junio de 2012, señaló respecto a esta medida, lo siguiente: “La detención domiciliaria del imputado constituye una restricción impuesta al mandato de comparecencia, es decir, una obligación incorporada por la propia comparecencia, vista como un modelo de reacción procesal intermedio entre la detención o prisión preventiva y la comparecencia simple –la libertad–, justificada por el subprincipio de necesidad, en tanto y en cuanto se estima viable para evitar el peligro de fuga o el de obstaculización. Así, la detención domiciliaria, fáctica y jurídicamente, se sitúa en una escala inmediatamente inferior a la detención judicial preventiva –es una medida de coerción intermedia de nivel superior– porque importa la privación de la libertad personal, que incluso puede relativizarse aún más, en condiciones menos gravosas que la detención o prisión preventiva; y la imposición de la medida implica la observancia del *periculum in mora*-peligro procesal, vinculada a la conducta del encausado de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) o perturbar la actividad probatoria (peligro de entorpecimiento)”.

El Tribunal Constitucional al analizar esta medida de comparecencia restrictiva señaló que en Derecho comparado existen dos grandes modelos que regulan el arresto domiciliario:

(166) ANGULO GONZALES, Guillermo. *Captura, aseguramiento y libertad*. Doctrina y Ley, Santa Fe, Colombia, 1995, p. 99.

“El primero es el modelo amplio de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura ‘arresto domiciliario’ antes que a la de ‘detención domiciliaria’, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el restringido, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004⁽¹⁶⁷⁾.

No debemos de olvidar que los principios que rigen la prisión preventiva son similares a la detención domiciliaria. Al respecto, el Tribunal Constitucional indicó: “No cabe duda, que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: la obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal la más grave. Por ello el tribunal considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad⁽¹⁶⁸⁾”.

No es ajeno, empero, al Tribunal que, entre las alternativas frente a la detención judicial preventiva, la detención domiciliaria es la que aparece como

(167) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0019-2005-PI/TC, caso 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N° 28568.

(168) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1565-2002-HC/TC, caso Héctor Chumpitaz.

la más seria y limitativa de la libertad personal, razón por la cual su validez constitucional también se encuentra sujeta a los principios de subsidiariedad, razonabilidad, provisionalidad y proporcionalidad⁽¹⁶⁹⁾. Asimismo, al igual que en el caso de la prisión preventiva, la detención domiciliaria, se encuentra sometida a los criterios subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, a fin de evitar la arbitrariedad de la decisión⁽¹⁷⁰⁾.

Sin embargo, esto no significa que el arresto domiciliario sea concebido como una forma simple de comparecencia que no afecta en nada la libertad individual, por el contrario, es la forma más grave de comparecencia restringida que la norma procesal penal ha contemplado porque la intensidad de coerción personal que supone es de grado inmediato inferior al de la detención preventiva. En la misma línea, el Tribunal ha señalado que: “La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave”⁽¹⁷¹⁾.

El arresto domiciliario no puede ser entendido como un sustituto o símil de la detención preventiva, más aún si difieren en su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal; y ello porque el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances, no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión, no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical, en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo, se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario, y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel⁽¹⁷²⁾.

En el caso Moisés Wolfenson Woloch, el Colegiado señaló con respecto a esta medida coercitiva: “El arresto domiciliario, de acuerdo a lo establecido por el artículo 143 del Código Procesal Penal (D.Leg. N° 638), es una modalidad

(169) Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 1805-2005-HC/TC-Lima, caso Máximo Cáceda Pedemonte.

(170) Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 731-2004-HC/TC-Lima, caso Alfonso Villanueva Chirinos. Este criterio ha sido invariablemente reiterado en diversas causas resueltas, caso Fernandini Maraví, Exp. N° 0209-2002-HC/TC, fundamento 2; caso Bozzo Rotondo, Exp. N° 0376-2003-HC/TC, fundamento 2.

(171) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1565-2002-HC/TC-Lima, caso Héctor Chumpitaz.

(172) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0019-2005-PI/TC, caso Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República.

del mandato de comparecencia (medida cautelar de naturaleza personal) que el juez dicta cuando no corresponde la detención preventiva.

Entonces, teniendo en cuenta: a) que la detención domiciliaria es una medida cautelar que le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva; b) que su dictado supone una restricción de la libertad individual; y, c) que el artículo 47 del Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del cuántum condenatorio, además de la detención preventiva, la pena multa o limitativa de derechos; resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena.

Es imposible aceptar entonces, “si nos ubicamos en el contenido mismo de la Constitución, que apoyado en el principio de dignidad humana le concede el derecho de libertad individual a las personas, que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución, que es una norma fundamental insuflada de valores y principios, que niega una interpretación restrictiva de su texto normativo y que contempla la interposición del hábeas corpus no solo frente a actos sino también ante omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona que violan la libertad individual (en el caso de autos, omisión inadmisibles del legislador)”⁽¹⁷³⁾.

La pregunta que nos formulamos es ¿si es posible equiparar el plazo de la detención domiciliaria con el de la prisión preventiva para el cómputo del plazo máximo? El Tribunal Constitucional ha establecido en uniforme jurisprudencia los presupuestos básicos para la imposición del arresto domiciliario, los cuales son: a) suficiencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho delictivo; y b) peligro de que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria⁽¹⁷⁴⁾.

La Segunda Sala Penal Especial, en la Resolución N° 257 del 10 de agosto de 2004, presidida por el Dra. Zavala Valladares, Barandiarán y Sequeiros Vargas señalaron lo siguiente:

(173) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 6201-2007-HC/TC, caso Moisés Wolfenson Woloch.

(174) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 5259-2005-PHC/TC, caso Segundo Nicolás Trujillo López.

“(…) **Tercero.-** La detención domiciliaria (como medida cautelar) por su naturaleza, sus propósitos y los requisitos para su implementación, y además por su carácter temporal y excepcional, presumiendo de los criterios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, resulta similar a la detención preventiva que por su material ejecución resulta ser más rigurosa y perjudicial, sin embargo en ambas situaciones hay privación de locomoción, sujeto a vigilancia permanente, en consecuencia, variar la medida de detención por exceso de detención y luego imponer la medida de detención domiciliaria como medida de seguridad, resulta excesivo, porque eventualmente se puede prolongar en términos generales y bajo ese criterio hasta sesenta meses (en el presente caso y hasta setenta y dos meses según la norma vigente), el tiempo de prolongación de la medida cautelar de privación de la libertad del procesado, lo que desnaturaliza la razonabilidad, provisionalidad y proporcionalidad de la medida cautelar. **Cuarto.-** Para este colegiado resulta válido, legal y razonable computar acumulativamente el tiempo de detención domiciliaria, fundamentalmente debido a que en estos casos se trata de medidas cautelares tendientes a evitar o disminuir el peligro procesal y bajo el presupuesto del tiempo razonable de duración de dicha medida coercitiva personal, teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia, entonces procederíamos contradictoriamente si admitimos que al variar la medida de detención preventiva por exceso de detención y luego otorgar la comparecencia con restricciones sometido al arresto domiciliario, porque bajo los argumentos antes referidos estaríamos prolongando la privación de la libertad de locomoción del procesado por tiempo mayor al que la ley faculta”.

En el Recurso de Nulidad N° 3314-2005, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declararon “Haber Nulidad, consecuentemente declararon procedente la variación levantándose la medida de arresto domiciliario, bajo las siguientes consideraciones: Se advierte que la sala penal especial, luego de mantener con detención provisional al procesado Cano Ángulo, por más de treinta y seis meses, varió dicha medida excepcional por la de comparecencia sujeta a arresto domiciliario, sin efectuar una debida motivación respecto a la necesidad de mantener restringida su libertad ambulatoria, sin tener en cuenta la conducta procesal de cada uno de los procesados”⁽¹⁷⁵⁾. Mantener ambas medidas resulta violatoria a la garantía al

(175) Posición también asumida por la primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 362-2005, donde señaló: No es pertinente que resuelta la libertad por exceso de detención se establezca arresto domiciliario.

plazo razonable como lo veremos más adelante: “A la fecha los procesados se han encontrado incurso en este proceso por más de seis años con siete meses habiéndose encontrado con detención preventiva por cuarenta y siete meses y con arresto domiciliario por más de treinta y dos meses, lo que resulta violatorio de la garantía al plazo razonable”⁽¹⁷⁶⁾.

VI. Impedimento de salida del país

Esta medida coercitiva no afecta la libertad personal en sentido estricto, sino la libertad de tránsito. Se adoptará en tanto resulte indispensable para los fines del proceso y siempre que no sea necesaria una limitación más intensa de la libertad personal, teniendo como principio regulador al de proporcionalidad. Por este principio debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. Como expone Odone Sanguiné, “el principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz”⁽¹⁷⁷⁾.

El Tribunal Constitucional ha definido al impedimento del país como: “Una medida coercitiva personal adicional a la de comparecencia con restricciones, en cuanto que también está destinada a asegurar la vigencia y eficacia de la comparecencia restringida (evitando la fuga del imputado). Pues, tal como ha señalado la doctrina procesal penal, el impedimento de salida del país, si bien no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga, sí la hace más difícil, y por ende, la disminución en el riesgo de fuga, pues, en tales condiciones, el imputado verá dificultada su intención de huir al extranjero, y más aún, la de subsistir y trabajar en el otro país. Asimismo, esta medida provisional personal puede ser acumulada a la detención preliminar; pero no resulta preciso que pueda adicionarse a la detención preventiva, mucho menos a la de mandato de comparecencia simple”⁽¹⁷⁸⁾.

(176) Recurso de Nulidad N° 632-2007, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la cual declara haber nulidad en el auto, declarando procedente y, en consecuencia, levantaron la medida de arresto domiciliario. Dictándose comparecencia bajo reglas de conducta.

(177) SANGUINÉ, Odone. *La prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 638.

(178) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 3016-2007 PHC/TC, caso Carlos Alberto Victorio Trejo.

Conforme al artículo 295 del Nuevo Código Procesal Penal, esta medida debe ser solicitada por el fiscal:

- “1. Durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad, el fiscal podrá solicitar al juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije. Igual petición puede formular respecto del que es considerado testigo importante.
2. El requerimiento será fundamentado y precisará el nombre completo y demás datos necesarios de la persona afectada, e indicará la duración de la medida”.

Asimismo, conforme al artículo 296 del citado cuerpo de leyes, “la resolución judicial también contendrá los requisitos previstos en el artículo anterior. Rige lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 279”⁽¹⁷⁹⁾. El plazo de duración no puede exceder de los cuatro meses. La prolongación de la medida solo procede tratándose de imputados y hasta por un plazo igual, procederá en los supuestos y bajo trámite previsto en el artículo 274. Es decir, “el juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad”.

Esta medida también se aplica a los testigos importantes y se levantará luego de realizada la declaración o actuación procesal. En todo caso, no puede durar más de treinta días. El juez resolverá de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 279 del Nuevo Código Procesal Penal. En el recurso de apelación rige lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278. Es decir, la Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar, dentro de las setenta y dos horas de recibido el expediente, con citación

(179) **Artículo 279.-**

1. (...)
2. El juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento fiscal. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El juez emitirá resolución inmediatamente o dentro de las cuarenta y ocho horas de su celebración.
3. Contra la resolución que se emita procede recurso de apelación, que se concederá con efecto devolutivo.

del fiscal superior y del defensor del imputado. La decisión, debidamente motivada, se expedirá el día de la vista de la causa o dentro de las cuarenta y ocho horas, bajo responsabilidad.

El Tribunal Constitucional ha señalado que para dictar esta medida cautelar debe reunirse los siguientes requisitos:

- a) Debe ser ordenada, dirigida y controlada por autoridad judicial. Lo que significa que solo mediante decisión judicial se puede imponer la medida provisional personal de impedimento de salida del país.
- b) La decisión judicial debe contener los datos necesarios de la persona afectada. Lo que supone que dicha decisión mínimamente debe contener los nombres y apellidos completos de la persona afectada; el número de su documento nacional de identidad; el órgano jurisdiccional que lo dispone; el número o identificación del expediente y el delito por el cual se le investiga o procesa. Estos mismos requisitos deben ser registrados por la autoridad administrativa competente.
- c) Debe estar debidamente fundamentada y motivada. Lo que significa que deben señalarse las razones o motivos que supuestamente justifican la imposición de dicha medida, y en su caso, de la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso.
- d) Debe señalarse la duración de la medida. Si bien la norma preconstitucional no señala un plazo de duración del impedimento de salida del país; ello no obsta para que el juez de la causa, en cada caso concreto, señale un plazo determinado, o de ser el caso, establezca la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso; en este último caso, deberá ser dictado razonablemente atendiendo a las necesidades que existan al interior de cada proceso, tales como el asegurar la presencia del imputado en el proceso, el normal desarrollo del mismo, el evitar que se perturbe la actividad probatoria y la efectividad de las sentencias⁽¹⁸⁰⁾.

(180) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 3016-2007 PHC/TC, caso Carlos Alberto Victorio Trejo.

CAPÍTULO VI
Hábeas corpus

CAPÍTULO VI

Hábeas corpus

I. La evolución histórica del hábeas corpus en el Perú

Esta acción que literalmente quiere decir “traígase el cuerpo”, tiene antecedentes romanos, pero de origen inglés. El príncipe Juan sin Tierra tuvo en 1215 que acceder a firmar la Carta Magna. En el artículo XXIX de este documento se expresa lo siguiente: “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o privado de su tenencia libre, o declarado fuera de la ley, o detenido o molestado de cualquier forma; y no procederemos contra él o enviaremos a nadie en su contra, si no es por el juicio legal de su país o por la ley de su país”.

El hábeas corpus fue reconocido por primera vez en América Latina en el año de 1830, en el Código Penal del Imperio de Brasil y luego fue incorporado en otras legislaciones comparadas, como en los códigos de Livingston de 1837, que fueron aplicados en Guatemala, en la Constitución de Costa Rica en el año de 1847 e incluso antes del amparo en la Constitución de Yucatán del año 1841⁽¹⁸¹⁾.

Dentro de nuestro Derecho positivo, la encontramos en la Ley de Hábeas Corpus reconocido el 21 de octubre de 1897, en el gobierno de Nicolás de Piérola, teniendo como característica principal lo estipulado en su artículo 7: “Los enjuiciados o detenidos por algún delito, cuando crean que el juez se ha hecho responsable de la detención arbitraria, pueden interponer el hábeas corpus. La corte pedirá informe al juez de la causa y resolverá lo que fuere de justicia, desechando el recurso o haciendo efectiva la responsabilidad del juez que se hubiese hecho culpable. Contra lo resuelto por la Corte Superior, podrá interponerse recurso de nulidad, peor en ningún caso se paralizará el juicio criminal en la instancia”.

En el siglo XX, dicha garantía se materializó en la Constitución de 1920, del régimen del presidente Augusto B. Leguía, que en su artículo 24 señalaba

(181) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Marsol, Trujillo, julio de 1998, p. 119.

lo siguiente: “Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público excepto in fraganti delicto, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado, dentro de 24 horas a disposición del juez que corresponda (...). La persona aprehendida o cualquier otra podrá interponer conforme a la ley del recurso de hábeas corpus por prisión indebida”.

En la Constitución de 1933 se amplió su radio de protección, la que no solo abarcó a la protección del derecho a la libertad individual sino también a los demás derechos sociales en su artículo 69: “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus”. En la Constitución de 1979, en su artículo 295 se precisa: “La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona (...)”.

Lo anteriormente señalado se materializa con gran éxito en la Ley N° 23506 Ley de Hábeas Corpus y Amparo, donde el juez podía ordenar la inmediata libertad de la persona arbitrariamente detenida. Ampliando su radio de protección cuando se requería la intervención del juez de paz y en el caso del detenido en lugar distinto de sede judicial. En la Constitución de 1993, el artículo 200 señala en su numeral 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”. En el actual Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, en el artículo 25 se identifican los derechos protegidos por este proceso constitucional⁽¹⁸²⁾.

(182) 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:

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.

El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

Al respecto, considero que las etapas evolutivas del hábeas corpus peruano ha sido desarrollado de manera extraordinaria por Domingo García Belaunde, cuando lo divide en el:

1. Primer periodo (que comprende desde 1897 a 1993): Aparece para proteger la libertad individual, y aun cuando se intentó ampliar su espectro de protección a otras esferas, se mantuvo sin embargo, en su concepción primigenia. Destaca en este periodo su incorporación a rango constitucional con la Ley Fundamental de 1920.
2. Segundo periodo (que comprende desde 1933 a 1979): El hábeas corpus en esta etapa extiende la protección no solo para la libertad individual, sino también a los demás derechos constitucionales.

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 procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

Funcionó como hábeas corpus en sentido escrito y su tramitación fue en la vía penal.

3. Tercer periodo: Que comprende desde 1979 hasta 1992. Y que termina abruptamente con la abrogación de la Constitución de 1979, a raíz del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, fecha en que se disuelve, aparte del Congreso, el Tribunal de Garantías Constitucionales⁽¹⁸³⁾.

Encontramos la finalidad del hábeas corpus en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional cuando señala: “Los procesos a que se refiere el presente título tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”.

En atención al objeto de protección de cada uno de los procesos constitucionales, estos se dividen en tres clases:

- “1. Procesos de tutela de derechos: Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales y son los siguientes: proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento (acción de cumplimiento).
2. Procesos de control normativo: Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de ley, en el caso del proceso inconstitucionalidad, y de la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de jerarquía inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección de esta clase de procesos (sistema de fuentes proscrita por nuestra Constitución Política).
3. Procesos de conflicto competencial: Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Está comprendido únicamente por el proceso de conflictos constitucionales o de atribuciones^{”(184)}.

(183) VALLE-RIESTRA, Javier. Hábeas corpus. Ediciones Jurídicas, 2005, p. 199.

(184) Véase: <www.tc.gob.pe/infotc.html>.

De lo expuesto anteriormente considero que el hábeas corpus⁽¹⁸⁵⁾ es un proceso de protección de derechos destinada a brindar el resguardo judicial para toda persona que es privada de su libertad física o su libertad ambulatoria, encuentra estas restringidas, agravadas o amenazadas ilegalmente. Domingo García Belaunde señala: “El hábeas corpus ha estado históricamente referido a la libertad personal o física, y a los medios de cómo esta debe ser protegida. La idea misma de libertad es muy antigua, y en lo que respecta a occidente, aparece por vez primera en la cultura griega⁽¹⁸⁶⁾. Néstor Pedro Sagüés en cambio indica: “El propósito fundamental del hábeas corpus (llamado en el Derecho anglosajón el ‘Gran Mandamiento’) es la tutela de la libertad física, esto es, del *ius movendi et ambulandi*. Se trata de la garantía constitucional más importante, ya que comúnmente el ejercicio de los demás derechos constitucionales depende del goce de la libertad corporal⁽¹⁸⁷⁾. Vicente Gimeno Sendra precisa: “De todos los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el más preciado⁽¹⁸⁸⁾”.

El tratadista nacional Luis A. Bramont Arias indica que son cuatro los fines del hábeas corpus:

1. Se refiere a toda restricción de la libertad individual o derechos constitucionales conexos.
2. Busca asegurar la protección integral de la plenitud del goce de la libertad personal, al margen de quien sea el autor de su perturbación o restricción.
3. Se dirige no solo contra los actos efectivos de privación de la libertad; también alcanza a los que solo representan una amenaza.
4. Se considera que la amenaza o privación efectiva de la libertad individual debe producirse al margen del Derecho. Hay sea porque la autoridad, funcionario o persona particular carece de la facultad para

(185) **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.

(186) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El hábeas corpus en el Perú*. UNMSM, 1979, p. 1.

(187) SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos del Derecho Constitucional*. Tomo I, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 291.

(188) GIMENO SENDRA, Vicente. *El proceso de hábeas corpus. Temas claves de la Constitución española*. Tecnos, 1985, Madrid, p. 17.

ordenar la restricción, o porque teniendo en principio competencia para ello, la ejerce excediéndose de los límites determinados por la ley⁽¹⁸⁹⁾.

En definitiva, a través del proceso constitucional del hábeas corpus se tutela el derecho fundamental a la libertad individual y demás derechos constitucionales conexos, siendo la libertad un valor superior del ordenamiento jurídico; en sentido estricto, es un derecho que tiene toda persona para la libre circulación y movilidad, sin otras limitaciones que las impuestas por ley.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el hábeas corpus puede proteger también “(...) derechos diferentes a la libertad, pero que su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual”. (V.g. salud, vida, integridad personal, a no ser objeto de tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, derecho a ocupar un establecimiento adecuado).

II. Clasificación o tipología del hábeas corpus

Esta tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus*.

“1. Reparador: Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato –juez penal, civil, militar–; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

(189) GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo I, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, p. 352.

2. **Restringido:** Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, ‘se le limita en menor grado’.

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

3. **Correctivo:** Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

En efecto, en el caso *Alejandro Rodríguez Medrano vs. la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro* (Exp. N° 726-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que: Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que este se haya decretado judicialmente.

Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.

Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento

penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

- 4. Preventivo:** Este podrá ser utilizado en los casos en 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* 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.

En efecto, en el caso Patricia Garrido Arcentales y otro contra el capitán PNP Henry Huertas (Exp. N° 399-1996-HC/TC), el Tribunal Constitucional precisó:

‘Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la acción de hábeas corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4 de la Ley N° 25398, se necesita que esta sea cierta y de inminente realización; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible’.

- 5. Traslativo:** Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

César Landa Arroyo. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 116, refiere que en este caso ‘se busca proteger la libertad o la condición jurídica del estatus de la libertad de los procesados, afectados por las burocracias judiciales.

En efecto, en el caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Exp. N° 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente: Que, el tercer párrafo del

artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada esta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137 del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura’.

- 6. Instructivo:** Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no solo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente: Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (*supra*, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de este, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1.

- 7. Innovativo:** Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.

Al respecto, Domingo García Belaunde [*Constitución y política*, Eddili, Lima, 1991, p. 148], expresa que dicha acción de garantía ‘debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando este ya hubiera sido consumado’. Asimismo, César Landa Arroyo [*Tribunal Constitucional, Estado democrático*. Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 193], acota que ‘(...) a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se

plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos’.

- 8. Conexo:** Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.”.

Si bien no se hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, el proceso de hábeas corpus guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con este. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3 de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.

III. Las actuaciones del Ministerio Público pueden ser reguladas a través del hábeas corpus

1. La función del Ministerio Público conforme a nuestra legislación vigente

El Ministerio Público es un órgano constitucional al que se le exige que el desarrollo de sus actividades deba desplegarse dentro de los mandatos normativos contenidos en la propia Constitución. El artículo 159 de la Constitución⁽¹⁹⁰⁾ ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las que destacan la investigación de un hecho criminal con

(190) Conforme al artículo 159 de la Constitución, las atribuciones del Ministerio Público son:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

el apoyo de la Policía Nacional, es decir, conduce o dirige desde su inicio la investigación y ejercita la acción penal, ya sea de oficio o a pedido de parte. Estas no pueden ser ejercidas con desconocimiento de los principios constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

Hoy en día con la nueva normativa procesal de 2004 existe una diferencia sustancial entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente, la de aplicar la ley penal en forma justa y correcta. Es decir, hay una diferenciación teórica, normativa y práctica entre la potestad persecutoria y la potestad jurisdiccional, por ello el titular de la potestad persecutoria del delito, de la pena y del ejercicio público de la acción penal es el Ministerio Público; en tanto que al Poder Judicial le corresponde exclusivamente dirigir la etapa intermedia y la etapa procesal del juzgamiento.

2. Las funciones del Ministerio Público conforme al Nuevo Código Procesal Penal de 2004

Conforme a la nueva normativa procesal penal, el Ministerio Público al amparo del artículo 60 tiene las siguientes funciones:

1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial.
2. El fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

Asimismo, sus atribuciones y obligaciones, conforme al artículo 61 de la citada ley procesal, son:

1. El fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.
2. Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del

imputado. Solicitará al juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.

3. Interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la ley establece.
4. Está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53⁽¹⁹¹⁾.

Con respecto a la investigación del delito, el artículo 65 señala:

1. El Ministerio Público, en la investigación del delito, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión.
2. El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará –si correspondiere– las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional.
3. Cuando el fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar

(191) 1. Los jueces se inhibirán por las siguientes causales:

- a) Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.
 - b) Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.
 - c) Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.
 - d) Cuando hubieren intervenido anteriormente como juez o fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.
 - e) Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.
2. La inhibición se hará constar por escrito, con expresa indicación de la causal invocada. Se presentará a la Sala Penal Superior en el caso del juez de la Investigación Preparatoria y del juez penal, con conocimiento de las partes, y elevando copia certificada de los actuados. La Sala decidirá inmediatamente, previo traslado a las partes por el plazo común de tres días.

su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del fiscal.

4. Corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso. Programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. Garantizará el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.

IV. Las actuaciones y/o decisiones del Ministerio Público pueden ser controladas en sede constitucional

Las actuaciones del Ministerio Público sí pueden ser controladas en sede constitucional. Se permite al agraviado recurrir al juez constitucional para que este pueda ejercer un control estrictamente constitucional, mas no funcional, del Ministerio Público, que se encuentra compelido por el principio de interdicción de la arbitrariedad, que se alza como un límite a la facultad discrecional que la propia Constitución le ha otorgado.

Uno de los derechos fundamentales que se transgrede con frecuencia y da origen a la interposición de los procesos constitucionales de amparo y/o hábeas corpus es el debido proceso, que es uno de los derechos que no solo puede ser afectado a nivel jurisdiccional sino también a nivel fiscal.

El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular: “‘El debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público’ (Exp. N° 1268-2001-HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según el cual ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’”⁽¹⁹²⁾.

Ello significa que el debido proceso puede ser también afectado por el Ministerio Público, en la medida en que la garantía de este derecho fundamental no ha de ser solamente entendida como una propia o exclusiva de los

(192) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06167-2005-PHC/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverry.

trámites jurisdiccionales, sino también frente a aquellos supuestos **prejurisdiccionales**, es decir, en aquellos casos cuya dirección compete al Ministerio Público. Esto con la finalidad de evitar cualquier acto de arbitrariedad que vulnere o amenace la libertad individual o sus derechos conexos⁽¹⁹³⁾.

El artículo 200, inciso 1) de la Constitución, señala que el proceso de hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual y sus derechos conexos. Es decir, la **legitimidad para obrar pasiva** en este proceso no efectúa exclusión alguna, pudiendo ser comprendidos –como de hecho ha sucedido en más de una oportunidad– los propios representantes del Ministerio Público.

Siguiendo esta misma orientación, nuestro Código Procesal Constitucional en su artículo 2 también ha señalado que: “Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización”.

Lo que significa, por ejemplo, una resolución del Ministerio Público en la cual se decide: “No formular denuncia penal por un determinado delito, pero este no ha sido debidamente motivada, genera una vulneración del debido proceso que ha sido afectado por parte del Ministerio Público, en la medida que la garantía de este derecho fundamental no ha de ser solamente entendida como una propia o exclusiva de los trámites jurisdiccionales, sino también frente a aquellos supuestos **prejurisdiccionales**, es decir, en aquellos casos cuya dirección compete al Ministerio Público, con la finalidad de evitar cualquier acto de arbitrariedad que vulnere o amenace la libertad individual o sus derechos conexos”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia Nilo Medina Barcena formuló la siguiente pregunta: ¿Es procedente un proceso de hábeas corpus contra una investigación fiscal? La cual determinó que el Máximo Intérprete de la Constitución respondiera que el hábeas corpus es: “instrumento non plus ultra para la tutela del derecho a la libertad y los derechos conexos que son consustanciales a la libertad, el cual procede ante la violación o amenaza de violación de estos derechos”. Así se desprende de lo establecido en el artículo 200 inciso

(193) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en las SSTC Exps. N°s 1268-2001-PHC/TC, caso Socorro Vallejo Cacho de Valdivia; y 1762-2007-PHC/TC, caso Alejandro Toledo Manrique.

1) de la Constitución, cuando señala que la: “(...) acción de hábeas corpus 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 (...)”.

Siguiendo dicha orientación, nuestro Código Procesal Constitucional en su artículo 2 también ha indicado que: “(...) los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización (...)”.

Teniendo en cuenta ello, “el Colegiado dentro del rol de perfeccionamiento de su jurisprudencia –orientado a los fines de los procesos constitucionales– considera necesario efectuar una acentuación de su reciente línea jurisprudencial respecto a la procedencia del hábeas corpus interpuesto contra representantes del Ministerio Público. Dicha acentuación tendrá como fundamento el redimensionamiento del concepto de libertad individual como objeto de protección del hábeas corpus, que ha de ser entendido no solo como un instituto restringido únicamente a la tutela de la libertad física o corpórea (aspecto material de la libertad), sino también como un instrumento que ha de tutelar a la libertad en su ámbito subjetivo o espiritual (...)”.

Ello lleva a este Colegiado a afirmar que toda interpretación del contenido normativo de la Constitución debe tender a optimizar la tutela de los derechos fundamentales, lo cual solo podrá alcanzarse con el empleo de aquellos principios que son consustanciales a la disciplina constitucional, esto es, los principios de interpretación constitucional, entre los cuales se destaca el de unidad de la Constitución y de concordancia práctica.

Partiendo de dicha premisa, es posible afirmar que una conclusión como la predominante en esta materia supone negar la evolución que ha tenido este instituto de tutela de la libertad, respecto del cual el propio Tribunal Constitucional ya ha hecho referencia con detalle en la STC Exp. N° 3509-2009-PHC/TC (fundamentos jurídicos 2 y 3 respecto a la evolución del concepto de hábeas corpus) en concordancia con lo señalado en la STC Exp. N° 1286-2008-PHC/TC, en cuyo fundamento jurídico 1 ha dejado en claro que: “La libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria ha determinado que su propósito garantista trasciende el objetivo tradicional para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de la libertad de la persona humana, correspondiente no

solo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio”.

Si a lo anteriormente enunciado se añade la descripción de las tipologías de hábeas corpus contenidas en las disposiciones normativas del Código Procesal Constitucional, más el reconocimiento jurisprudencial que de estas ha efectuado el Tribunal Constitucional, debe concluirse que contra la actividad fiscal es posible interponer hábeas corpus de tipo restringido y preventivo. Se trata, en el primer caso, del previsto en el artículo 25, inciso 13) del citado artículo, en el que se hace alusión al hábeas corpus restringido que procede cuando la libertad es “objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio” (STC Exp. N° 06167-2005-PHC/TC) y, en el segundo, del contemplado en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, denominado preventivo. Dicha afirmación cobra mayor trascendencia si se tiene en cuenta que en gran parte de nuestro territorio se viene aplicando el nuevo Código Procesal Penal, modelo en el cual el rol desplegado por los representantes del Ministerio Público cobra mayor relevancia, pues son los que tienen a su cargo la investigación preparatoria.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que: “(...) la investigación que el Ministerio Público realice puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia que esté orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado y aún encarcelado, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo (...)” (STC Exp. N° 2725-2008-PHC/TC)⁽¹⁹⁴⁾.

En mi labor como docente universitario y en el ejercicio de la profesión he podido observar que el Tribunal Constitucional no ha tenido criterios uniformes al establecer cuál es la vía idónea para controlar las actuaciones y/o pronunciamientos del Ministerio Público. Veamos algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional. En el caso Carlos Guffanti Medina sostuvo que: “Como ya lo ha establecido en su jurisprudencia, el control y análisis de si una resolución de la etapa prejurisdiccional de una investigación

(194) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en las SSTC Exps. N°s 02110-2009-PHC/TC; y 02527-2009-PHC/TC (acumulado), caso Wilbert Nilo Medina Bárcena.

afecta o no derechos constitucionales no está sustraído al objeto del proceso de amparo. En este sentido, la no aceptación de una denuncia penal puede afectar el derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3) si resulta arbitraria, pues sin ella el denunciante no podrá ver instada su pretensión ante los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal. Lo mismo puede suceder si la resolución no valora los medios probatorios ofrecidos por el denunciante o cuando la resolución contraría el imperativo de motivación o su motivación resulta meramente aparente o manifiestamente arbitraria. La descripción de estos supuestos, nombrados solo de modo enunciativo, demuestra que una resolución desestimatoria de una denuncia penal y otra que, a su vez, rechaza la apelación correspondiente, pueden afectar derechos constitucionales. En este contexto, el proceso de amparo ha de proveer un medio para la tutela jurisdiccional de estos derechos, en tanto que, de conformidad con lo establecido en el artículo 200, inciso 2, de la Constitución, el amparo procede frente a cualquier acto u omisión que afecte derechos constitucionales⁽¹⁹⁵⁾.

Por otro lado, en el caso Marino Huayhua Quispe señaló: “Este Colegiado debe desestimar la presente demanda pues si bien a través del amparo el juzgador constitucional puede examinar la presunta inconstitucionalidad de una decisión fiscal, no es labor de la justicia constitucional subrogar al representante del Ministerio Público en la calificación del delito o en la subsunción de los hechos al tipo penal que luego sustentará el ejercicio de la acción penal, como tampoco lo es el otorgar valor probatorio a las pruebas presentadas por los sujetos procesales, con el objeto de aportar al esclarecimiento del ilícito investigado, pues estos son asuntos específicos que corresponden ser dilucidados únicamente por la justicia penal, y en específico por el Ministerio Público. Consecuentemente, tal atribución escapa de la competencia de la judicatura constitucional, ya que no es facultad de esta analizar la validez o invalidez de las decisiones fiscales adoptadas, salvo que tales decisiones y sus efectos contravengan los principios que informan la función jurisdiccional encomendada o que los pronunciamientos adoptados vulneren los principios de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión de la magistratura debe suponer, afectando –con ello– de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental, lo que no ha ocurrido en el presente caso”.

Más aún, no es competencia constitucional evaluar las razones por las cuales el Ministerio Público se abstiene del ejercicio de la acción penal, ni analizar las causas por las cuales en doble grado fiscal se dispone la

(195) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 6484-2008-PA/TC, caso Carlos Guffanti Medina.

continuación o ampliación de una investigación preparatoria; tampoco lo es evaluar la comprensión y aplicación que realice dicho Ministerio de los dispositivos legales vigentes, máxime cuando en la demanda no se explica con claridad de qué manera las disposiciones fiscales cuestionadas lesionan los derechos fundamentales invocados⁽¹⁹⁶⁾.

Posición que ha sido mantenida en el caso Raúl Medrano Ibarra cuando señala: “Que a juicio de este Tribunal el proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones y/o decisiones de los fiscales observan los derechos fundamentales o, si en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y de razonabilidad que toda decisión debe suponer siempre que tengan la condición de decisión fiscal firme. Una decisión fiscal (resolución fiscal u otra análoga) adquiere carácter firme cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legalmente previstos siempre que estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se impugna. Ahora bien, en estos casos, el inicio del plazo de prescripción para la interposición de la demanda de amparo se computa a partir del día siguiente de notificada o conocida la decisión fiscal firme y concluye 60 días hábiles después de notificada o conocida la misma”⁽¹⁹⁷⁾.

En el caso Boris Chauca Temoche, el Colegiado tiene una posición mucho más amplia con respecto a las decisiones del Ministerio Público. Indicó que estas sí pueden ser controladas a través del hábeas corpus, porque “el beneficiario solicitaba al juez constitucional que evaluara la conducta funcional de la Fiscalía Provincial y Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, porque había dado un inicio irregular de una investigación preliminar fiscal por la presunta comisión de los delitos asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionarios, fraude procesal y lavados de activos, hechos que anteriormente ya habían sido investigados por la Décimo Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, que emitió una resolución de no haber lugar a formalizar denuncia penal, decisión fiscal que fue confirmada por la Quinta Fiscalía Penal Superior, solicitando se declare la nulidad de la resolución del 28 de setiembre de 2007, dictada por el Fiscal Superior demandado. (...) En el caso de autos, el demandante promueve esta modalidad de hábeas corpus porque considera que los magistrados emplazados ‘al ordenar que se inicie y se prosiga con una investigación policial sobre hechos anteriormente investigados y archivados por el

(196) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 02483-2011-PA/TC, caso Marino Huayhua Quispe.

(197) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 03520-2012-PA/TC, caso Raúl Medrano Ibarra.

Ministerio Público, amenazan el constitucional derecho a la libertad individual de los favorecidos” (cfr. Demanda, f. 14).

El Tribunal Constitucional, además, tuvo una posición que generó un gran debate académico con respecto a la cosa decidida en sede fiscal, que fue analizada a través del hábeas corpus interpuesto: “Una cuestión que merece consideración en el presente caso, es si las investigaciones preliminares fiscales que arriban a una resolución conclusiva de archivo, puede generar la aplicación de la garantía. Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (cfr. Exp. N° 6081-2005-PHC/TC, f. j. 7; caso Alonso Leonardo Esquivel Cornejo), que ‘una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos’. No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de ‘no ha lugar a formular denuncia penal’ por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal”.

En esa línea, el Tribunal concluyó: “La decisión fiscal de ‘no ha lugar a formalizar denuncia penal’ en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159 de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; y b) si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia (STC Exp. N° 0413-2000-AA/TC, f. j. 3; caso Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados”⁽¹⁹⁸⁾.

(198) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, caso Boris Chauca Temoche.

En el caso Cantuarias Salaverri, tenemos que el beneficiario promovió un hábeas corpus porque consideraba que la investigación fiscal llevada a cabo por el demandado se ha desarrollado con absoluta prescindencia del respeto a las garantías que brinda el derecho a la tutela procesal efectiva, derecho protegido a través del proceso de hábeas corpus de conformidad con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

Sobre este punto, es preciso tomar en consideración que la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial. En efecto, la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos, son atribuciones que la Constitución no ha conferido al Ministerio Público, puesto que su investigación, en todo caso, puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial; pero la imposición de medidas coercitivas como la comparecencia o la detención preventiva, son medidas propias de la instancia judicial y serán adoptadas previa valoración y motivación del juez competente. En consecuencia, el procedimiento de investigación fiscal no incide de manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona.

En este orden de ideas, las presuntas irregularidades llevadas a cabo por el fiscal demandado no dan lugar a la interposición de un hábeas corpus correctivo, por lo que, en adelante, el pedido del recurrente será analizado a la luz de la tutela que brinda el hábeas corpus de tipo preventivo⁽¹⁹⁹⁾; indicó el Alto Tribunal.

Particularmente, no comparto la posición que ha asumido el Máximo Intérprete de la Constitución en el caso Raúl Medrano Ibarra cuando señala que la vía idónea para analizar las decisiones y/o actuaciones del Ministerio Público es el amparo, porque también puede ser analizado por el proceso constitucional de hábeas corpus conforme hemos podido analizar de las diferentes resoluciones que ha emitido el Tribunal Constitucional y que hemos citado. Hoy en día con el Nuevo Código Procesal Penal, modelo que se está aplicando en la gran mayoría de distritos judiciales del rol Ministerio Público cobra mayor relevancia, dado que tienen a su cargo la investigación preparatoria⁽²⁰⁰⁾.

(199) Posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06167-2005-PHC-/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverri.

(200) El proceso penal único o también llamado común se divide en tres etapas: Investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral, hay una división de roles: El fiscal tiene la función persecutoria del delito, es decir, el encargado de la investigación preparatoria, con el apoyo de la Policía Nacional,

La investigación que realiza el Ministerio Público con el apoyo de la Policía Nacional puede concluir en la formalización de una denuncia penal ante el Poder Judicial, la que genera un alto índice de probabilidad para que el juez –al momento de calificar la denuncia– pueda decidir por emitir un auto apertorio de instrucción donde puede dictar una medida coercitiva de carácter personal como es la detención; lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, siendo procedente una demanda de hábeas corpus por ser un mecanismo de protección mucho más rápido que el amparo.

En el caso Tineo Cabrera, el Supremo Intérprete de la Constitución ha señalado respecto al hábeas corpus, que este es: “La vía idónea para evaluar la legitimidad constitucional de los actos o hechos practicados por quienes ejercen funciones jurisdiccionales, en la medida en que de ellas se advierta una violación del derecho al debido proceso (...), lo que se produce cada vez que en un proceso jurisdiccional se expidan actos que violen el derecho al debido proceso”. Asimismo, ha establecido: “El ámbito de aplicación del hábeas corpus distinto a lo establecido en el artículo 25 del Código Procesal Constitución, donde se protege la libertad individual en sus diferentes aristas: Convirtiéndose ya no en derechos fundamentales *numerus clausus* sino *numerus apertus*: Sin embargo, bajo el canon de interpretación constitucional del *in dubio pro homine* (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), se debe acoger una concepción amplia del proceso constitucional de hábeas corpus. (...), la libertad personal es susceptible de ser vulnerado en conexión con otros derechos distintos a los que usualmente se le vincula, tales como el derecho a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), el derecho de residencia (artículo 2, inciso 11, de la Constitución), el derecho a la libertad de comunicación (artículo 2, inciso 4, de la Constitución)

que cuenta con un plazo determinado, ante un exceso la defensa técnica puede solicitar al juez de la Investigación Preparatoria una audiencia de control de plazo. En tanto que al órgano jurisdiccional le corresponde la función decisoria, la función de fallo; dirige la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento; le corresponde resolver los conflictos de contenido penal, expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley.

Conforme al artículo 321.1 del nuevo Código Procesal Penal, la Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción de cargo y descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación. Asimismo, 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. Esta etapa está a cargo del Ministerio Público conforme lo establece el artículo 322.1, para tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional.

e, inclusive, el derecho al debido proceso sustantivo y adjetivo (artículo 139, inciso 3, de la Constitución)²⁰¹⁾.

Por lo tanto, los actos de los poderes del Estado y los órganos constitucionales en general, y del Ministerio Público, en particular, se legitiman, desde la perspectiva constitucional, a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución.

(201) Véase las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los Exps. N°s 5872-2005-PHC/TC, caso Pedro Luis Echevarría de la Cruz; 8696-2005-PHC/TC, caso Roger Montesinos Ayca; y 6218-2007-PHC/TC, caso Víctor Esteban Macarena.

Anexo I
**Precedentes vinculantes
en materia procesal penal emitidos
por el Tribunal Constitucional**

De conformidad con el artículo VII
del Código Procesal Constitucional

CASO: GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE

Plazo razonable de la detención en relación con los graves crímenes y violaciones de los derechos humanos

- 1.- **Exp.** : N° 2798-2004-PHC/TC
- 2.- **Demandante** : Gabriel Orlando Vera Navarrete
- 3.- **Procedencia** : Lima
- 4.- **Precedente vinculante** : Fundamentos jurídicos 13, 17, 27 y 32
- 5.- **Antecedentes:**

El accionante, con fecha 15 de abril de 2004, interpone acción de hábeas corpus contra las magistradas que despachan el Primer, Segundo y Quinto Juzgados Especiales de Lima, por considerar que sufre una detención arbitraria. Alega que se encuentra internado en el penal para procesados primarios de Lima ex “San Jorge” desde el 14 de abril de 2001, y que a la fecha se encuentra con más de 36 meses de detención efectiva sin que haya sido objeto de sentencia condenatoria en ninguno de los procesos que se le sigue. En consecuencia, solicita se ordene su inmediata libertad.

Las magistradas accionadas niegan y rechazan la presente acción de garantía, alegando que los procesos bajo su conocimiento en los que está comprendido el accionante se encuentran sujetos a los plazos de detención determinados por ley, no existiendo detención irregular.

El 42 Juzgado Penal de Lima, con fecha 27 de abril de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que se ha dado la prolongación del plazo de detención dentro los términos fijados por el artículo 137 del Código Procesal Penal, modificado por Ley N° 27553 y posteriormente por Ley N° 28105, no materializándose el presupuesto de viabilidad previsto en el artículo segundo de la Ley N° 23506.

La recurrida revocó la apelada, y reformándola la declaró infundada por considerar que el plazo máximo se ha duplicado automáticamente, por ser el proceso de naturaleza compleja, dado que es seguido contra más de diez imputados y que el plazo máximo de detención previsto en el artículo 137 del Código Procesal Penal no ha vencido, por cuanto no se ha vulnerado algún derecho constitucional del accionante.

FUNDAMENTOS

1. En el presente caso, el recurrente solicita que se ordene su inmediata excarcelación alegando que se ha vencido el plazo máximo de detención, previsto en el artículo 137 del Código Procesal Penal.
2. A fin de determinar si lo alegado por el recurrente resulta amparable, es preciso describir de manera sucinta los procesos que se le siguen ante los órganos jurisdiccionales emplazados.
 - a) Por ante el Primer Juzgado Penal Especial, se tramita el Proceso N° 03-2003, por los hechos delictivos acaecidos en la Universidad Nacional de Educación

Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, habiéndose abierto instrucción con mandato de detención, con fecha 24 de enero de 2003, en los seguidos contra el accionante y otros en su calidad de miembros del denominado “Grupo Colina”, por delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio calificado–, violación de la libertad personal –secuestro agravado y desaparición forzada de personas–, en agravio de Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortíz Perea, Richard Armando Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heraclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa, proceso en el cual se le dictó mandato de detención, habiéndose declarado proceso complejo. La causa actualmente se encuentra en la Sala Penal con los informes de ley, y el plazo de la detención vencerá el 24 de enero de 2006.

- b) Por ante el Segundo Juzgado Penal Especializado Penal de Lima, el accionante se encuentra comprendido en dos causas penales, los procesos N°s 44-2002 y 01-2003, por delitos de secuestro y homicidio agravado que a continuación se procede a detallar:
- i) En cuanto al mandato de detención preventiva dictado en el proceso N° 44-2002, por auto de fecha 4 de octubre de 2002, debido a su presunta participación como miembro del denominado Grupo Colina, en calidad de coautor de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud –Homicidio Calificado– y contra la libertad –violación de la libertad en la modalidad de Secuestro–, en agravio del periodista don Pedro Herminio Yauri, hechos ocurridos en la ciudad de Huacho, proceso que fue declarado complejo y que aún continúa vigente el plazo de 36 meses de detención provisional, plazo que vencerá recién el 4 de octubre de 2005.
- ii) Asimismo, en el Proceso N° 01-2003 se decretó mandato de detención por auto de fecha 14 de febrero de 2003, por su presunta participación en hechos delictivos cometidos por el denominado Grupo Colina en la localidad de El Santa-Chimbote, habiéndosele encausado como presunto coautor de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud –homicidio calificado– y la violación de la libertad personal –secuestro agravado– en agravio de Carlos Alberto Barrientos Velázquez, Roberto Barrientos Velázquez, Denis Atilio Castillo Chávez, Federico Coquis Vázquez, Gilmer Ramiro León Velázquez, Pedro Pablo López González, Jesús Manfredo Noriega Ríos, Carlos Martín Tarazona More y Jorge Luis Tarazona More; se deduce de los instrumentales en autos que el plazo de 36 meses de detención preventiva aún no ha vencido y que, en todo caso, vencerá el día 14 de febrero de 2006.
- c) Por ante el Quinto Juzgado Penal Especial, el accionante es procesado por su participación como miembro del Grupo Colina en la llamada “Matanza de Barrios Altos” y que corre en el Expediente N° 32-2001, por los delitos de –homicidio calificado– y otros, en agravio de Placentina Marcela

Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astoivilca, Octavio Benigno Huamanyuri Nolasco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Núñez y Benedicta Yanque Churo, y por delito contra la vida, el cuerpo y la salud –lesiones graves– en agravio de Natividad Condorcahuna Chicana, Felipe León, Tomas Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitez y por delito contra la tranquilidad pública –agrupación ilícita– en agravio de la sociedad, dictándosele mandato de detención preventiva el 14 de abril de 2001, proceso que fue declarado de naturaleza compleja, disponiéndose la prolongación de la medida con fecha 24 de julio de 2002 por el plazo máximo, según el artículo 137 del Código Procesal Penal.

Es de observarse que en varios de los procesos que se siguen contra el recurrente, la detención aún no ha llegado a su plazo máximo previsto por ley, y que ello es de su conocimiento, tal como consta en su propia declaración indagatoria a fojas 14 y 15. Al tener mandatos de detención todavía vigentes, en caso de decretarse la libertad en algún otro proceso, esta no podría hacerse efectiva.

3. Sin embargo, es preciso señalar que mediante Oficio N° 06-2004-2 JPE/AMR/MPM, proveniente del Segundo Juzgado Penal Especial, este colegiado ha tomado conocimiento de que por resolución de fecha 18 de julio de 2003 se decretó la acumulación de los Procesos N°s 01-2003 y 03-2003 al Expediente N° 044-2002 y que, mediante resolución de fecha 21 de diciembre de 2004, el Proceso N° 044-2002 fue acumulado al Proceso N° 32-2001 que se tramita ante el Quinto Juzgado Penal Especial. En consecuencia, todos los procesos que se siguen contra el recurrente, por su presunta participación en los hechos delictivos cometidos por el Grupo Colina, han quedado acumulados en un único proceso, el cual actualmente se tramita ante el Quinto Juzgado Penal Especial.
4. Dada la trascendencia de los procesos penales que actualmente se siguen por los hechos atribuidos al Grupo Colina, este Tribunal considera necesario efectuar algunas consideraciones sobre la necesidad de investigar y sancionar los hechos que son materia de dichos procesos penales.

Las obligaciones del Perú en materia de derechos humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional.

5. Los hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la comunidad nacional e internacional. El Estado peruano no debe tolerar la impunidad de estos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la comunidad internacional.

6. En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.
7. El Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.
8. Así, las obligaciones, en materia de Derechos Humanos, no solo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito.

En este sentido, es un principio general del Derecho Internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 029-2000-RE de fecha 14 de setiembre de 2000.

9. Las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.
10. La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988 (párrafo 164), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la

intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.

El derecho a la tutela o protección judicial

11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y otros órganos de control internacional, se han manifestado uniformemente respecto de las graves implicancias que tiene la falta de sanción de graves violaciones a los derechos humanos. Esta omisión implica, además, una violación adicional del derecho a la tutela judicial que tiene cualquier ciudadano que se sienta violado en sus derechos.
12. En efecto, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, y que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. De igual manera, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, y que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El derecho a la tutela o protección judicial

13. La protección judicial, así entendida, implica una doble dimensión. Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables.

El Derecho Internacional Humanitario

14. Cabe mencionar, además, que el Derecho Internacional Humanitario expresa obligaciones relevantes para el presente caso. En efecto, los instrumentos de esta rama internacional aplicables a conflictos armados internos se encuentran en el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional de dichos Convenios. El Perú ha ratificado estos instrumentos centrales, mediante las Resoluciones Legislativas N°s 12412 (1956) y 25029 (1989), respectivamente.
15. Las normas señaladas en el punto anterior se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares. La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario no solo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra (Corte Internacional de Justicia, sentencia de fondo en el

caso del estrecho de Corfú - 1949; de igual manera en la sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua - 1986). Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no solo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar.

16. Tanto en el artículo 3 común como en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II existen normas expresas que prohíben conducir actos que configuren la desaparición de una persona. El artículo 3 común prohíbe, además, los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. Privar a una persona de la garantía de la ley y ordenar o ejecutar actos deliberados que buscan desaparecerlo, implica pues una grave infracción del Derecho Internacional Humanitario que el Estado debe sancionar.
17. Finalmente, cabe precisar que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad. Así lo ha señalado, por ejemplo, el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja.

La improcedencia de los obstáculos procesales para sancionar graves crímenes contra el Derecho Internacional humanitario y violaciones a los derechos humanos y su relación con la tutela judicial

18. La gravedad de estas conductas ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas.
19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso Bulacio versus Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003).
20. El artículo I del Título Preliminar de nuestro Código Penal establece que la finalidad de la legislación penal es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad. Esta disposición orienta al conjunto de

las normas sustantivas y procesales, y deben ser interpretadas a la luz de las consideraciones hasta aquí anotadas. Sería un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impunidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad.

El delito de desaparición forzada de personas

21. Uno de los delitos que son materia de imputación en los referidos procesos penales es el de desaparición forzada. El Código Penal promulgado en 1991, mediante el Decreto Legislativo N° 635, en su capítulo II del Título XIV del libro segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323, tipificó con precisión el delito de desaparición forzada de personas. Este capítulo fue posteriormente derogado mediante el Decreto Ley N° 25474, promulgado el 6 de mayo de 1992. La figura típica de desaparición forzada de persona fue reintroducida mediante el Decreto Ley N° 25592, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley N° 26926, del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la humanidad.
22. Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], este Tribunal señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la *lex previa* derivada del principio de legalidad penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.
23. La desaparición forzada de personas es un delito pluriofensivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.
24. En efecto, la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los

mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos.

25. Ahora bien, cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa solo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad. Al respecto, el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos. Tal como lo expresa la juez del Segundo Juzgado Penal Especial en el auto apertorio de instrucción del proceso signado con el número 01-2003, la organización de la desaparición de los campesinos del Santa hubiera sido imposible sin la consecución de recursos logísticos significativos, razón por la cual han sido considerados como responsables los altos mandos a cargo de las labores de inteligencia de esos años, incluyendo el procesamiento del ex presidente de la República.
26. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado”.
27. Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la Resolución N° 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4: “Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994.OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.).

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a la tutela judicial

28. La determinación de plazo máximo de la detención en el caso deberá realizarse de conformidad con el derecho a la razonabilidad del plazo de la detención. Asimismo,

como ya lo ha señalado este tribunal, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. [Expediente N° 2915-2004-HC/TC].

29. Asimismo, la determinación del plazo razonable de la detención no puede dejar de tomar en cuenta la especial obligación estatal de investigar y sancionar los hechos denunciados, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, a fin de no convalidar estrategias de impunidad respecto a graves crímenes y violaciones a los derechos humanos.
30. Es necesario tomar en cuenta que cada uno de los procesos abiertos contra el recurrente reviste complejidad, dado el número de procesados y de víctimas, por lo que el plazo de detención en cada uno de ellos por separado, de conformidad con lo señalado en el artículo 137 del Código Procesal Penal, es el máximo previsto en la ley.
31. De otro lado, las normas procesales, entre las que se encuentra la que señala el plazo límite de la detención sin sentencia, no solo implican una garantía para el imputado, sino que constituyen también un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la forma y modo en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso. Si existe peligro procesal, requisito indispensable para imponer una medida de detención, el órgano jurisdiccional deberá llevar a término el proceso antes de que dicho plazo límite haya vencido, a fin de no poner en peligro el éxito del proceso. Caso contrario, se verá obligado a revocar el mandato de detención que pesa sobre el imputado, y en caso subsista el peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, ello podrá en peligro la culminación del proceso y, con ello, la especial obligación de esclarecimiento que este tipo de crímenes conlleva.
32. Por lo tanto, este Tribunal considera que la acumulación de procesos decretada no puede tener como consecuencia que, para efectos de contabilizar el cumplimiento del plazo máximo de la detención, se tome en cuenta únicamente el mandato de detención dictado en el proceso más antiguo, sino más bien que deben ser tomados en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se siguen en su contra.
33. Es necesario recalcar que, tal como ya lo señaló este Tribunal [Expediente N° 2915-2004-HC/TC], una vez vencido el plazo máximo de la detención, este podrá ser prolongado en caso la demora en el proceso sea atribuible al imputado, a través de una defensa obstruccionista, atentatoria de la celeridad y éxito judicial.
34. De conformidad con el artículo VI *in fine* del Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos 13, 17, 31, 32 y 38, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la acción de hábeas corpus de autos.
2. Declarar que los fundamentos jurídicos N°s 13, 17, 27 y 32, son de observancia obligatoria para todos los operadores jurídicos

Publíquese y notifíquese.

BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA

CASO: MIGUEL CORNELIO SÁNCHEZ CALDERÓN

Criterios para determinar la razonabilidad de la detención judicial

- 1.- **Exp.** : N° 3771-2004-PHC/TC
- 2.- **Demandante** : Miguel Cornelio Sánchez Calderón
- 3.- **Procedencia** : Piura
- 4.- **Precedente vinculante** : Fundamentos jurídicos 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26

5.- Antecedentes:

Con fecha 27 de setiembre de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta que fue detenido por la Policía Nacional el 1 de junio de 1995, posteriormente procesado por la comisión del delito de terrorismo y condenado a la pena de cadena perpetua. Agrega que dicho proceso fue anulado, lo mismo que la sentencia, y que se le instauró un nuevo proceso con mandato de detención, cumpliendo hasta la fecha más de 111 meses de reclusión en el Establecimiento Penal de Río Seco de Piura, habiendo transcurrido en exceso el plazo máximo de detención que establece el artículo 137 del Código Procesal Penal, sin haberse expedido sentencia en primera instancia, por lo que la privación judicial de su libertad ha devenido en arbitraria e inconstitucional.

Realizada la investigación sumaria, el juez investigador toma la declaración del accionante, quien se ratifica en los términos de la demanda. Por su parte, Luis Alberto Cevallos Vega, vocal de la Sala Penal demandada, rinde su declaración explicativa manifestando que un anterior juzgamiento del demandante fue declarado nulo en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional, pero que se le abrió un nuevo proceso penal con mandato de detención con fecha 16 de mayo de 2003, conforme al Decreto Legislativo N° 922, añadiendo que a partir de dicha fecha corre el plazo de detención de 36 meses establecido para los delitos de terrorismo, el mismo que aún no ha vencido.

El Octavo Juzgado Penal de los Módulos Penales de Piura, con fecha 1 de octubre de 2004, declara infundada la demanda, por estimar que, de conformidad con el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 922, el plazo máximo para aplicar el artículo 137 del Código Procesal Penal se cuenta a partir del auto de apertura de instrucción, que, en el caso de autos, es el 16 de mayo de 2003, siendo el plazo máximo de detención para el delito de terrorismo de 36 meses, el mismo que no ha transcurrido en exceso en el caso del accionante.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§ 1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se ordene la inmediata excarcelación del accionante por haber cumplido más de 111 meses de detención judicial, sobrepasando

en exceso el plazo máximo de prisión preventiva previsto en el artículo 137 del Código Procesal Penal (CPP), sin haberse dictado sentencia en primera instancia.

§ 2. Sobre la aplicación del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237)

2. Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus.
3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que “las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.
4. Es necesario precisar que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto.
5. Evaluando el presente caso de acuerdo con lo que establece el Código Procesal Constitucional, se advierte que a la demanda no se le imponen requisitos de procedibilidad que afecten el derecho a la tutela jurisdiccional del accionante, por lo que la aplicación de este corpus normativo resulta adecuada.

§ 3. El derecho a la de presunción de inocencia y el plazo razonable de la prisión preventiva

6. Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de meritar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.
7. Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables.
8. El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra *Lex Superior*; se trata de un derecho,

propriadamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2, 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona.

9. La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.
10. Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9,3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte, el artículo 7,5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de “[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.
11. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

§ 4. Sistemas de limitación temporal de la prisión preventiva

12. Como respuesta al problema de duración de la prisión preventiva, coexisten en el derecho comparado dos sistemas: un sistema de limitación temporal de la prisión preventiva en términos de exigir la razonabilidad del periodo de vigencia, pero sin prever plazos máximos, y otro sistema, en el que se fijan unos plazos máximos de duración de la prisión provisional.
13. Este segundo sistema es el adoptado por nuestro ordenamiento jurídico penal. Al respecto, si bien el artículo 2, 24, h, ha previsto plazos constitucionales aplicables solo a la detención preliminar –la misma que opera en sede extrajudicial–, ello no es óbice para afirmar que de una interpretación sistemática del artículo 2, 24, b, que establece: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en lo casos previstos por la ley”, se pueda admitir la concesión de una norma permisiva al legislador para que estipule plazos efectivos de duración, lo cual ha sido precisado en el artículo 137 del Código Procesal Penal.
14. Nuestro sistema normativo penal, entonces, dispone de una regulación que sirve de parámetro para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que se haya ordenado la medida.
15. Esta postura normativa coincide con lo reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que: “La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente,

un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal” (Informe N° 12/96, párrafo 70).

16. En líneas generales, dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, dicha regulación es vista como “una muestra inequívoca de buena voluntad” por parte de los Estados, al autovincularse a parámetros previamente establecidos (Informe N° 2/97, párrafo 56).
17. Tal situación se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 137 del Código Procesal Penal que regula el plazo máximo de la detención judicial, que en lo establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal.

§ 5. Criterios para valorar la razonabilidad de la duración de la detención judicial

18. Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es per se razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato.
19. En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de **plazo razonable**, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N° 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculcados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculcado se encuentre en condición de detenido y, por otra, la propia

actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada **defensa obstruccionista** (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

§ 6. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

20. Es necesario precisar que una de las formas en que opera la libertad procesal –que es un derecho del encausado de obtener la aplicación de una medida cautelar menos gravosa que la detención preventiva–, es al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal, y cuando el procesado no hubiese ejercido una defensa que afecte el principio de celeridad judicial, y que tampoco se hubiese dictado sentencia en primera instancia, de ahí que la doctrina y la jurisprudencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria.
21. En otras palabras, los presupuestos materiales que configurarían la libertad procesal serían los siguientes: a) vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva; b) inexistencia de una sentencia en primera instancia; c) conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa que entorpezca y atente contra la celeridad judicial.
22. La libertad procesal supone la existencia previa de negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal. En consecuencia, la vulneración del plazo razonable para sentenciar es atribuible exclusivamente al juzgador.
23. Las particularidades de la presente causa permiten afirmar que la reclamación del demandante no se condice con las consideraciones antes señaladas, por lo siguiente: **a)** el accionante fue juzgado por el delito de traición a la patria, regulado por el Decreto Ley N° 25659, y ante tribunales militares, proceso que fue declarado nulo al hallarse comprendido en los alcances de la STC Exp. N° 010-2002-AI/TC; **b)** en dicha sentencia, este Tribunal declaró inconstitucional el delito de traición a la patria, definido y regulado por el Decreto Ley N° 25659, así como la autorización que otorga para que el juzgamiento correspondiente se ventile en el fuero militar. Sin embargo, en la misma sentencia (fundamentos 229-230) se dispuso que la eventual realización de nuevos juicios para los procesados por el delito de traición a la patria debería efectuarse conforme a las normas que dictara el Congreso de la República, en un plazo razonable; **c)** el Congreso de la República promulgó el Decreto Legislativo N° 922, que, de acuerdo con la STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y, además, establece normas sobre el proceso penal aplicable; **d)** el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 922 prevé, en cuanto al plazo límite de la detención a efectos del artículo 137 del Código Procesal Penal, que este se cuenta a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso; **e)** al accionante se le abrió nuevo proceso penal, con mandato de detención, por auto de fecha 16 de mayo de

2003, por la presunta comisión del delito de terrorismo, por lo que dada la naturaleza del citado delito y a que este se sustancia en la vía de procedimiento ordinario, el plazo máximo de detención es de 36 meses, el cual no ha sido sobrepasado.

24. En consecuencia, no resulta acreditada la reclamación de excarcelación por exceso de detención, pretensión que, en todo caso, queda supeditada a los medios procesales que la ley prevé y que puedan ser articulados en el nuevo proceso penal, por lo que la presente demanda debe ser desestimada.
25. Ahora bien, considerando que el caso *sub examine* plantea el problema de la razonabilidad del plazo de la detención preventiva, precisamente, por ello, su duración se encuentra en función de la duración del proceso penal principal, cuyo objeto tiende a asegurar.
26. No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de Derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

§ 7. Las dilaciones indebidas como praxis punible cometida por los órganos del Poder Judicial

27. Esta mala praxis judicial debe ser totalmente erradicada, por cuanto genera un injustificable retardo en la administración de justicia que no está en consonancia con la misión que le está confiada al Poder Judicial, la misma que no se agota en el aseguramiento de la legalidad formal, sino que la trasciende en tanto se afina en la observancia de los principios inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, siendo uno de ellos –contrario a la inaceptable morosidad judicial– que la decisión final sea dictada en tiempo útil y razonable.
28. Frente a la endémica morosidad que caracteriza a buena parte de los jueces y superiores tribunales de justicia nacionales y el abuso de jurisdicción que ello podría suponer, no se puede seguir apelando al consabido sentido de responsabilidad de los magistrados del Poder Judicial, sino que deben ser pasibles de la responsabilidad penal que les corresponda, por sus conductas jurisdiccionales inadecuadas que propician el retardo judicial.
29. Por ello, tratándose de dilaciones indebidas que inciden sobre el derecho a la libertad, es exigible un especial celo a todo juez encargado de un proceso en el que

se encuentra inmerso un preso preventivo, pues la libertad es un valor constitucional informador de todo el ordenamiento jurídico. De otro modo, y por aplicación del artículo 2, 24, de la Constitución, procedería acordar la puesta en libertad.

30. Si bien puede sostenerse que la excesiva sobrecarga que padecen la mayoría de los tribunales, no solo el Constitucional sino también los de otras latitudes, puede excusar la mora en las decisiones judiciales, máxime si se presenta un desbordante flujo de recursos razonablemente imposibles de atender, esta justificación es inaceptable si el órgano judicial no observa una conducta diligente y apropiada para hacer justicia, siendo uno de sus aspectos cardinales la expedición oportuna de las resoluciones decisorias.
31. Por ello, es deplorable que en los casos de crímenes no convencionales los agentes detenidos por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, violaciones de derechos humanos, corrupción de funcionarios, en vista de que los órganos judiciales competentes no han sentenciado antes de vencido el plazo máximo de detención previsto por la ley (Código Procesal Penal: artículo 137), resultan favorecidos en virtud de ello, lo que permite en numerosos casos, la excarcelación inmediata de prontos enemigos públicos de la sociedad, situación que, además, implica riesgo de fuga.
32. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que el hecho de no dictaminar o sentenciar, intencionalmente, dentro de los plazos legales establecidos, con las consecuencias que ello conlleva y que ha puesto en tela de juicio la capacidad punitiva del Estado, merece sanción penal, la que deberá ser determinada por el legislador en el marco del Código Penal.
33. De conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”.
34. En aplicación de la citada norma, son vinculantes para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26.

Por los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la acción de hábeas corpus.
2. Exhorta al Congreso de la República a que, dentro de un plazo razonable, dicte la legislación correspondiente a fin de penalizar la conducta de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial que incumplan con dictaminar o sentenciar en los plazos previstos por la ley de la materia.

Publíquese y notifíquese.

ALVA ORLANDINI; GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI

CASO: ENRIQUE JOSÉ BENAVIDES MORALES

Conducta obstruccionista por parte del imputado

- 1.- **Exp.** : N° 1257-2005-PHC/TC
- 2.- **Demandante** : Enrique José Benavides Morales
- 3.- **Procedencia** : Lima
- 4.- **Precedente vinculante** : Fundamento jurídico 1
- 5.- **Antecedentes:**

Con fecha 30 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Enrique José Benavides Morales, alegando que el proceso de extradición que se sigue en su contra vulnera sus derechos de defensa y al debido proceso. Manifiesta que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró, con fecha 9 de diciembre de 2003, procedente la extradición sin cumplir con notificar a su abogado defensor de la vista de la causa, a pesar de haberse apersonado a instancia. Señala además que el beneficiario tampoco fue notificado para vista de causa alguna por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, la que mediante resolución de fecha 17 de febrero de 2004 integró la resolución antes mencionada.

Realizada la investigación sumaria, se tomó la declaración de los vocales de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Gonzales Campos, Valdez Roca, Cabanillas Zaldívar y Vega Vega, quienes uniformemente afirman que la causa se ha resuelto dentro de los límites y formalidades que señalan las normas procesales, constitucionales y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de junio de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que el cuestionado es un proceso penal regular.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que el demandante debió plantear el cuestionamiento que es materia del hábeas corpus en el del proceso de extradición.

FUNDAMENTOS

1. Antes de determinar si la pretensión resulta fundada, este Colegiado considera pertinente hacer notar, como ya lo señaló anteriormente [STC Exp. N° 3966-3004-HC/TC], que la extradición “(...) es un instituto jurídico que viabiliza la remisión de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada”. Los Estados recurren a tales procedimientos en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo. El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N° 2915-2004-HC/TC.

2. En cuanto al asunto de fondo, el demandante alega que la presente extradición se tramitó vulnerándose su derecho de defensa, ya que no fue notificado para la vista de causa que concluyó con la expedición de la resolución de fecha 9 de diciembre de 2003, que declaró procedente su extradición de Alemania.
3. Es preciso indicar que la extradición del accionante ya ha sido anteriormente cuestionada mediante hábeas corpus, alegándose, al igual que el presente proceso, afectación del debido proceso y del derecho de defensa. En tales casos, este Tribunal ya ha declarado infundada la pretensión [Exps. N°s 3966-2004-HC/TC y 3001-2004-HC/TC], señalándose, además, expresamente, que no se omitió notificar a la defensa del accionante: “(...) con fecha 16 de octubre de 2003, se apersonó su hermano Óscar Emilio Benavides Morales, ostentando poder especial dado por el accionante, designando como defensor al letrado que autoriza y señalando un domicilio procesal al cual se le enviaron las notificaciones del proceso, tal como consta en autos” [Exp. N° 3001-2004-HC/TC].
4. La precisión hecha en el fundamento jurídico N° 1 de esta sentencia sobre la conducta obstruccionista del proceso por parte del inculpado constituye precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADO** el hábeas corpus de autos.

ALVA ORLANDINI; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO

CASO: EVA ROSARIO VALENCIA GUTIÉRREZ

Duplicación del plazo de duración de la detención

- 1.- **Exp.** : N° 2496-2005-PHC/TC
- 2.- **Demandante** : Eva Rosario Valencia Gutiérrez
- 3.- **Procedencia** : Lima
- 4.- **Precedente vinculante** : Fundamentos jurídicos 3, 5, 7, 8, 12 y 13
- 5.- **Antecedentes:**

Con fecha 30 de setiembre de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Sala Nacional de Terrorismo, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta encontrarse reclusa desde el 14 de mayo de 1993, habiendo sido procesada por el supuesto delito de terrorismo en agravio del Estado; que fue condenada por jueces “sin rostro” a 30 años de pena privativa de libertad, proceso que fue anulado al declararse la inconstitucionalidad de los dispositivos legales aplicados, ordenándose la tramitación de un nuevo proceso. Agrega que se han vulnerado sus derechos constitucionales, dado que hasta la fecha no se ha resuelto su situación jurídica, pese a haber transcurrido más de 10 años de reclusión, periodo que excede el máximo del plazo establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal, por lo que al no existir mandato judicial que ordene su detención esta ha devenido en arbitraria.

Realizada la investigación sumaria, la accionante se ratifica en los términos de su demanda. Por su parte, el Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo, señor Pablo Talavera Elguera, sostiene que no existe detención arbitraria, que en aplicación del Decreto Ley N° 926, la Sala Penal que integra, declaró la nulidad de los actuados y la insubsistencia de la acusación fiscal por encontrarse tramitados por magistrados de identidad secreta. Asimismo, alega que por disposición del decreto citado, el término de detención se computa desde la fecha de expedición de la resolución que declara la anulación, y que, tratándose de procesos de terrorismo, como el seguido contra el demandante, el plazo máximo de detención es de 36 meses.

El Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, con fecha 10 de setiembre de 2004, se apersona al proceso, solicitando se declare improcedente la demanda por tratarse de un proceso regular, ante el cual el hábeas corpus no puede ser eficaz.

El Cuadragésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de setiembre de 2004, declara improcedente la demanda, por considerar que no se acredita el alegado exceso de detención, puesto que, encontrándose el actor sujeto a instrucción por el delito de terrorismo, el cómputo del plazo de detención establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal se inicia a partir de la resolución que declara la anulación.

La recurrida, confirmó la apelada por fundamentos similares.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se ordene la inmediata libertad del demandante. Se alega que no se dictó auto de apertura de instrucción y que el plazo límite de detención preventiva, establecido por el artículo 137 del Código Procesal Penal, ha fenecido.
2. El accionante sostiene que en su caso se ha producido una doble afectación constitucional:
 - a) detención arbitraria al haberse ejecutado sin mandato judicial, y
 - b) vulneración de las garantías del debido proceso con transgresión del principio de legalidad procesal (duración ilimitada de su detención y aplicación de dispositivos procesales penales que no estuvieron vigentes al momento de su detención).
3. En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha sostenido que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso. En el presente caso, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad de los actos judiciales considerados lesivos.

§. Materia sujeta a análisis constitucional

4. A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado debe llegar a determinar:
 - a) Si se ha lesionado el derecho que tiene el recurrente al ejercicio pleno de las facultades que sobre la impartición de justicia, consagra la Constitución Política del Perú.
 - b) Si por el tiempo transcurrido en detención preventiva se ha terminado afectando la libertad personal del demandante.

§. De los límites a la libertad personal

5. Conforme a lo enunciado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal es no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales.

6. El caso de autos se encuentra comprendido en el primer tipo de límites. En efecto, conforme al artículo 2, inciso 24, literal b), de la Constitución, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Por tanto, para esclarecer la controversia, debe establecerse si el periodo

de detención preventiva que cumple el demandante constituye una restricción del derecho a la libertad previsto en la ley y la Constitución.

§. De la detención preventiva

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

§. La legislación penal en materia antiterrorista

9. El Decreto Legislativo N° 926, que norma la nulidad de los procesos por delito de terrorismo seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta, dispone, en su Primera Disposición Final y Complementaria, que el plazo límite de detención conforme al artículo 137 del Código Procesal Penal, en los procesos en que se aplique tal norma, se computará desde la **fecha de expedición de la resolución que declare la anulación.**

De otro lado, en su artículo 4 precisa que la anulación no tendrá como efecto la libertad de los imputados ni la suspensión de las requisitorias existentes.

10. En tal sentido de autos se advierte que el recurrente fue procesado y condenado por el delito contra la tranquilidad pública en la modalidad de terrorismo, juzgamiento que estuvo a cargo de jueces “sin rostro”; que al expedir este Tribunal la STC Exp. N° 10-2003-AI, dicho proceso se anuló; conforme se acredita con la resolución expedida por la Sala Nacional de Terrorismo, que dispone declarar **nula** la sentencia, **nula** la Ejecutoria Suprema e **insubsistente** el Dictamen Fiscal Superior.

De lo cual se colige que la nulidad declarada alcanza a los actos procesales mencionados, quedando subsistentes y surtiendo plenos efectos jurídicos los actos procesales precedentes; en consecuencia, el auto que dispone la apertura de instrucción contra el demandante sigue vigente.

11. Por consiguiente, el accionante se encuentra detenido por mandamiento escrito y motivado del juez, contenido en el auto que apertura la instrucción que se tramita en su contra.
12. Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales

rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra **vigente** al momento de resolverse.

13. Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1 de la Ley N° 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses; que se **duplicará** en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.
14. En tal sentido de las copias certificadas que obran en autos, consta que la resolución que declara la anulación del proceso fue expedida el 16 de mayo de 2003, fecha en la cual se inicia el cómputo del plazo al que se refiere el artículo 137 del Código Procesal Penal, el mismo que tratándose de un proceso por el delito de terrorismo, es de 36 meses, los que a la fecha no han transcurrido, por consiguiente, a la fecha aún no ha vencido tal plazo. En consecuencia, al no acreditarse la vulneración constitucional que sustenta la demanda resulta de aplicación el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 a contrario sensu.
15. De conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”.
16. En aplicación de la citada norma, son vinculantes para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos 3, 5, 7, 8, 12, y 13.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; LANDA ARROYO

CASO: ALÍ GUILLERMO RUIZ DIANDERAS

Alcances sobre la duración de la detención policial

- 1.- **Exp.** : N° 6423-2007 -PHC/TC
- 2.- **Demandante** : Alí Guillermo Ruiz Dianderas
- 3.- **Procedencia** : Puno
- 4.- **Precedente vinculante** : **Fundamento jurídico 12**
- 5.- **Antecedentes:**

Con fecha 30 de octubre de 2007 don Emmer Guillermo Ruiz Dianderas, interpone demanda de hábeas corpus, a favor de don Alí Guillermo Ruiz Dianderas, y la dirige contra el jefe de la Policía Judicial de Puno, Capitán PNP Oswaldo F. Venturo López, alegando la vulneración de su derecho constitucional a la libertad personal.

Refiere que, con fecha 26 de setiembre de 2007, a horas 1:00 p.m., el favorecido ha sido detenido por la Policía Nacional en la ciudad de Desaguadero (Puno), siendo trasladado y puesto a disposición del Capitán PNP emplazado en el mismo día, a horas 10:00 p.m.; para luego ser conducido a la carceleta judicial. Agrega que dicha detención es arbitraria, ya que ha transcurrido más de 4 días, y no se le pone a disposición judicial, por lo que solicita la inmediata libertad.

Realizada la diligencia judicial el 30 de setiembre de 2007, a horas 4:30 p.m., el juez del hábeas corpus constata que el beneficiario efectivamente ha sido detenido el 26 de setiembre de 2007, a horas 1:00 p.m., por encontrarse vigente en su contra una orden de captura (requisitoria), por el delito de falsificación de documentos y otro, dispuesta por el Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima (Exp. N° 2000-027); y ante la pregunta del juez sobre los motivos por los cuales el favorecido a la fecha no ha sido trasladado a la ciudad de Lima, el efectivo policial emplazado respondió que “no ha sido trasladado oportunamente por no contar con los viáticos respectivos, y a solicitud del requisitoriado quien no quería pasar detenido a la carceleta de Lima” (sic), precisando que ha realizado las gestiones para la obtención de los viáticos, pero que no le han sido alcanzados. Ante ello, el juez constitucional ordenó que el beneficiario sea puesto a disposición del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima en el término de la distancia.

Posteriormente, el recurrente, mediante escrito de fecha 3 de octubre de 2007 (fojas 30), señala que el Capitán PNP emplazado no ha dado oportuno cumplimiento a lo ordenado por el juez constitucional, ya que el favorecido Alí Guillermo Ruiz Dianderas permaneció detenido hasta el 2 de octubre de 2007, esto es, por seis (6) días consecutivos, lo cual, constituye una detención por demás arbitraria e inconstitucional.

El Primer Juzgado Penal de Puno, con fecha 30 de setiembre de 2007, declaró improcedente la demanda por considerar que no se ha afectado el derecho a la libertad personal del beneficiario, pues si bien se ha verificado la detención por más de 24 horas, aquella obedece a hechos ajenos a la Policía Judicial en razón de que no se proporcionaron los viáticos para el traslado respectivo.

La Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Puno, con fecha 30 de octubre de 2007, confirmó la apelada, por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda de hábeas corpus es que este Tribunal disponga la puesta inmediata del beneficiario a disposición del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, por cuanto, según refiere el accionante, el favorecido se encuentra detenido más de 24 horas, sin haber sido puesto a disposición del juez competente, lo que constituye una vulneración del derecho a la libertad individual y, concretamente, al derecho a la libertad personal.

Considerando el contenido y la naturaleza de la pretensión formulada, se advierte que en el caso constitucional de autos estamos frente al modelo típico del “hábeas corpus traslativo”, por lo que resulta conveniente señalar la cobertura constitucional y jurisprudencial de este tipo de hábeas corpus.

Hábeas corpus traslativo

2. En línea de principio, debemos precisar que mediante esta modalidad de hábeas corpus cabe denunciar no solo la mora judicial en la determinación de la situación personal del detenido, procesado o condenado, sino también cualquier tipo de mora, sea esta administrativa (policial, penitenciaria, etc.) o de otra naturaleza, siempre, claro está, que con dicho estado de cosas se prolongue en el tiempo y de manera injustificada la privación del derecho a la libertad personal del individuo.
3. El hábeas corpus traslativo precisamente se diferencia del hábeas corpus clásico o principal en que este último tiene lugar en todos aquellos supuestos de detención arbitraria donde exista ausencia o insuficiencia del presupuesto material habilitante (mandato judicial motivado o flagrancia delictiva), mientras que aquel tiene lugar en todos aquellos casos en que habiendo tenido inicialmente el fundamento habilitante, es seguida de una mora judicial o administrativa que de manera injustificada mantiene privada de la libertad a una persona. Así este tipo de hábeas corpus procede, entre otros, en los siguientes supuestos:
 - Por vulneración del derecho a ser puesto a disposición del juez competente dentro del plazo estrictamente necesario o dentro del plazo establecido por la Constitución o la ley;
 - Por afectación del derecho al plazo razonable de la detención judicial preventiva,
 - Por vulneración del derecho a la libertad personal del condenado que ha cumplido la pena.

El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo establecido (plazo máximo de la detención)

4. La Constitución en su artículo 2, inciso 24, literal f, establece que: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”.

“El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia”. A su vez, el Código Procesal Constitucional en su artículo 25, inciso 7, señala que el hábeas corpus también protege: “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 juez que corresponda (...)”.

Así, la puesta del detenido a disposición judicial dentro del plazo establecido, no es otra cosa que una garantía de temporalidad de la detención, cuya finalidad es precisamente que el juez competente determine si procede la detención judicial respectiva, o si, por el contrario, procede la libertad de la persona.

5. En efecto, dentro del conjunto de garantías que asiste a toda persona detenida, uno de ellos, no menos importante que los demás, es el de ser puesto a disposición del juez competente dentro del plazo que la Constitución señala, esto es, dentro del plazo de 24 horas o en el término de la distancia cuando corresponda (plazo máximo de la detención). La inobservancia de estos plazos da lugar a que el afectado en su derecho a la libertad personal legítimamente acuda a la justicia constitucional a efectos de solicitar la tutela de su derecho vulnerado. Y es que, como es evidente, el radio de cobertura constitucional del proceso de hábeas corpus no solo alcanza a los supuestos de detención arbitraria por ausencia o insuficiencia del presupuesto material habilitante (mandato judicial motivado o flagrancia delictiva), sino también a aquellas detenciones que, ajustándose originariamente a la Constitución, se mantienen o se prolongan de manera injustificada en el tiempo. Un ejemplo de ello es la detención producida por un plazo superior al plazo máximo establecido en la norma constitucional, sin poner al detenido a disposición del juez competente.
6. Bajo este marco de consideraciones, queda claro que toda persona detenida debe ser puesta a disposición del juez competente dentro del plazo máximo establecido, y es que, si vencido dicho plazo la persona detenida no hubiera sido puesta a disposición judicial, aquella detención simplemente se convierte en ilegítima. En efecto, por la obviedad del hecho, toda detención que exceda del plazo máximo automáticamente se convierte en inconstitucional, y la autoridad, funcionario o cualquier persona que hubiere incurrido en ella, se encuentra sujeta a las responsabilidades que señala la ley.

El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario (límite máximo de la detención)

7. El plazo de detención que establece la Constitución es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues

existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que el hecho de que la detención no traspase el plazo preestablecido; ese dato per se no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, en razón de que esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario. Ahora, si bien la Constitución no alude a un plazo estrictamente necesario, y si establece un plazo máximo de duración de la detención, este último por sí solo no resulta suficiente para verificar si se ha respetado o no los márgenes de constitucionalidad de dicha detención, pues pueden presentarse situaciones en que, pese a no haberse superado el plazo máximo, sí se ha sobrepasado el límite máximo para realizar determinadas actuaciones o diligencias. No cabe duda que, en este último caso, estamos frente a la afectación del derecho fundamental a la libertad personal, en la medida en que la detención tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario.

8. En la misma línea, cabe precisar que el plazo que la Constitución establece para la detención es solamente un límite del límite temporal prescrito con carácter general, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo, el plazo estrictamente necesario. Así lo ha expuesto el Tribunal Constitucional español en la STC 86/1996, por lo que el límite máximo de privación de la libertad ha de ser ostensiblemente inferior al plazo máximo, pero no puede ni debe sobrepasarlo. Ahora bien, como es evidente, el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para realizar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros.

A mayor abundamiento, el plazo establecido actúa solamente como un plazo máximo y de carácter absoluto, pero no impide que puedan calificarse como arbitrarias aquellas privaciones de la libertad que, aún sin rebasar dicho plazo, sobrepasan el plazo estrictamente necesario o límite máximo para realizar determinadas actuaciones o diligencias. En tales casos, opera una restricción a la libertad personal que la norma constitucional no permite. Un claro ejemplo de ello es la prolongación injustificada de la privación de la libertad personal en aquellos casos en que se requiere solamente de actuaciones de mero trámite, o que las diligencias ya han culminado, o que de manera injustificada no se han realizado en su debida oportunidad, esperando efectuarlas *ad portas* de vencerse o incluso ya vencido el plazo preestablecido.

9. Sobre esta base, este Tribunal Constitucional puntualiza que la observancia de la detención por un plazo estrictamente necesario no es una mera recomendación, sino un mandato cuyo incumplimiento tiene enorme trascendencia al incidir en la libertad personal que es presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. Y es que, no cabe duda, resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal, sea que ha transcurrido el plazo establecido para la detención, o porque, estando dentro de dicho plazo, ha rebasado el plazo estrictamente necesario. En suma, toda detención que supere el plazo estrictamente necesario, o el plazo preestablecido, queda privada de fundamento constitucional. En ambos casos,

la consecuencia será la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente.

Control del plazo máximo de la detención y el límite máximo de la detención

10. Según nuestro texto constitucional, el plazo máximo de detención es de 24 horas o en el término de la distancia. Si se trata de casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, dicho plazo es de 15 días. Y en cualquiera de los casos, el límite máximo de la detención será el que resulte estrictamente necesario para realizar las actuaciones o diligencias, es decir, será establecido en cada caso concreto, según los parámetros señalados *supra*. En ese sentido, este Colegiado considera que los parámetros antes mencionados no solo deben ser aplicados a los supuestos de detención policial propiamente dicha, sino también en lo que fuese pertinente a cualquier forma de privación de la libertad personal que se encuentre regulada por el ordenamiento jurídico.
11. Ahora bien, cierto es que las personas habilitadas para proceder a la detención tienen también la obligación constitucional de respetar los derechos fundamentales de la persona, y, por tanto, la de observar estrictamente los plazos de la detención (límite máximo y plazo máximo); sin embargo, ello no siempre ocurre en el mundo de los hechos; de ahí que sea necesario que se efectúe un control de los plazos tanto concurrente como posterior por la autoridad competente, dejándose constancia del mismo, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control del plazo de la detención debe ser efectuado tanto por el representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, a luz de los parámetros antes señalados.

Reglas vinculantes para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario o dentro del plazo máximo de la detención

12. Sentado lo anterior, resulta necesario establecer las reglas sustantivas y procesales para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro de los plazos señalados *supra*. Estas reglas deben ser interpretadas en la perspectiva de optimizar una mejor protección del derecho a la libertad personal, en la medida que no solo es un derecho fundamental reconocido, sino que además es un valor superior del ordenamiento jurídico y presupuesto de otros derechos fundamentales.
 - a) **Regla sustancial:** El plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, aún si la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato per se no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario (**límite máximo de la detención**). Como es evidente, el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias

necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros.

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

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

El Registro Nacional de Requisitorias y el traslado de las personas detenidas por requisitoria

13. El Registro Nacional de Requisitorias es un servicio judicial. Se trata de un sistema automatizado (de aplicación informática) que proporciona información actualizada y oportuna de las requisitorias de quienes se encuentran sometidos a proceso judicial. Su funcionamiento está a cargo de la oficina correspondiente del Poder Judicial. El Registro Nacional de Requisitorias tiene su sede en la ciudad de Lima y cuenta con Registros Distritales de Requisitorias en las Cortes Superiores de Justicia de la República.
14. Según el Reglamento del Registro Nacional de Requisitorias, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 029-2006-CE-PJ, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2006, se entiende como información registrable en el Registro de Requisitorias las medidas restrictivas de la libertad **orden de captura y/o mandato de detención** y las medidas restrictivas de la libertad de tránsito **impedimento de salida del país**. Asimismo, constituyen información registrable la renovación, levantamiento o suspensión de las medidas antes mencionadas.
15. La Directiva N° 009-2003-GG-PJ Normas y Procedimientos para el traslado de personas requisitorizadas por orden judicial, aprobada mediante la Resolución Administrativa N° 155-2003-CE-PJ (**norma vigente cuando ocurrieron los hechos**

que motivaron la presente demanda), en su Disposición General VI.5 señala que: “**La Gerencia de Administración y Finanzas de la Gerencia General del Poder Judicial, a través de la Sub-Gerencia de Contabilidad se encargará de otorgar una asignación económica a efecto de brindar apoyo a la labor de la Policía Nacional del Perú**, para el traslado del detenido desde el lugar de la captura hasta el órgano jurisdiccional requirente. En los diversos distritos judiciales, a excepción del Distrito Judicial de Lima, la mencionada asignación económica será entregada a la Policía Judicial de la jurisdicción por intermedio de los Administradores del Distrito Judicial respectivo (...)”.

16. De lo expuesto, se colige que es la administración de cada Corte Superior de Justicia del país, excepto Lima, quien tiene la responsabilidad de la asignación económica para el traslado de la persona detenida-requisitoria hasta el órgano jurisdiccional requirente; que por lo demás, esta asignación económica se encuentra debidamente aprobada por la Gerencia General del Poder Judicial. A esta conclusión, se puede arribar de la lectura de la Disposición General VI.6 de la directiva antes mencionada, que señala “El Gerente General a través de Resolución expedida por su despacho aprobará anualmente el otorgamiento de la asignación económica a la División de Requisitorias de la Policía Nacional del Perú”.

Análisis de la controversia constitucional

17. Del análisis de lo expuesto en la demanda, así como de la instrumental que corre en estos autos, se advierte que el favorecido Alí Guillermo Ruiz Dianderas fue detenido el día miércoles 26 de setiembre de 2007, a horas 1:00 p.m. en la PCFM-RQ-Desaguadero perteneciente a la Sección Policial de Apoyo al Poder Judicial de Puno, por encontrarse vigente en su contra una orden de captura (requisitoria) por el delito de falsificación de documentos y otro, recaída en el Expediente N° 2000-027, dispuesta por el Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima (de fojas 6 a 9). Se advierte también que el beneficiario, el mismo día, a horas 9:45 p.m., fue puesto a disposición del emplazado Capitán PNP Oswaldo F. Ventura López (fojas 5), para luego ser conducido a la carceleta judicial.
18. De igual modo, se advierte que el responsable de Requisitorias de la Corte Superior de Justicia de Puno, don César Arias Figueroa, el día jueves 27 de setiembre de 2007, a horas 11:15 a.m., comunicó al emplazado mediante Oficio N° 1065-2007-RRDR-A-CSJPU/PJ que el favorecido Alí Guillermo Ruiz Dianderas sí registra requisitoria vigente expedida por el órgano jurisdiccional antes mencionado (fojas 10). No obstante ello, se aprecia, que el emplazado recién el día viernes 28 de setiembre de 2007, a horas 7: 50 a.m., esto es, luego de más de 24 horas de la detención, solicita al administrador de la Corte Superior de Justicia de Puno la asignación económica (pasajes y viáticos) para el traslado respectivo hasta el Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima (fojas 13).
19. Interpuesta la demanda el día domingo 30 de setiembre de 2007, en el mismo día, a horas 4:30 p.m. el juez del hábeas corpus realiza la diligencia judicial y constata la detención y permanencia indebida del favorecido en la carceleta judicial por más de cuatro (4) días. Ante la pregunta por parte del juez sobre los motivos por

los cuales el beneficiario hasta la fecha no había sido trasladado a la ciudad de Lima, el Capitán PNP emplazado Oswaldo F. Ventura López respondió que aquel “no ha sido trasladado oportunamente por no contar con los viáticos respectivos, y a solicitud del requisitoriado quien no quería pasar detenido a la carceleta de Lima” (sic), precisando haber solicitado a la administración de la Corte Superior de Justicia de Puno la respectiva asignación económica (pasajes y viáticos), pero que no le ha sido alcanzada. Ante ello, el juez constitucional ordenó al emplazado que el favorecido sea puesto a disposición del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima en el término de la distancia (de fojas 19 a 24).

20. Posteriormente, mediante escrito de fecha 3 de octubre de 2007 (fojas 30), el accionante señala que el emplazado tampoco ha dado cumplimiento a lo ordenado por el juez constitucional, toda vez que el beneficiario indebidamente permaneció detenido hasta el día martes 2 de octubre de 2007, esto es, hasta por seis (6) días, lo que se tiene corroborado con el Oficio N° 7975-2007-DIRINCRI-PNP/DIVRD-DCIN de fecha 2 de octubre de 2002 mediante el cual se pone a disposición del detenido al juzgado requirente (fojas 51, Cuadernillo del Tribunal Constitucional). En tal sentido, no obstante, haber cesado el acto lesivo en el presente caso, este Tribunal considera que, atendiendo a la magnitud del agravio producido (la lesión del derecho a la libertad personal materializada en la inobservancia no solo del plazo estrictamente necesario, sino del plazo máximo de la detención) debe emitirse pronunciamiento sobre el fondo del asunto, conforme lo dispone el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, dando lugar a lo que se ha denominado **hábeas corpus innovativo**.
21. Para ello, prima facie, debe precisarse, que el plazo preestablecido de la detención en el **caso constitucional** de autos, no es el general de 24 horas (un día), sino que debe aplicarse el término de la distancia conforme lo establece el texto constitucional, en razón de que el favorecido ha sido detenido en la ciudad de Desaguadero-Puno, debiendo ser trasladado a la ciudad de Lima. Al respecto, el Cuadro General de Términos de la Distancia, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre de 2000 ha establecido que el término de la distancia de la ciudad de Puno a la ciudad de Lima vía terrestre es de tres (3) días. Por lo tanto, en el presente caso, el plazo preestablecido de la detención (plazo máximo), es de tres (3) días.
22. Así llegado a este punto, se advierte que el beneficiario tras ser detenido el día miércoles 26 de setiembre de 2007, a horas 1:00 p.m., arbitrariamente permaneció en ese estado de hecho hasta el día domingo 30 de setiembre de 2007, a horas 4:30 p.m., en que el juez constitucional ordenó al emplazado que el favorecido sea puesto a disposición del juez competente, esto es, que de manera indebida permaneció detenido más de cuatro (4) días, superando el plazo preestablecido de tres (3) días, evidenciándose así la vulneración del derecho a la libertad personal. Incluso, se advierte que dicho acto lesivo pervivió hasta el día martes 2 de octubre de 2007, pese a existir la orden impartida por el juez constitucional, lo que agrava, aún más, la vulneración del derecho constitucional invocado. Por lo demás, carece de toda relevancia, el hecho de que el propio beneficiario Alí Guillermo Ruiz

Dianderas le haya solicitado al emplazado no ser trasladado al Juzgado Penal de Lima, toda vez que es obligación de la Policía Nacional poner al requisitoriado-detenido a disposición judicial. Y es que se trata de un mandato incondicional e incondicionado, que no admite actuación en contrario, pues, en tal caso, se llegaría al absurdo de que la persona que está detenida sea puesta a disposición del juez competente en el momento que aquella lo considere más apropiado a sus intereses, lo cual es insostenible desde todo punto de vista.

23. Sin embargo, cabe señalar, que no solo se superó el plazo máximo de la detención, sino también el plazo estrictamente necesario de la misma, toda vez que en el presente caso, al tratarse de una requisitoria de orden de captura, no se requería de la realización de diligencias o actuaciones especiales, sino solo confirmar la vigencia de dicha requisitoria, así como solicitar la asignación económica a la administración de la Corte Superior para el traslado. Así pues, en el presente caso, se advierte que el emplazado no realizó tales gestiones el mismo día en que se produjo la detención, esto es, el 26 de setiembre de 2007, sino que de manera indebida las realizó al día siguiente (27 de setiembre de 2007). Más todavía, el emplazado sin expresar causa justificada gestionó la asignación económica ante la administración de la Corte Superior el día viernes 28 de setiembre de 2007 (fojas 13), esto es, dos (2) días después de producida la detención.
24. Que asimismo, la afectación al derecho constitucional invocado, no es imputable únicamente al emplazado Capitán PNP Oswaldo F. Venturo López, sino que alcanza, sobre todo, a la omisión de una correcta actuación por parte de la administración de la Corte Superior de Justicia de Puno, que sin justificación alguna no proporcionó en su debida oportunidad la asignación económica solicitada por el emplazado el 28 de setiembre de 2007, a horas 7: 50 a.m. (fojas 13) para el traslado respectivo del requisitoriado, pese a encontrarse obligada a ello. Así pues, resulta reprobable, que por falta de asignación de recursos económicos no se haya puesto al beneficiario a disposición del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima dentro del plazo estrictamente necesario, incluso ni dentro del plazo máximo. En todo caso, corresponde al Poder Judicial a través de su unidad respectiva, implementar un mecanismo más expeditivo y menos burocrático, a efectos de que no vuelvan a ocurrir hechos como los que se describen en la presente sentencia.

La Directiva N° 011-2008-CE-PJ **Procedimientos para el Traslado de personas requisitorias por orden judicial**, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 202-2008-CE-PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de agosto de 2008 que deroga a la Directiva N° 009-2003-GG-PJ antes citada, tampoco establece las responsabilidades para el responsable de la administración de la Corte Superior encargado de otorgar la asignación económica para el traslado de las personas detenidas-requisitorias por orden judicial.

25. Sobre esta base, la detención arbitraria en el caso bajo examen, se presenta como un dato objetivo, acreditado e incuestionable, vinculado de una u otra forma, a una actuación u omisión, sobre todo, de un poder público; en este caso, de un órgano de la Corte Superior de Justicia de Puno (la administración), con dominio

del hecho que produjo la quiebra del derecho; aunado a ello, la actuación del efectivo policial emplazado. No cabe duda, pues, que estamos frente a la vulneración de un derecho fundamental tanto por el Poder Judicial como por el Poder gubernamental.

26. Por otro lado, este Colegiado considera necesario pronunciarse sobre la actuación del juez constitucional quien pese advertir la privación indebida del favorecido el 30 de setiembre de 2007, así como pese a estar plenamente facultado para ello, ninguna gestión o actuación para que el beneficiario de manera inmediata y efectiva sea puesto a disposición del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima; por el contrario, se limitó a ordenar al policía emplazado para que ponga a disposición judicial en el término de la distancia; que al haber dispuesto esto último, tampoco se preocupó por la efectividad de su mandato, esto es, no efectuó un control posterior, tan es así, que el favorecido permaneció injustificadamente detenido hasta el martes 2 de octubre de 2007. Esta actuación pasiva se hace aún más evidente al declarar la improcedencia de la presente demanda de hábeas corpus, sustentando su sentencia en una supuesta falta de recursos económicos para efectuar el traslado del detenido-requisitoriado pretendiendo convalidar la actuación inconstitucional de los funcionarios de la entidad administrativa judicial. Inconstitucionales son asimismo todas las resoluciones judiciales posteriores que pretenden convalidar tal estado de hechos contrario a la Constitución.
27. Tal como dijimos *supra*, pese haber constatado que la detención había rebasado injustificadamente tanto el plazo estrictamente necesario como el plazo máximo para poner al detenido a disposición judicial, lo que hizo el juez constitucional, con su actuación pasiva, fue mantener o confirmar una situación de privación de la libertad personal contrario a la Constitución, lo que, además, resulta opuesto a la observancia de la doble dimensión de los procesos constitucionales; en este caso del hábeas corpus, como es la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas y la tutela objetiva de la Constitución. Y es que la protección de los derechos fundamentales no solo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión también supone una afectación del propio ordenamiento constitucional. El juez constitucional no solo debe orientar su actuación a la promoción, vigencia y eficacia de los derechos fundamentales de las personas, sino también de la Constitución.
28. Por todo lo dicho, este Colegiado concluye que el detenido-requisitoriado permaneció en las dependencias policiales privado de la libertad no solo más allá del plazo estrictamente necesario, sino más allá del plazo preestablecido, encontrándose a partir de entonces, privado inconstitucionalmente de la libertad personal; por tanto habiéndose vulnerado dicho derecho fundamental, la demanda debe ser estimada. Sobre esta base, este Tribunal considera que debe adoptarse todas las medidas correctivas a efectos de que no se vuelva a incurrir en actuaciones u omisiones similares que motivaron la interposición de esta demanda, bajo apercibimiento de aplicarse el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, en caso de incumplimiento. Asimismo, atendiendo a la magnitud del agravio producido, tal

como se ha señalado *supra*, debe procederse conforme a lo que dispone el artículo 8 del mismo Cuerpo Legal a efectos de individualizar y, en su caso, sancionar a las autoridades y/o funcionarios que resulten responsables de la agresión.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Ordenar al jefe de la Policía Judicial de Puno, Capitán PNP Oswaldo F. Ventura López, así como al administrador de la Corte Superior de Justicia de Puno no volver a incurrir en acciones u omisiones similares a las que motivaron la interposición de la presente demanda, bajo apercibimiento de proceder conforme a lo previsto por el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.
3. Establecer que el fundamento 12 de la presente sentencia constituye **precedente vinculante**, conforme a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, bajo las siguientes reglas normativas:

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

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

- b. **Regla procesal:** El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo de la detención resulta **oponible** frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.). En ese sentido, a efectos de optimizar su tutela, lo que corresponde es que la autoridad

competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos de la detención debe ser efectuado tanto por el Representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios.

4. Remitir copia de la presente sentencia a la Presidencia del Poder Judicial, a la Fiscalía de la Nación y al Ministerio del Interior para que se haga de conocimiento a todos los jueces, fiscales y personal policial de la República.
5. Remitir copia de la presente sentencia al Órgano de Control de la Corte Superior de Justicia de Puno, para los fines pertinentes.
6. Remitir copias certificadas de todo lo actuado al Ministerio Público, para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

VERGARA GOTELLI; MESÍA RAMÍREZ; LANDA ARROYO; BEAUMONT CALLIRGOS;
CALLE HAYEN; ETO CRUZ; ÁLVAREZ MIRANDA

Anexo II

Doctrina jurisprudencial
vinculada con las medidas
cautelares personales emitida
por el Tribunal Constitucional

CASO: FLORENCIO CHÁVEZ ABARCA

La simple cercanía del lugar donde se está realizando el hecho delictivo no es por sí misma un elemento que configure la flagrancia delictiva

- 1.- Exp. : N° 1324-2000-HC/TC
- 2.- Demandante : Florencio Chávez Abarca y otros
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

Doña Katerine Ivanovna Vásquez Cucho, con fecha veintinueve de julio de dos mil, interpone acción de hábeas corpus a favor de don Florencio Chávez Abarca, don Antonio Chávez Aguilar, don Martín Ugaz Romero, don Omar Andía Vilcapoma, don Carlos Javier Esquerre Roldán, don Roberto Gómez Arévalo, don Juan Carlos Pérez Rimari, don Cristobal Melo Quispe, don Luciano Huamán Arizmendi, don Jaime Javier Alva Gutiérrez, don Fulgencio Beltrán Quesada, don Víctor Izquierdo Prado, don Pedro Uscamayta Vega, don Henry Manuel Torres Rojas, don Alfonso Sandoval García y don Franklin Huaitia Alfaro, contra la Comisaría de Monserrate, por considerar que se ha vulnerado la libertad individual de todas estas personas.

Especifica la accionante, que las personas antes señaladas fueron detenidas el día veintiocho de julio de dos mil, sin que se hayan dado las circunstancias de flagrante delito ni mandato judicial. Por el contrario, en la Comisaría de Monserrate, que es a donde se les condujo luego de ser intervenidas, se les obligó a firmar un documento en que se les comunicó que se encontraban detenidos para el esclarecimiento de los hechos sucedidos en la referida fecha. Posteriormente, los citados ciudadanos han sido trasladados al local de la 31 Fiscalía Provincial de Lima, manteniéndose su detención, sin que exista orden del juez o flagrante delito.

Practicadas las diligencias de ley, el juez del Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima se constituyó a la Comisaría de Monserrate, entendiéndose dicha diligencia con el Comandante PNP Luis Ramos Hume, el cual manifestó que su participación en la elaboración del atestado policial en el que figuran aproximadamente noventa y dos detenidos, se hizo en su condición de Jefe del Grupo de Apoyo debido a las intervenciones realizadas el veintiocho de julio en la marcha denominada “los cuatro suyos”. Puntualiza además que los partes respectivos fueron recepcionados a las diecinueve horas de dicha fecha, elaborándose un solo atestado policial, en el que se individualiza la participación de cada detenido, documento que fue remitido al Ministerio Público para los fines de ley. Oportunamente también se comunicó de cada detención al Ministerio Público, al juez de turno y a la Fiscalía de Familia por haber participado algunos menores. Al recibirse las declaraciones se contó con la presencia del fiscal, la Coordinadora de Derechos Humanos, así como de algunos abogados. Por último, se investiga la presunta comisión del delito contra la tranquilidad pública, la paz pública, daños materiales y otros. A su turno también se recibe la declaración del Fiscal Provincial en lo Penal de Turno de Lima, doctor Richard Saavedra Luján, el cual manifiesta que se encuentra recibiendo a los beneficiarios de

la acción en calidad de detenidos con el Atestado Policial N° 211-DINSE-JESE-DAS-PNP del veintinueve de setiembre de dos mil, por los presuntos delitos contra la tranquilidad pública y otros, hechos relacionados con los sucesos ocurridos en el centro de Lima el día veintiocho de julio. Respecto de las diligencias a efectuarse señaló que se procederá a calificar el atestado y a formular o no la denuncia correspondiente.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas trescientos veinte y con fecha veintinueve de julio de dos mil, declaró infundada la acción, fundamentalmente por estimar que no existen elementos probatorios suficientes y concretos que permitan acreditar que la autoridad denunciada venga incurriendo en la comisión de acciones u omisiones arbitrarias y/o inconstitucionales que lesionen la libertad ambulatoria de los detenidos, debiendo meritarse que en el artículo 166 de nuestra Carta Magna, está legislado que la Policía Nacional previene, investiga y combate la delincuencia.

La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fojas trescientos cuarenta y cuatro y con fecha once de agosto de dos mil, confirma la apelada, fundamentalmente por considerar que los favorecidos fueron detenidos por la Policía Nacional con fecha veintiocho de julio de dos mil, en circunstancias de estar aparentemente implicados en los luctuosos sucesos ocurridos en el centro de Lima y que son de conocimiento general, siendo derivados al Ministerio Público a efectos de que se determine su situación jurídica; que si bien el artículo 2, inciso 24), literal f) del Texto Constitucional señala que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, de las manifestaciones corrientes en autos se aprecia que los favorecidos se encontraban al momento de ser detenidos en las inmediaciones de los lugares que sufrieron daños y fueron objeto de los delitos consignados en el atestado policial, por lo que su detención se encuentra enmarcada dentro de la “flagrancia”, de ahí que hayan sido puestos a disposición de la fiscalía correspondiente y que consecuentemente la detención preventiva de los presuntos implicados se encuentre ajustada a ley. Contra esta resolución, la accionante interpone recurso extraordinario.

FUNDAMENTOS

1. Que, conforme aparece en el escrito de hábeas corpus interpuesto por doña Katerine Ivanovna Vásquez Cucho, en favor de don Florencio Chávez Abarca, don Antonio Chávez Aguilar, don Martín Ugaz Romero, don Omar Andía Vilcapoma, don Carlos Javier Esquerre Roldán, don Roberto Gómez Arévalo, don Juan Carlos Pérez Rimari, don Cristobal Melo Quispe, don Luciano Huamán Arizmendi, don Jaime Javier Alva Gutiérrez, don Fulgencio Beltrán Quesada, don Víctor Izquierdo Prado, don Pedro Uscamayta Vega, don Henry Manuel Torres Rojas, don Alfonso Sandoval García y don Franklin Huaitía Alfaro, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar el acto de detención del que fueron objeto los antes citados ciudadanos, por considerar que el mismo resulta inconstitucional, al no haberse producido dentro de las circunstancias de mandato judicial ni de flagrante delito.

2. Que, por consiguiente y partiendo de la merituación de las pruebas obrantes en el expediente constitucional así como de las diligencias realizadas en el presente proceso, resultan plenamente acreditadas las aseveraciones efectuadas por la accionante de la presente causa respecto de los ciudadanos afectados en sus derechos, habida cuenta que: a) Del Atestado Policial N° 211-DINSE-JESE-DAS-PNP obrante de fojas ochenta y siete a trescientos dieciocho de los autos, no consta de modo específico y objetivo que los ciudadanos en favor de quien se interpone la acción, hayan sido intervenidos a consecuencia de existir contra ellos un mandato judicial escrito y motivado, como tampoco en una situación de flagrante delito, sino que por el contrario y conforme se infiere de las declaraciones del Comandante PNP Luis Ramos Hume y del Fiscal de Turno Richard Saavedra Luján, obrantes de fojas ochenta y dos a ochenta y cinco vuelta, aparece que su detención ha sido ejecutada en base a sospecha policial al haberseles encontrado en las inmediaciones de los lugares donde se produjeron diversos actos contrarios al orden público cometidos durante la secuela de la llamada “marcha de los cuatro suyos”, realizada el veintiocho de julio de dos mil; b) del contenido del atestado policial antes referido, y a diferencia de las actas de incautación obrantes en el mismo respecto de otros intervenidos en la misma fecha, no aparece que alguno de los ciudadanos a favor de quien se interpone la acción, haya sido encontrado en posesión de elementos materiales que acrediten la comisión de flagrante delito; c) de las papeletas de detención, obrantes de fojas doscientos dos a doscientos diecinueve, aparece que la detención se ha producido con el objeto de que se esclarezca la comisión de un delito, pero no porque efectivamente se haya intervenido a tales personas en el instante mismo que realizaban tales actos o huían de dicho lugar con el objeto de evadir la acción policial; 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 pretendiendo huir del lugar de los hechos, tal hipótesis no puede ser forzada hasta el extremo de pretender que la simple cercanía al lugar donde acontece un delito, es por sí misma elemento objetivo que configura dicha situación, pues con semejante criterio, todas las personas, incluyendo autoridades distintas a la interviniente, estarían inmersas en la pretendida flagrancia; e) mucho más equivocada es todavía la interpretación del Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, quien pretendiendo desconocer lo resuelto por el Tribunal, en la *ratio decidendi* de sentencias anteriores, busca justificar las detenciones producidas en el marco de la función preventiva correspondiente a la Policía Nacional conforme al artículo 166 de la Constitución Política del Estado; f) que por tal motivo y reiterando los precedentes sentados con anterioridad, y a los cuales deben observancia obligatoria todos los jueces y tribunales de la República, conforme lo señala la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este Tribunal ratifica que las variables de causalidad a los efectos de ejercer la potestad de detención, esto es, mandato judicial y flagrante delito, constituyen la regla general aplicable a todos los

casos de detención, sea cual sea la naturaleza del ilícito cometido, de modo tal que las llamadas detenciones preventivas o detenciones sustentadas en la mera sospecha policial, carecen de toda validez o legitimidad constitucional; g) por último, el hecho de que el Ministerio Público haya participado de alguna forma en las investigaciones realizadas, no convierte en legítimas las detenciones realizadas, pues dicha entidad ni sus representantes están facultados para convalidar actos de detención fuera de las hipótesis previstas por la norma fundamental, como se ha señalado en el fundamento 5 de la sentencia expedida en el Expediente N° 1107-99-HC/TC.

3. Que dentro de la misma línea de los fundamentos precedentes, pero tomando en consideración que casos como el presente deben ser analizados en todas sus consecuencias, este Tribunal no puede dejar de advertir, que el hecho de que mediante la presente sentencia se asuma que las detenciones cuestionadas han sido arbitrarias, y que por tanto, la acción es fundada y la liberación de los detenidos, procedente, no significa que el Tribunal Constitucional esté efectuando juicios de valoración respecto de la inocencia o culpabilidad que puedan tener las personas en cuyo favor se interpuso la presente acción, pues ello siempre será atribución exclusiva y excluyente de las autoridades competentes, en este caso, las judiciales, y por otra parte, dado el tiempo transcurrido en la tramitación del presente proceso y por lo mismo que el sometimiento ante las autoridades judiciales de los mismos favorecidos del hábeas corpus, es una posibilidad que no puede quedar descartada, debe quedar perfectamente señalado, que los términos del mandato de liberación que a propósito de esta sentencia expida este Tribunal no deben entenderse como oponibles a los mandatos de detención, que por el contrario y sobre la misma investigación que se les siguen, puedan haber expedido las autoridades judiciales competentes.
4. Que en consecuencia y habiéndose acreditado la transgresión de la libertad individual de las personas en cuyo favor se interpuso el hábeas corpus, resultan de aplicación, los artículos 1, 7, 9, 11 y 12 inciso 10) y 13 de la Ley N° 23506 en concordancia con los artículos 1, 2 inciso 24) literal f) de la Constitución Política del Estado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Estado y su ley orgánica;

FALLA

REVOCANDO la resolución expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas trescientos cuarenta y cuatro, su fecha once de agosto de dos mil, que confirmando la apelada declaró infundada la demanda; reformándola declara **FUNDADA** la acción de hábeas corpus y, en consecuencia, ordena la inmediata libertad de don Florencio Chávez Abarca, don Antonio Chávez Aguilar, don Martín Ugaz Romero, don Omar Andía Vilcapoma, don Carlos Javier Esquerre Roldán, don Roberto Gómez Arévalo, don Juan Carlos Pérez Rimari, don Cristobal Melo Quispe, don Luciano Huamán

Arizmendi, don Jaime Javier Alva Gutiérrez, don Fulgencio Beltrán Quesada, don Víctor Izquierdo Prado, don Pedro Uscamayta Vega, don Henry Manuel Torres Rojas, don Alfonso Sandoval García y don Franklin Huaitia Alfaro, siempre que no exista mandato de detención expedido por autoridad judicial competente. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

REY TERRY; NUGENT; DÍAZ VALVERDE; ACOSTA SÁNCHEZ; REVOREDO MARSANO; GARCÍA MARCELO

CASO: MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS

La naturaleza constitucional del mandato de detención y su relación con el principio de presunción de inocencia

- 1.- Exp. : N° 0010-2002-AI/TC
2.- Demandante : Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos
3.- Procedencia : Lima
4.- Antecedentes:

Los demandantes manifiestan que las disposiciones legales que impugnan no solo transgreden la Constitución actual y los tratados internacionales, sino que violan en el fondo y la forma la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha en que el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional los promulgó.

Además de argumentos políticos, los demandantes refieren que el 5 de abril de 1992 se produjo la quiebra del Estado de Derecho en el Perú; pero que el Decreto Ley N° 25418, dictado en esa fecha, no podía derogar total o parcialmente ni suspender la vigencia de la Constitución de 1979, por mandato de su artículo 307. Consideran que son nulos todos los actos practicados como consecuencia del golpe de Estado de 5 de abril de 1992, por cuanto la dictadura instaurada en el país arrasó y demolió el ordenamiento jurídico existente. Indican que, en cualquier Estado del mundo, la Constitución es la ley fundamental de la organización política y jurídica y en ella están reconocidos los derechos fundamentales de las personas (...).

En cuanto a los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, los demandantes indican que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece; y que contradicen y violan los derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

Respecto del principio de legalidad sostienen que, en el párrafo “d” del inciso 24) del artículo 2, la Constitución prescribe: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Los demandantes enfatizan que el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta violando el principio de legalidad. Solicitan que este Tribunal tenga presente, al resolver, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1993.

Con relación al Decreto Ley N° 25659, que tipifica el llamado delito de traición a la patria, en realidad –dicen– no tipifica ninguna figura nueva de delito, no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475; y que su objetivo fue trasladar arbitraria e inconstitucionalmente el

procesamiento y juzgamiento de civiles al fuero militar, no permitido por la Constitución de 1979, con lo cual también se ha violado el principio de legalidad.

Las modalidades delictivas descritas en los decretos leyes N°s 25475 y 25659, según los demandantes, están comprendidas indistintamente tanto dentro del delito de terrorismo como del delito de traición a la patria. Consideran que se ha violado, de esa manera, el principio de legalidad previsto en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La demanda, también, se funda en el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo que no podía ocurrir por cuanto los miembros de las Fuerzas Armadas estaban encargados de reprimir y combatir directamente a una de las partes del conflicto armado interno, siendo los militares la otra parte. Agregan que es el Poder Ejecutivo el que nombra a los jueces militares, quienes actúan con sujeción a la obediencia a sus superiores, vulnerándose el principio de que nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

Consideran los demandantes que los decretos leyes que impugnan impiden el ejercicio del derecho de defensa, que es una garantía constitucional, al no permitir que los abogados defensores patrocinen simultáneamente a más de un encausado, así como el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto imponen al juez penal que dicte el auto apertorio de instrucción con orden de detención. También sostienen los accionantes que se viola los derechos constitucionales a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser incomunicado sino tan solo por el tiempo necesario, a la pluralidad de instancias, entre otros.

Los demandantes, igualmente, invocan el artículo 8, inciso 1), del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso de Jaime Castillo Petruzzi y otros, en que se “Ordena al Estado peruano adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin excepción alguna”.

Finalmente, los demandantes estiman que los decretos leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de los beneficios penitenciarios y del Derecho Internacional Humanitario.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, la misma que se limita exclusivamente a solicitar que, revocándose el auto admisorio de la demanda, se declare inadmisibles las acciones de inconstitucionalidad presentada. Sostiene que el 24 de junio de 1996, fecha en que quedó constituido el Tribunal Constitucional, el plazo de prescripción de las acciones de inconstitucionalidad era de 6 meses, por lo que, tratándose de decretos leyes publicados antes de dicho mes, el plazo para interponer la demanda contra las normas impugnadas prescribió el 24 de diciembre de 1996.

FUNDAMENTOS

I. La posición institucional y la delimitación del petitorio

1. La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia.

Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de “construir”, para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.

2. Tras las atrocidades de las agrupaciones violentistas apareció también, residualmente, un comportamiento estatal innoble a la causa de los derechos humanos, infecundo para la cimentación de los valores democráticos y ofensivo a las leyes del Creador.

En las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración. Para tal efecto, el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva.

Consustancial a ello es, también la necesidad de conocer la verdad y la búsqueda de la justa sanción a los responsables de hechos ignominiosos. El Estado está obligado ética y jurídicamente a investigar la violación de los derechos humanos cometidos a lo largo de estos luctuosos años. Para que ello ocurra civilizadamente, se requiere, entre otras medidas, adecuar la normatividad de conformidad con los estándares establecidos por la comunidad internacional.

3. No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307 de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

En ese contexto, se dictaron los decretos leyes impugnados. Tales actos emanados del gobierno de facto encabezado por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori,

fueron convalidados, posteriormente, por el Congreso Constituyente Democrático, así como el referéndum del 31 de octubre de 1993, y sucesivos procesos electorales, de cuya transparencia, el Tribunal Constitucional, en este proceso, no se pronuncia.

II. La separación y la usurpación de poderes

4. De acuerdo con la Ley de Bases de la Constitución, de 17 de diciembre de 1822, el Perú se organizó como República con sujeción al principio de separación de poderes. Sin embargo, la agitada y dramática realidad de nuestra patria acredita también que, en casi dos terceras partes de su vida independiente, fue gobernada por regímenes emanados del golpe militar o del fraude electoral.
5. En los últimos cien años, se han advertido los siguientes hechos, que conspiran contra aquel principio:
 - a) El 4 de febrero de 1914, el Congreso de la República “Tributa un voto de aprobación y de gratitud pública al Jefe del Estado Mayor General del Ejército, coronel don Óscar R. Benavides, a los jefes y oficiales y a los soldados todos del Ejército y de la Armada que les han secundado en el restablecimiento del orden institucional, por su conducta y abnegación en los acontecimientos que han puesto término a la reciente dictadura”, y nombra una Junta de Gobierno integrada por los señores Óscar R. Benavides, J. Matías Manzanilla, Arturo Osoreo, José Balta, Rafael Grau y Benjamín Boza, que el mismo día es reemplazada por la Presidencia Provisoria del coronel Óscar R. Benavides, según la Resolución Legislativa N° 1858.
 - b) El 4 de julio de 1919, el electo Presidente de la República, Augusto B. Leguía, depone al Presidente José Pardo y Barreda; e instaura un gobierno de facto, denominado Gobierno Provisional, y convoca a elecciones de una Asamblea Nacional.
 - c) Dicha Asamblea, efectivamente, por Ley N° 3083, de 25 de setiembre de 1919, aprueba “todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del Poder, para convocar al pueblo al plebiscito nacional y para conservar el orden”.
 - d) Sin sujeción a la Carta Política de 1920 y para dar término al oncenio de Leguía, un autodenominado gobierno revolucionario inició su gestión con el Decreto Ley N° 6874, de 2 de setiembre de 1930, y concluyó con el Decreto Ley N° 7475, de 25 de noviembre de 1931.
 - e) Como consecuencia del golpe militar del 27 de octubre de 1948, violando la misma Carta de 1933, se dictaron los Decretos Leyes N°s 10889 a 11488, validados por la Ley N° 11490, de 28 de julio de 1950.
 - f) Luego del golpe militar del 18 de julio de 1962, bajo la nominal vigencia de la propia Constitución de 1933, se expidieron los Decretos Leyes N°s 14167 a 14627.

- g) Transgrediendo la Constitución Política de 1979, con el golpe de Estado de 5 de abril de 1992, se rompió el sistema democrático mediante el Decreto Ley N° 25418 y concluyó con el Decreto Ley N° 26162.
 - h) Los decretos leyes dictados por el autodenominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” fueron validados por la llamada Ley Constitucional de 9 de enero de 1993.
6. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que los decretos leyes impugnados tienen origen ilegítimo; pero han sido y siguen siendo aplicados. Su expedición se realiza cada vez que se ha quebrado el orden constitucional, esto es, bajo un régimen de facto. Son normas que se introducen con violación del ordenamiento señalado en la Constitución. Es decir, se trata de actos de gobierno que, por su propia naturaleza, son dictados en oposición a las normas constitucionales que disciplinan el ejercicio de la función legislativa.

III. La legislación antiterrorista

7. El Congreso de la República delegó facultades legislativas en el Presidente de la República mediante la Ley N° 23230, publicada el 15 de diciembre de 1980, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Constitución Política de 1979. En uso de esa atribución constitucional delegada fue expedido el Decreto Legislativo N° 46, de 10 de marzo de 1981, por el cual se establecieron severas sanciones para quienes, con propósito de intimidación, alterasen la paz interna o el orden público empleando explosivos o bombas hasta llegar al extremo de poner en peligro la vida o la salud de las personas o causarles la muerte. Dicho decreto legislativo sustituyó al Decreto Ley N° 20828 y tuvo por objeto “acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del Derecho Procesal Liberal, que garanticen una justa aplicación de la Ley punitiva, con mayor razón cuando la República ha retornado irrenunciablemente al cauce de su vida constitucional y democrática”.
8. Diez años después, también por delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, a través de la Ley N° 25280, publicada el 30 de octubre de 1990, se promulgó el Código Penal, mediante el Decreto Legislativo N° 635, de 3 de abril de 1991, en cuyos artículos 319 a 324 se tipificó el delito de terrorismo en sus diversas modalidades. Estas normas, por lo tanto, sustituyeron a las que contenía el Decreto Legislativo N° 46.

Cuando el Código Penal cumplía un año de vigencia, se produjo el golpe de Estado de 5 de abril de 1992 que, mediante los cuatro decretos leyes materia de esta demanda de inconstitucionalidad, abrogaron la legislación precedente.

IV. El control de constitucionalidad de los decretos leyes expedidos con anterioridad a la Constitución de 1993

9. Los decretos leyes aluden a disposiciones de naturaleza jurídica sui generis dictadas por un poder de facto que ha reunido para sí –contra lo establecido en el ordenamiento constitucional– las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata

de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza.

§4.1. El problema de la vigencia de los decretos leyes

10. El tema del reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de los decretos leyes es observado, según la doctrina, en función del “tiempo político” que se vive dentro de una comunidad política. En ese sentido, se plantean dos problemas: la vigencia de los decretos leyes durante la existencia de un gobierno de facto y la vigencia y validez de los decretos leyes al restaurarse el Estado de Derecho. Como es obvio, corresponde detenerse en el análisis del segundo caso.
11. La doctrina establece que durante el periodo que sigue a la desaparición de un gobierno de facto, la vigencia de los decretos leyes se procesa de conformidad con la teoría de la caducidad, la teoría de la revisión o la teoría de la continuidad.
12. La teoría de la caducidad –que plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, dichas normas dejan ipso facto de tener vigencia– no ha tenido aceptación en nuestro país; al extremo de haber sido utilizada una sola vez, a través de la ley del 20 de diciembre de 1895, que declaró inexistentes los actos gubernativos y las leyes aprobadas durante el periodo 1894-1895.
13. En cambio, la teoría de la continuidad utilizada en amplios momentos de nuestra historia y la teoría de la revisión son las que han permitido afrontar el delicado problema de la vigencia de los decretos leyes.

Según la teoría de la continuidad, los decretos leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.

Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los decretos leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.

14. En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por decretos leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia sui géneris de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable “paréntesis jurídico” que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc.,

que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas –la ciudadanía y la organización estatal–, se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida coexistencial y la normal marcha del cuerpo político.

15. Así, el desconocimiento a priori y genérico de la totalidad de los decretos leyes, luego de restaurarse el Estado de Derecho, generaría incertidumbre, caos, desorden, riesgo y amenaza para las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado.
16. Por su parte, la teoría de la revisión plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, los decretos leyes deben ser objeto de un examen de vigencia. Para tal efecto, el Congreso de la República se pronuncia por el mantenimiento o no en el sistema jurídico.

§4.2. Los decretos leyes y la impugnación por vicios de forma

17. Dos son las cuestiones adjetivas que se suscitan de la impugnación de los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880:
 - a) La competencia del Tribunal Constitucional para juzgar la validez constitucional de los decretos leyes en cuanto normas no enunciadas en el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución; y,
 - b) Los alcances del control de constitucionalidad en tanto normas anteriores a la Constitución de 1993.
18. Con relación al primer aspecto, el Tribunal Constitucional considera que los decretos leyes constituyen un fenómeno sui géneris, ya que son producto de la violación de las normas sobre producción jurídica señalada en la Constitución; y mantienen relación con la vida jurídica solo por las razones expuestas al fundamentar la teoría de la continuidad.
19. En el caso particular de los decretos leyes impugnados, la singularidad del problema, más allá de su origen (antes analizado), se centra en la “convalidación” efectuada por la Ley Constitucional de 9 de enero de 1993 y sus alcances.

A juicio del Tribunal Constitucional, tal “convalidación” no debe entenderse en el sentido de que su contenido haya quedado “constitucionalizado” ni que no se pueda intentar reforma legislativa sobre ellas una vez disuelto el CCD o, a su turno, que hayan quedado inmunes a un control posterior. No solo porque ese no es el sentido del artículo 2 de la referida Ley Constitucional, sino también porque tales decretos leyes deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras de su mismo valor y rango; y, por ende, sujetos al control de la constitucionalidad.

20. Por ello, el Tribunal Constitucional juzga que dicha Ley Constitucional solo ha tenido el propósito de señalar que se trata de normas que “pertenecen” al ordenamiento jurídico nacional, esto es, que existen, pese a su origen espurio. Sin

embargo, la pertenencia de una norma jurídica al ordenamiento no es sinónimo de validez.

21. Por lo demás, esa ha sido la línea jurisprudencial mantenida por este Colegiado desde el inicio de sus actividades. En efecto, el Tribunal no solo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los decretos leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional solo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. Por ejemplo, con relación a un Decreto Ley (el N° 25967), el Tribunal Constitucional dictó ya la sentencia de 23 de abril de 1997, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 del mismo mes (Exp. N° 007-96-I/TC).

El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los decretos leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (artículo 1 de la LOTC).

V. Los decretos leyes y las cuestiones de orden material

22. Los demandantes han alegado la inconstitucionalidad, desde su origen, de los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, por cuanto no fueron aprobados y promulgados en la forma establecida por la Constitución de 1979. El Tribunal Constitucional considera, a la luz de lo expuesto precedentemente, que el problema planteado respecto de tales decretos leyes no radica tanto en determinar si estos se introdujeron respetándose los límites formales impuestos por la Constitución de 1979, sino en examinar si son compatibles, por el fondo, con la Constitución de 1993.
23. A este respecto, ya se ha precisado que mediante la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 se declaró que los decretos leyes expedidos por el gobierno de facto mantenían plena vigencia en tanto no fueran derogados, modificados o revisados, por lo que no puede efectuarse un control formal de constitucionalidad de acuerdo con la Carta de 1979.

Además, al plantearse la demanda de inconstitucionalidad contra dichos decretos leyes, ya no se encontraba en vigencia la Constitución de 1979, sino la de 1993. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional considera que sustituido el canon o parámetro de control, cualquier control sobre la legislación preconstitucional debe resolverse conforme a las disposiciones sustantivas previstas por la nueva Constitución, esto es por la Carta de 1993.

24. No obstante no es ajeno al Tribunal Constitucional que, tratándose del control de la legislación preconstitucional, el juicio de compatibilidad entre la Ley anterior (o decreto ley) y la Constitución actual, no se resuelve únicamente en un control de validez bajo los alcances del principio de jerarquía, sino, incluso, en uno de mera vigencia. En efecto, una vez que entra en vigencia una nueva Constitución, esta es capaz de derogar tácitamente la legislación “preconstitucional” que se le

oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio *lex posterior derogat priori*. Sin embargo, lo anterior no impide que, en el seno de una acción de inconstitucionalidad, este Tribunal pueda declarar su inconstitucionalidad en caso de ser incompatible con la nueva Constitución.

25. Es cierto que el supuesto de derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no son operaciones análogas y de efectos similares. Mientras que la primera la realiza el juez y tiene efectos *inter partes*; la segunda es competencia del Tribunal Constitucional y, en virtud de los efectos de sus sentencias, tiene alcance general *–erga omnes–* y vincula a todos los poderes públicos, incluido obviamente al propio Poder Judicial.

Por lo tanto, habiéndose promovido una acción de inconstitucionalidad contra leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre su compatibilidad, por el fondo, con la Constitución de 1993.

VI. EL CARÁCTER Y ALCANCE DE LA SENTENCIA

§6.1. Conceptos previos

26. Teniendo en cuenta la trascendencia de la presente acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del país, es necesario que el Tribunal Constitucional proceda a efectuar una explicación del tipo de sentencia que hoy dicta, con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecundo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional.
27. El Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución del Estado, tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ya sea por vicios de forma o fondo; además, el artículo 35 de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los jueces, pues estos, de conformidad con la primera disposición general de la ley acotada, “(...) interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resultan de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.
28. Aun cuando en “cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes” de sentencias (E. AJA y M. GONZALES. “Conclusiones generales”. En: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 275), tradicionalmente, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias “estimatorias” o “desestimatorias”; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias.

29. Es el caso de las sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley.

Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que esta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.

30. Por el contrario, mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino solo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.
31. A diferencia de estas, las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. Tales decisiones –las aditivas y las sustitutivas–, en realidad, no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico “escribiendo” y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo.
32. Finalmente, también existen las sentencias exhortativas, que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado).
33. En cualquiera de los casos, detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir

con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados.

Así expuesto el carácter de esta sentencia, bien puede decirse que la presente es una sentencia “estipulativa”, puesto que expone los conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos.

§6.2. La legitimidad de las sentencias interpretativas

34. La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible solo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias (GUASTINI, Riccardo. “Disposizione vs. norma”. En: *Giurisprudenza Costituzionale*. 1989, p. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,
- b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

35. Siendo objeto del examen de constitucionalidad el texto y su sentido normativo, el análisis deberá necesariamente realizarse en el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, es decir, con la perspectiva analítica del derecho en acción, vivo, y la aplicación específica de la norma.

El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático.

VII. La inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria

36. El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el

artículo 2 del Decreto Ley N° 25475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1 del Decreto Ley N° 25659, cuando indica que: “Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 (...)”. Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3 y 4 del Decreto Ley N° 25475. En esencia, pues, un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos.

37. En la misma situación se encuentran los siguientes casos: el inciso a) del artículo 1 y el inciso a) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25659, los que se asimilan a los artículos 2 y 3, inciso a), primer párrafo, del Decreto Ley N° 25475, respectivamente. El inciso b) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25659 se asimila al artículo 3, inciso a), segundo párrafo, del Decreto Ley N° 25475. El inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25659 se asimila al inciso a) del artículo 4 del Decreto Ley N° 25475. Y, finalmente, el inciso b) del artículo 1 del Decreto Ley N° 25659 se asimila al inciso e) del artículo 4 del Decreto Ley N° 25475.
38. En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador solo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria.
39. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido: “(...) las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N°s 25475 y 25659 –terrorismo y traición a la patria– (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos. (...) La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente” (caso Castillo Petruzzi, párrafo 119).
40. Además, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso de las disposiciones impugnadas (artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25659), es posible detectar un vicio de irrazonabilidad de la ley, ya que mientras el legislador perseguía regular el tipo penal del delito de traición a la patria, sin embargo, al final, terminó regulando –en realidad, repitiendo– el tipo penal del delito de terrorismo. Y todo ello, con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria su juzgamiento y, al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables.

41. El Tribunal Constitucional estima, por lo tanto, que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25659 y, por conexión, debe extender sus efectos a los artículos 3, 4, 5 y 7 del mismo Decreto Ley N° 25659.

Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales los artículos 2, 3 y 4 del mismo Decreto Ley N° 25744. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 8 del referido Decreto Ley N° 25659, se debe precisar que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25659, el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325 del Código Penal mantiene su plena eficacia, puesto que, como expresa el referido artículo 8 del Decreto Ley N° 25659, este no fue derogado sino quedó en suspenso.

42. Con relación al artículo 6 del Decreto Ley N° 25659, relativo a las acciones de hábeas corpus, por conexión, también es inconstitucional la frase “o traición a la patria”, por lo que dicho precepto subsistirá de la siguiente manera: “La acción de habeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12 de la Ley N° 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento: (...)”. Este último precepto, en los términos antes mencionados, no impide la interposición del hábeas corpus cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325 del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes N°s 23506 y 25398.

VIII. El principio de legalidad respecto del tipo penal de terrorismo

43. Los demandantes consideran que el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, que contiene el tipo base del delito de terrorismo, vulnera el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 2, inciso 24), literal “d”, de la Constitución. En efecto, sostienen que, “en contra de esta disposición constitucional, que consagra el principio de legalidad, el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta, general e imprecisa, pues dice ‘realiza actos’ pero no dice qué tipo de actos. El mismo artículo dice ‘empleando materias’ pero no precisa qué tipo de materias, para luego agregar ‘o artefactos explosivos’ como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Del mismo modo dice ‘cualquier otro medio’”.

El texto legal del artículo en cuestión es el siguiente:

“El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”.

Adicionalmente, afirman que el legislador “ha dejado el libre camino para interpretaciones extensivas inapropiadas, abusivas y arbitrarias, violatorias del principio de legalidad, base del ordenamiento penal”.

§8.1. Alcances y límites del principio de legalidad penal (artículo 2, inciso 24), literal “d”, de la Constitución)

44. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, según el cual “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15).
45. El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca” (*Lex certa*).
46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de *lex certa* no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible **equivocidad**. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque esta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje” (CURY URZUA, Enrique. *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están

permitidos. (En este sentido, BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p. 35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso “Encuesta a boca de urna” (Exp. N° 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, “una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad” (fundamento jurídico 6).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “la exigencia de *lex certa* no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 69/1989).
49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.
50. Así resulta del examen del Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 635, de 3 de abril de 1991, que usa figuras penales abiertas en los artículos 145 y 179 “cualquier otro medio”, 154 “u otro medio”, 157 “u otros aspectos”, 161 “u otro documento de naturaleza análoga”, 170, 171, 172, 173, 174 y 176 “u otro análogo”, 185 “o cualquier otra conducta”, 190 “otro título semejante”, 192 “cualquier otro motivo”, 196 “otra forma fraudulenta”, 198 “cualquier medio fraudulento”, el 210 “cualquier otro acto”, 233, 237, 253 y 345 “de cualquier manera”, 238 “cualquier medio”, 268 “cualquier artificio”, 273 “cualquier clase”, 276 y 280 “cualquier otro medio análogo”, 277 “otros medios”, 283 “similares”, 330 “cualquier otro móvil innoble”, 393, 394, 398, 398-A y 400 “cualquier otra ventaja” y 438 “de cualquier otro modo”.
51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R. Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Temis, Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1990, p. 61).
52. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener “un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término ‘concepto jurídico indeterminado’ se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la *lex certa* (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos

jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)” (STC de 29 de setiembre de 1997).

§8.2. Examen de constitucionalidad de las normas cuestionadas con relación al principio de legalidad

53. Dentro de los criterios expuestos corresponde al Tribunal Constitucional analizar los dispositivos impugnados en la demanda.
54. La primera objeción de constitucionalidad que se hace a la norma en análisis radica en que define el delito de terrorismo de manera “abstracta, general e imprecisa”. Sobre este particular, debe tenerse presente que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, per se, no vulneran norma constitucional alguna.
55. Diferente es el caso del carácter “impreciso” de la norma penal que también se cuestiona; pues, como se ha indicado, el legislador, por mandato constitucional, debe tipificar los delitos de manera expresa e inequívoca, por lo que cabe analizar cada uno de los conceptos cuestionados a fin de verificar si se ha observado esta garantía.
56. Respecto a la frase “realiza actos”, cuestionada por los demandantes en razón de que “no precisa de qué tipo de actos se trata”, este Tribunal considera que esta supuesta imprecisión del tipo origina una aparente vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional aprecia que tal hecho no es suficiente para excluir, por inconstitucional, del tipo penal la palabra “actos”, ya que tales “actos” son los que están dirigidos a afectar la vida, el cuerpo, la salud, etc., con el objeto de crear zozobra o pánico en la comunidad. Es decir, este Tribunal entiende que ella, como se desprende por lo demás de una interpretación lógica del precepto analizado, se refiere a la comisión de “delitos (...)”. Así delimitado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.
57. También se alega vulneración del principio de legalidad penal puesto que la norma en referencia utiliza la expresión “empleando materias”. Se sostiene que es inconstitucional, pues no precisa qué tipo de materias, para luego agregar “o artefactos explosivos (...)”, como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Al respecto, este Tribunal debe señalar que, si bien es cierto que la norma utiliza la frase “empleando (...) materias o artefactos explosivos”, lo importante es evaluar si ella puede ser interpretada de manera que la prohibición penal quede adecuadamente determinada.

58. En este sentido, incluso desde una interpretación gramatical, es perfectamente posible concluir que el tipo penal se refiere a dos medios distintos: “materias explosivas” y “artefactos explosivos”. Ambas expresiones tienen un significado distinto: la “materia explosiva” está referida a aquellas sustancias con potencialidad explosiva per se, que no requiere de mecanismos complejos en su elaboración; en cambio, el artefacto explosivo está referido a aquellos aparatos para cuya elaboración se requiere de conocimientos especiales. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión no considera suficiente el uso de cualquier materia explosiva o artefacto explosivo, sino que requiere que estas sean de una entidad tal que resulten capaces de causar cualquiera de los siguientes efectos: “estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”.
59. Así precisado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente, para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.

Desde luego, una interpretación distinta de la que se acaba de exponer, que amplíe el alcance de la prohibición penal por encima de los límites trazados (*malam parten*), resultaría contraria al principio de legalidad.

§8.3. Examen de la acción típica

60. Del texto del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 citado, se observa que el legislador ha previsto tres modalidades de conductas básicas: provocar, crear o mantener un estado de zozobra, **alarma o temor** en la población o un sector de ella; y actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio y el empleo de medios idóneos para causar esos estragos, es decir, debe tenerse presente que esas 2 modalidades per se no constituyen delito de terrorismo, sino que se requiere, además, de la actuación a través de los medios típicos previstos en la ley (“empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”). Estos medios típicos deben ser interpretados restrictivamente, según se establece más adelante.
61. La primera modalidad de la acción: atemorizar a la población. La acción de provocación, creación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, ha sido prevista por el legislador como una exigencia objetiva (elemento del tipo objetivo), a diferencia de la legislación antiterrorista previa, que lo consideraba como un elemento subjetivo (es el caso del Decreto Legislativo N° 46 que en su artículo 1 hace referencia al “propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella”).

62. Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Por ende, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual: “no hay pena sin dolo o culpa” exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12 del Código Penal de 1991.
63. Sin embargo, tal omisión de ese elemento subjetivo no es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de todo el enunciado del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, por no preverla o contemplarla. Únicamente cabría declarar la inconstitucionalidad de la “norma implícita”, esto es, del sentido interpretativo que se deriva de la omisión aludida, considerando que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias. Así, mientras que por “disposición” debe entenderse “al enunciado de un precepto legal”; por “norma”, en cambio, debe entenderse “el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado se puedan derivar” (CRISAFULLI, Vezio. “Disposizione e norma”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIII, 1964, p. 195 y ss.).
- Es decir, es inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto. Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos señalados en la misma disposición legal sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad.
64. El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena solo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.
65. Por ello, el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase “El que provoca, crea o mantiene”, en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo antes anotado: “El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)”.
66. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la formulación subsistente del tipo penal contemplado en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, no afecta tampoco al principio de reserva legal ni, su aplicación para casos pasados, constituye

una infracción del principio de irretroactividad de la ley o, acaso, al propio principio de legalidad penal.

67. En efecto, la norma que exige la responsabilidad subjetiva como condición para imponerse una pena, se encuentra comprendida en el ordenamiento penal, de manera que cuando este Tribunal Constitucional adiciona, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*), ya previsto en el ordenamiento, esto es, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal (Cf. Crisafulli, Vezio, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”. En: Nicola Occhiocupo. *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*. Cedam, Padova, 1984, p. 85). Aún así, este Tribunal Constitucional debe señalar que, en la noción de ley, a la cual se refiere el principio de legalidad penal, para reservar la determinación de las hipótesis del delito, incluso, debe considerarse las sentencias del Tribunal Constitucional” que, por su propia naturaleza, tienen valor de ley. (PIZZORUSSO, Alessandro. “Las sentencias ‘manipulativas’ del Tribunal Constitucional italiano”. En: AA.VV. *El Tribunal Constitucional*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 292).
68. La segunda modalidad de la acción: actos contra bienes o servicios. Las cláusulas de interpretación analógica “medios de comunicación o de transporte de cualquier índole” y “cualquier otro bien o servicio”. Esta modalidad de acción típica ha sido individualizada por el legislador en los siguientes términos: “realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio”.
69. Se observan dos cláusulas abiertas: La primera, referida a los medios de transporte “de cualquier índole”, y, la segunda, a “cualquier otro bien y servicio” como objeto del atentado terrorista. En estos casos, el legislador ha utilizado las denominadas “cláusulas de interpretación o de extensión analógica”, que son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico.
70. Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación al principio *lex certa* de las “cláusulas de extensión analógica”. Para ello, debe distinguirse dos supuestos diferentes: i) los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, ii) aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo *sentido literal posible* regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico.
71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (en este

sentido, HURTADO POZO. “A propósito de la interpretación de la ley penal”. En: *Derecho*. N° 46, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO. “El conflicto entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo”. En: *Revista Actualidad Penal*. N° 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub examine*, por lo que no atentan contra el principio de *lex certa*.

72. Afirmada la constitucionalidad de las cláusulas en examen, en razón de la no afectación de la *lex certa*, en aras de contribuir con una tutela cabal del principio de legalidad, es importante que este Tribunal Constitucional precise los límites admisibles de interpretación de las cláusulas en examen (*lex stricta*).

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas (“de cualquier índole” y “cualquier otro bien y servicio”) están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula “contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole” debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

73. Por las mismas razones, la cláusula “contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio” debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a bienes o servicios que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
74. Tales pautas interpretativas, una vez más es preciso indicarlo, no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado; de manera que, cuando este Tribunal Constitucional adiciona un sentido interpretativo, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*).

§8.4. Tercera modalidad: Examen de los medios típicos

75. La norma se refiere a los “armamentos” como medio para la comisión del delito de terrorismo. Si bien una lectura superficial podría llevar a incluir dentro del alcance de esta expresión a cualquier instrumento vulnerante o contundente que sirva para causar un daño mayor que el que se podría causar con las manos; sin embargo, la propia norma limita los alcances del término comprendiendo solo a aquellas armas que sean capaces de “causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. (Véase PEÑA CABRERA. *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*. Grijley, Lima, p. 75). Una interpretación que no tenga en

consideración la potencialidad dañosa que debe tener el armamento, vulneraría el principio de legalidad.

76. Con relación a la frase “cualquier otro medio” puede suscitarse, prima facie, algún cuestionamiento, pues, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos: en primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los “armamentos, materia o artefactos explosivos” y, en segundo lugar, su idoneidad para “causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con “armamentos, materias o artefactos explosivos” y su potencial referido solo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de *lex stricta*.
77. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que el texto del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión “actos” que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual. Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de esta sentencia, por lo que las interpretaciones que inobserven estas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*).
78. En consecuencia, el artículo 2 de Decreto Ley N° 25475 subsiste con su mismo texto, el mismo que deberá ser interpretado de acuerdo con los párrafos anteriores de esta sentencia: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”.
- 78bis. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe señalar que el delito previsto en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente. En efecto, como antes se ha descrito, el artículo 2 en referencia establece un tipo penal que incorpora tres elementos objetivos, los cuales deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo. La falta de uno de ellos, hace imposible la tipificación.

IX. La apología del terrorismo y las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento

79. Los demandantes plantean la inconstitucionalidad del delito de apología del terrorismo, previsto tanto en el artículo 7 del Decreto Ley N° 25475 como en el artículo 1 del Decreto Ley N° 25880, argumentando que tales previsiones vulneran el derecho constitucional a la libertad de expresión y difusión del pensamiento.
80. El Decreto Ley N° 25475, en su artículo 7, precisa que: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana”.
81. Igualmente, el Decreto Ley N° 25880, en su artículo 1, sanciona la apología de terrorismo realizada por docente, en los siguientes términos: “El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo, será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.
82. Por su parte, la Constitución Política consagra el derecho a “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (artículo 2, inciso 4).

Conciérne a este Tribunal examinar la compatibilidad entre las figuras de apología referidas y el derecho constitucional a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

83. En este sentido, debe considerarse que las referidas libertades no son absolutas, sino que, por autorización del propio texto constitucional, pueden ser limitadas por ley (“bajo las responsabilidades de ley”). La limitación de estos derechos constitucionales solo se justifica si existen otros valores de igual rango que deben ser protegidos.

La apología supone una “alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia” (LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 289). “La apología es la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, es alabar con entusiasmo” (PEÑA CABRERA. *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*. Grijley, Lima, 1994, p. 97). En consecuencia, los tipos penales en referencia sancionan la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas tipificadas en el Decreto Ley N° 25475.

84. Cabe precisar que la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. La instigación se realiza con relación a un sujeto determinado y para la perpetración de un hecho concreto. En cambio, en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista.

De lo expuesto se colige que cuando la conducta consiste en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta, es de aplicación el tipo penal de incitación previsto en el artículo 6 del Decreto Ley N° 25475.

85. Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañinidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. (LAMARCA PÉREZ. Ob. cit., p. 292). Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos.
86. Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, per se, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional, además, destaca el hecho de que la apología del delito está tipificada en el artículo 316 del Código Penal de 1991, que dispone:

“El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido **condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.**

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

87. No obstante, como ya antes este Tribunal Constitucional ha sostenido, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano.

Sin embargo, aún en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el *ius puniendi* estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas.

88. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N° 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N° 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente.

Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de estas libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para pro-palar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

X. El derecho al debido proceso

§10.1. El derecho de acceso a la justicia

89. Como ha señalado el Tribunal, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (caso Tineo Cabrera. Exp. N° 1230-2002-HC/TC). Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139, inciso 3), de la Constitución.
90. Si bien los demandantes, en el punto 3.13 de su demanda, hacen referencia a la vulneración del derecho constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, pues el artículo 6 del Decreto Ley N° 25659 proscribe el acceso a las acciones de garantía en los casos de terrorismo y traición a la patria, lo cierto es que, como los propios demandantes reconocen, dicha disposición fue derogada del ordenamiento con la promulgación de la Ley N° 26248, de 25 de noviembre de 1993. En efecto, el artículo 2 de dicha Ley modifica el artículo 6 del Decreto Ley N° 25659, y estipula que la acción de hábeas corpus también es procedente para aquellos individuos implicados o procesados por los delitos de terrorismo y traición a la patria. Por ello, respecto de este punto específico de la pretensión, existe sustracción de la materia.
91. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera pertinente evaluar el inciso 4) del artículo 6 del Decreto Ley N° 25659, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 26248, y analizar su constitucionalidad a la luz del derecho de acceso a la justicia y, específicamente, del derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales frente a actos que violan los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El precepto aludido del Decreto Ley N° 25659 señala:

“La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12 de la Ley N° 23506, a favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo o traición a la patria, debiendo observarse las siguientes normas de procedimientos” (...):

4) No son admisibles las acciones de hábeas corpus sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto”.

92. Un sentido interpretativo de la norma en cuestión podría desembocar en la idea de que, no obstante la modificación realizada, aún existe una desproporcionada restricción del derecho de acceso a la justicia, pues es difícil concebir sustento en la interposición de una acción de hábeas corpus que no encuentre razón de ser en los hechos que son materia de procedimiento. Con lo cual, aun si existiera afectación del derecho a la libertad individual, si esta afectación se deduce de una irrazonada y desproporcionada valoración de los hechos que dan lugar al

procedimiento, no habría lugar a la interposición del hábeas corpus. Evidentemente, así interpretada la disposición, al dejar en estado de indefensión al justiciable, sería inconstitucional.

93. Sin embargo, si se interpreta en el sentido de que el precepto *sub examine* evita que el detenido, implicado o procesado, a través del hábeas corpus, busque que el juez constitucional, basándose en el análisis de los hechos por los que es procesado, emita juicio en torno a su inocencia o culpabilidad en la causa que se le sigue, la disposición no es inconstitucional. En efecto, mientras que el primer sentido interpretativo significaría una inaceptable intromisión en una labor que es exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria; en cambio, interpretada del segundo modo, el artículo 6, inciso 4) del Decreto Ley N° 25659 es compatible con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo del artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como este Tribunal Constitucional ha expresado en el caso Tineo Cabrera antes citado.

§10.2. El derecho al juez natural

a) Juzgamiento de civiles por tribunales militares

94. Conforme se desprende de la demanda, los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los decretos leyes que regulan el delito de traición a la patria, entre otras razones, porque atribuyen competencia a los tribunales militares para juzgar a los civiles que hayan cometido dicho delito, lo que consideran atentatorio del derecho al juez natural.
95. Independientemente de que este Tribunal ya se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria, considera ineludible, en primer término, efectuar un análisis del primer párrafo del artículo 173 de la Constitución. Este precepto establece: “En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”.
96. La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático. Aunque no puede dejarse de advertir que, incluso en esos debates, muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173 de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria.

97. Sin embargo, más allá de estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, esta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla.
98. También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173 de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles, pues ello lesiona el derecho al juez natural reconocido en el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte indicó que “el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso” (caso Castillo Petrucci. Párrafo 128).

99. De otro lado, en la sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte consideró que: “(...) la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a dichos grupos” (caso Cantoral Benavides, párrafo 114). Según la Corte, cuando las Fuerzas Armadas sean las encargadas de combatir a aquellos individuos que posteriormente son acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, estos no pueden ser, a su vez, competentes para procesarlos y juzgarlos, ya que la primera es una facultad “natural” de la institución castrense, mientras la segunda no.
100. Finalmente, considerando la manera como está legislado el sistema de nombramiento de los jueces militares en el Perú, la Corte cuestionó la independencia de estos en el procesamiento de civiles. En efecto, en la ya aludida sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte señaló que, “de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares” (caso Castillo Petrucci, párrafo 130). La Corte, asimismo, ha señalado que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están íntimamente vinculadas al Poder Ejecutivo, siendo su Jefe Supremo

el Presidente de la República, razón por la que entre ellos existe una relación de obediencia manifiesta, no existiendo motivo por el que se pueda suponer que esta relación desaparezca cuando los miembros de la institución castrense cumplen labores jurisdiccionales.

101. De similar criterio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso, en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173 de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación N° 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que: “El Derecho Internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y –en los casos que así lo requiera la justicia– librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

102. El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural.
103. El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución, según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)”. La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139) e imparcialidad en la resolución de la causa.

Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del “modelo constitucional del proceso” recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de **debido**. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías,

recogidas fundamentalmente en el artículo 139 de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción.

104. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173 de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173 de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

105. Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aun en los casos de delitos por terrorismo y traición a la patria, pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural.

106. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, **en ningún caso podrán entenderse como referidas al “órgano”**, sino solo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución.

107. Además, el Tribunal Constitucional considera que esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular –ni siquiera en el procedimiento– los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad. Los términos en los que este Tribunal Constitucional ha interpretado este dispositivo constitucional solo han tenido el propósito de hallarle un sentido hermeneútico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173 de la Constitución a la referida Convención.

108. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que, incluso al dictarse una ley con el propósito de regular este régimen excepcional sobre la base del primer párrafo del artículo 173 de la Constitución, su aplicación se encuentra condicionada a

que dichas reglas del procedimiento sean compatibles con la Constitución y, de manera particular, con el debido proceso.

109. En ese sentido, al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate del delito de traición a la patria o de terrorismo, el Tribunal Constitucional considera inconstitucionales el artículo 4 del Decreto Ley N° 25659 y el artículo 2 del Decreto Ley N° 25880 y, por conexión, también los artículos 2 y 3 del Decreto Ley N° 25708.

b) Tribunales “sin rostro”

110. Los demandantes también solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 Decreto Ley N° 25475 que disponía que la identidad de los magistrados y los miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervinieran en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta. Este artículo, en efecto, fue el que permitió la institucionalización de los denominados jueces “sin rostro”.
111. Respecto de este punto, la Ley N° 26671 ha derogado, tácitamente, tanto el artículo 15 como todas aquellas disposiciones que, conexamente, impedían al justiciable la posibilidad de conocer la identidad de aquellos que intervenían en su procesamiento. En efecto, el artículo único de la Ley N° 26671 previó que, a partir del 15 de octubre de 1997, los magistrados encargados del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo serán aquellos que correspondan “conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes”; y, del mismo modo, se indica que “los magistrados serán debidamente designados e identificados”.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse por haberse producido la sustracción de la materia.

c) El derecho a la recusación de los jueces

112. Asimismo, y como es lógico, no basta que el derecho al juez natural sea recogido por los textos constitucionales, sino que es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del derecho al terreno práctico. El instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa. Aun cuando exista un abierto reconocimiento constitucional del derecho al juez natural, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos.
113. Por eso, el inciso h) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475, al proscribir en forma absoluta la posibilidad de recusar a los magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en la causa, incurre en una desproporcionada e irrazonable restricción del derecho al juez natural y es también inconstitucional.

§10.3. El Derecho de defensa

114. Por otro lado, se alega que los decretos leyes en referencia violan el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Tal impugnación se ha

planteado desde una doble perspectiva: En primer término, se sostiene, con carácter general, que todos los decretos leyes impugnados “transgreden abiertamente el derecho de defensa, lo niegan, por lo que los procesos realizados al amparo de estas normas acarrearán la nulidad absoluta e insalvable de los mismos”. En segundo lugar, esta vez, de manera específica, se precisa: a) que el inciso f) del artículo 12 del Decreto Ley N° 25475 es inconstitucional al establecer que “el defensor solo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación”; y, b) el inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25744 prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio, prohibición que, en su momento, también disponía el artículo 18 del Decreto Ley N° 25475, hoy derogado por la Ley N° 26248.

a) Generalidad de la impugnación y deber de tener un mínimo de argumentación jurídico-constitucional en la pretensión

115. Con relación al primer extremo planteado que, como se señaló en el párrafo anterior, tiene por propósito que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de todos los decretos leyes –y no solo de algunas disposiciones–, es preciso indicar que, recayendo el juicio de validez material sobre concretas disposiciones de una fuente con rango de ley, no solo es preciso que se identifiquen esas disposiciones de la fuente impugnada, sino, además, que se detallen los argumentos jurídico-constitucionales por los que, a su juicio, se debería expulsar del ordenamiento jurídico. Como ha expresado el Tribunal Constitucional de España, “cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no solo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar” (f. j. 3, STC 11/1981).
116. No obstante lo anterior, y los términos generales de la impugnación realizada por los demandantes, también hay en ella la identificación de algunas disposiciones de ciertos decretos leyes sobre los cuales se ha formulado concretos argumentos, y en torno a los cuales es preciso que este Colegiado tenga que detenerse. Antes, sin embargo, debe recordarse que, en un proceso como el presente, este Tribunal no se pronuncia sobre la validez de los procesos realizados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, donde eventualmente se hayan aplicado las normas hoy impugnadas, aun cuando estas, con posterioridad, son declaradas no conformes a la Constitución; sino, concretamente, sobre la validez de la norma impugnada. Y ello es así, pues, por su propia naturaleza, si algo caracteriza al modelo de jurisdicción constitucional concentrada, ese algo es precisamente que se trata de un control abstracto entre dos normas de distinto rango, con independencia de las situaciones fácticas donde estas se vayan a aplicar.

b) Inciso f) del artículo 12 del Decreto Ley N° 25475 y derecho de defensa

117. El inciso f) del artículo 12 del Decreto Ley N° 25475 señala que: “En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:

“(…) f) Los encausados tienen derecho a designar su abogado defensor, el mismo que solo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público. Si no lo hicieren, la autoridad policial les asignará uno de oficio, que será proporcionado por el Ministerio de Justicia”.

118. A juicio de los demandantes, dicho dispositivo es inconstitucional porque establece que “el defensor solo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación”, impidiéndosele que pueda contar con asistencia letrada antes de que ella se recabe.

119. El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. “Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión” (Caso Tineo Cabrera, Exp. N° 1230-2002-AA/TC).

120. Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139 de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.

Uno de sus contenidos es el derecho a comunicarse personalmente con un defensor, elegido libremente, y a ser asesorado por este. Como expresa dicho dispositivo constitucional, se garantiza el “(…) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)” y el “derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

121. Si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139 de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación.

122. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.
123. No obstante todo lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que esta disposición impugnada no puede ser declarada inconstitucional, toda vez que fue derogada tácitamente por el artículo 2 de la Ley N° 26447, a tenor del cual:

“Los presuntos implicados por delitos de terrorismo señalados en el artículo precedente tienen derecho a designar un abogado defensor de su elección y a ser asesorados por este desde el inicio de la intervención policial.

La participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.

Es obligatoria la presencia del abogado defensor y del representante del Ministerio Público en la manifestación policial del presunto implicado. Si este no nombra abogado defensor, la autoridad policial, en coordinación con el Ministerio Público, le asignará uno de oficio que será proporcionado por el Ministerio de Justicia”.

c) Inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25744 y limitación del derecho de defender

124. Los demandantes sostienen que el inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25744 es inconstitucional, ya que prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio. Refieren, asimismo, que similar prohibición, en su momento, la establecía también el artículo 18 del Decreto Ley N° 25475, que hoy se encuentra derogado por la Ley N° 26248.
125. Como es obvio, nada ha de decir este Tribunal Constitucional respecto al artículo 18 del Decreto Ley N° 25475, pues, como se ha sostenido, en la actualidad se encuentra derogado. Sí ha de detenerse, sin embargo, en el análisis del inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25744, que modifica el Decreto Ley N° 25475, según el cual:

“Durante la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como en el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria a que se refiere el Decreto Ley N° 25659, se observará, en lo que fuere pertinente, lo establecido en los artículos 12, 13, 17, 18, 19 y 20 y Séptima Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley N° 25475, con las siguientes modificaciones:

(...) c) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de Oficio”.

126. A primera vista, pareciera que la limitación que establece el inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25744 no incide, en realidad, sobre el derecho de defensa, sino, por el contrario, sobre la libertad del ejercicio de la profesión, en este caso, de los profesionales del derecho. La verdad, sin embargo, es que tratándose de una restricción sobre tal libertad, también lo es sobre el derecho de defensa, que si, como antes se ha dicho, también garantiza que el encausado pueda elegir libremente a su defensor, restringe las posibilidades de esa libre elección, en la medida que una vez que el letrado se constituya como defensor de una persona determinada, ya no podrá encargársele y/o aceptar la defensa de otra.
127. Se trata, desde luego, de una limitación del derecho, en un doble sentido: por un lado, al derecho de elegir libremente un abogado, y, por otro, a la libertad en el ejercicio de la profesión de abogado. En cuanto disposición limitativa del ejercicio de derechos constitucionales, per se, no es inconstitucional, pues como ha tenido oportunidad de advertir este Tribunal, en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues estos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales.
128. Y es que para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, esta debe respetar su contenido esencial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no considera que la limitación sobre el ejercicio del derecho de elegir libremente un defensor afecta su núcleo duro, esto es, la posibilidad de que el encausado en un procedimiento investigatorio, o en un proceso judicial, esté en la capacidad de elegir y, por lo tanto, que no se le imponga un letrado. Y es que si la disposición cuestionada limita las opciones de la elección (el defensor de uno ya no podrá ser elegido por otro), ello, en principio y con carácter general, no genera indefensión, toda vez que tal elección podrá realizarse entre otros letrados.
129. Ese ha sido el mismo criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener, en relación al precepto impugnado, que: “La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculcado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d. de la Convención” (caso Castillo Petruzzi, párrafo. 147).
130. No es ajeno a este Tribunal que esa negación de la incompatibilidad, per se, del inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25744 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede sino entenderse en los alcances generales con los cuales está formulado dicho precepto legal, pero que, en su aplicación concreta, especialmente en un ámbito territorial donde no haya la posibilidad de elección entre diversos profesionales del derecho, por su ausencia, tal aplicación –ya que no la disposición– sí pueda lesionar el derecho en cuestión.
131. Otro tanto cabría, ahora, señalar respecto a la limitación de la libertad de ejercicio de la profesión que, como contenido implícito de la libertad de trabajo, se

encuentra reconocida en el inciso 15) del artículo 2 de la Constitución. Tal libertad de trabajo no puede considerarse vulnerada en su contenido esencial porque, en el ámbito concreto de un tipo especial de delitos, se limite que el profesional en derecho pueda hacerse cargo de la defensa de más de un encausado. Y es que tal limitación, concretamente referida a un único delito, no significa que tal profesional del derecho pueda tenerla para asumir otras figuras delictivas.

No deja de preocupar a este Tribunal, por otro lado, que, so pretexto de la gravedad de ciertos delitos, las medidas bajo análisis puedan extenderse a otras figuras reguladas por el Código Penal. Por ello, considera este Supremo Intérprete de la Constitución, que medidas de esa naturaleza no pueden configurarse como una regla general, sino de manera excepcional y siempre que los fines que con tales medidas se persigan alcanzar sean estrictamente proporcionales con la restricción impuesta.

§10.4. La presunción de inocencia

132. Por otro lado, se acusa que el inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475, modificado a su vez por la Ley N° 26248, viola el principio de presunción de inocencia reconocido en el literal “e” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, ya que establece que:

“Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del juez penal quien dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional”.

a) El derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal

133. Señalan los demandantes que dicho precepto legal afectaría el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y el derecho reconocido en los artículos 7, numeral 6 y 8, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que dichos dispositivos garantizan el derecho de la persona a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que estos decidan, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordenen su libertad si fueron ilegales.

134. Con referencia a esta impugnación del artículo 2, inciso c), del Decreto Ley N° 25744, considera este Tribunal Constitucional que, en principio, de él no es posible inferir, en ningún modo, que se impida, obstaculice o disuada, que el afectado con la prisión preventiva pueda recurrir la decisión que afecta su libertad locomotora. Este Supremo Intérprete de la Constitución es consciente que, hasta hace poco, en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional prevalecía la idea de que, con excepción del ejercicio de los recursos dentro del mismo proceso penal, el mandato de detención no podía ser cuestionado en otro tipo de procesos y, particularmente, en el ámbito del hábeas corpus. Sin embargo, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (entre otros, en el caso Tineo

Cabrera, Exp. N° 1230-2002-HC/TC), el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero una cosa es que se haya considerado en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional que determinados actos, como el mandato de detención, no puedan ser objeto de control mediante el hábeas corpus, y otra, muy distinta, que la disposición impugnada lo prohíba per se. La primera es un problema de interpretación. La segunda, en cambio, de validez.

135. Distinta es la situación, en cambio, de la alegación sobre la afectación del principio de inocencia que contendría el inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475. No tanto por los términos en los que se plantea esa impugnación, esto es, en el sentido de que aquella disposición, al obligar al juez a abrir auto de instrucción con mandato de detención, expresa una “declaratoria de responsabilidad penal”.

A juicio del Tribunal, que el juez dicte el auto de apertura de instrucción no significa que emita una declaración anticipada de responsabilidad penal del procesado. Con dicho acto procesal solo se abre el proceso penal, en cuyo seno se determinará finalmente si el encausado es o no responsable del delito por el que se le juzga, previo desarrollo del proceso conforme a las reglas del derecho al debido proceso penal. Ese dispositivo, pues, no admite ser interpretado en el sentido que los demandantes lo han hecho, pues no solo no se infiere ello de su enunciado, sino tampoco de una interpretación de él conforme a la naturaleza de la institución procesal.

136. Sí, en cambio, podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto impugnado se interpretase en sentido literal, tal y como lo han denunciado los demandantes; esto es, en el sentido de que una vez formalizada la denuncia por el representante del Ministerio Público, el juez penal irremediablemente deberá de abrir instrucción, sin posibilidad de calificar si, en cada caso concreto, existen suficientes y objetivos elementos de que, contra quien se abre instrucción, ha cometido un ilícito penal. Pero, en tal supuesto, no es el principio de presunción de inocencia el que se vería afectado, sino el de autonomía de los jueces, en la medida que un mandato de esta naturaleza no les permitiría realizar un análisis del caso, sino abrir, mecánicamente, la referida instrucción.

137. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que una eventual inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 puede perfectamente ser evitada si, lejos de una interpretación literal, tal dispositivo se interpreta sistemáticamente con el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales. Y, en ese sentido, se entiende que el inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 autoriza al juez penal abrir la instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, esto es,

“si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito”, para lo cual “el auto contendrá en forma precisa, la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado (...)”.

En verdad, en este caso, más que la realización de una interpretación, conforme a la Constitución, del inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 y, por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus sentidos interpretativos, se trata de comprenderlo de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación jurídica y, particularmente, bajo los alcances del denominado criterio de interpretación sistemática. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional el inciso a) del artículo 13 del referido Decreto Ley N° 25475.

b) El mandato de detención y presunción de inocencia

138. Especial atención se debe prestar a los términos en que se formula la impugnación del inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 porque supuestamente viola el principio de presunción de inocencia. De los argumentos expuestos por los demandantes, parece desprenderse que la lesión sobre tal principio se generaría, además, por el hecho de que, pese a presumirse la inocencia del procesado, la disposición impugnada obligaría al juez a dictar mandato de detención, invirtiendo de ese modo la presunción de inocencia por la de culpabilidad.
139. Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional. En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de apreciar (así, por ejemplo, en los Casos Grace Riggs, Tineo Cabrera, etc.), el mandato de detención o, lo que es lo mismo, la detención judicial preventiva, no constituye una sanción punitiva, pues se trata, en esencia, de una medida cautelar, de carácter excepcional, cuyo dictado solo puede decretarse bajo el escrupuloso respeto de las condiciones legales que autorizan su dictado, que, como se sabe, se halla regulado básicamente por el artículo 135 del Código Procesal Penal.
140. El problema, no obstante, aparentemente es otro. Que de una lectura literal de dicho precepto legal pareciera desprenderse la obligación del juez penal, al dictar el auto apertorio de instrucción, y sin tomar en consideración las causas legalmente establecidas en el artículo 135 del Código Procesal Penal, de decretar automáticamente el mandato de detención contra los procesados por el delito de terrorismo. Según este punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o la misma eficacia del resultado del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.
141. Si ese fuera el sentido del inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada solo en atención

a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, esta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, “podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley” (Informe N° 02/97, párrafo 51).

Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, solo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, esta es juzgada indispensable; lo que presupone, consiguientemente, que no se pueda establecer legislativamente el carácter obligatorio de su dictado. Este último criterio se deriva directamente de lo señalado en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general”, pues, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello “sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

142. Sin embargo, más allá de lo que hasta aquí ha expresado este Tribunal Constitucional, al igual que lo ha sostenido respecto a la alegación de violación del principio de autonomía judicial, dicha disposición puede también entenderse en un contexto sistemático, esto es, que la atribución de dictar mandato de detención, regulada por el inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135 del Código Procesal Penal. Desde este punto de vista, la apertura de instrucción penal contra el encausado, eventualmente, podría terminar con el dictado de una medida cautelar, como la detención judicial preventiva, si es que se cumplen los presupuestos legales allí regulados y no porque el juez penal esté obligado a hacerlo.

Y es que, de conformidad con el artículo 7 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la validez de la detención judicial preventiva no solo está condicionada a la observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el derecho interno, sino, además, a que dichas razones de justificación se encuentren conformes con la Constitución, ya 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 conforme a ellas”. Lo que quiere decir que no solo basta con que las razones que puedan dar origen a la detención judicial preventiva estén señaladas en la ley, sino, además, que ellas se encuentren conformes con la Constitución.

143. En torno a ello, el Tribunal Constitucional debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que además de las razones previstas

en el artículo 135 del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tienen que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público.

No obstante, si se introdujera la primera de las causales de justificación señaladas, no debe olvidarse que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad” (Informe N° 02/97, párrafo 32).

144. Y, en lo que se refiere a la necesidad de preservar el orden público, no debe perderse de vista las especiales advertencias que, sobre el particular, ha efectuado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según las cuales “en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar” (Informe N° 02/97, párrafo 36).
145. No obstante, como también ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado”, y que, “en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal” (Informe N° 02/97, párrafos 36 y 37). En cualquier caso, esta posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.
146. Más allá de estos dos últimos párrafos, el Tribunal Constitucional considera que el inciso a) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 no es, per se, inconstitucional, lo que no quiere decir que, en su aplicación, no pueda juzgarse la validez de una detención judicial preventiva que resulte incompatible con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

§10.5. Medios probatorios

147. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del inciso c) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475, sobre la afirmación de que, “con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones

en la elaboración del atestado policial se impide contradecir lo afirmado por la policía, dándole al atestado el valor de prueba plena”. Por conexidad el cuestionamiento aquí formulado alcanzaría a su vez a la norma contenida en el inciso b) del artículo 2 del Decreto Ley N° 25744. Sin embargo, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de esta última norma –aunque por razón distinta (véase apartado III de esta misma sentencia)–, el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional solamente comprende a la primera disposición mencionada.

El texto legal de la citada norma, es el siguiente:

“Artículo 13.- Normas para la instrucción y el juicio. Para la instrucción y el juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas: (...) c). En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del atestado policial”.

148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.

El derecho a “interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, como se enuncia en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

150. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro “en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la

defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel” (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Grijley, 1999, p. 61).

151. Es en este contexto en el que el Tribunal Constitucional considera que debe analizarse los alcances del límite al derecho a la prueba previsto en el artículo 13, inciso c), del Decreto Ley N° 25475. Dicho precepto, como antes se ha recordado, señala que: “En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial”.

Se trata, como se observa, de un límite al derecho de interrogar a los testigos que, en concreto, por razón de sus funciones, hayan participado en la elaboración del atestado policial. Es decir, no se trata de una prohibición generalizada para interrogar a los testigos de cargo, cualquiera sea su clase, sino solo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, esto es, a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

152. En consecuencia, cabe analizar si tal limitación, por ser irrazonable, no respeta el contenido esencial del derecho reconocido en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A juicio del Tribunal Constitucional, dos son cuando menos los sentidos en los que cabe entender tal restricción:

Por un lado, impedir, sin más, que los acusados por el delito de terrorismo puedan interrogar a su captores.

Restringir tal interrogatorio, pues con ello se persigue proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional del Perú y las de sus familiares.

153. Evidentemente, si la razón para justificar tal limitación se amparase solo en la primera de las razones, la restricción impuesta al derecho en cuestión sería inconstitucional, por adolecer de razones objetivas y razonables que la justifiquen. No es la misma situación, sin embargo, si se trata de comprender tal limitación con la perspectiva de los fines constitucionales que con ella se persiguen alcanzar y que son expuestos en el apartado “b”, antes enunciado.

Aunque en la acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no considera hechos, pues su razonamiento es abstracto entre la norma con rango de ley impugnada y la Constitución, no ignora la abundante prueba documental existente sobre asesinatos cometidos por los delincuentes terroristas contra miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que participaron en la lucha contra la subversión.

154. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que, si bien la realización de un proceso con las debidas garantías es un derecho que se debe respetar en toda circunstancia, también lo es que, la limitación de determinados contenidos, como el de interrogar a los que elaboran el atestado policial, se encuentra

perfectamente justificada si es que, con tal limitación, el legislador persigue proteger derechos fundamentales tan valiosos como la vida y la integridad personal.

155. No es ajeno a este Tribunal Constitucional lo que, a propósito de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de expresar, en particular, en el Caso Castillo Petruzzi: “[L]a legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado hace que aquel no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (párrafos 153-155).

156. No obstante ello, los fundamentos expuestos por este Tribunal con relación a la validez de la limitación contenida en el artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 no deben entenderse como opuestos a lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por las siguientes razones:

El pronunciamiento de la Corte en el sentido indicado se realizó en un caso concreto y no de manera abstracta, donde a la limitación del derecho reconocido en el literal “F”, del numeral 2), artículo 8 de la Convención se sumó la violación del derecho a contar con un defensor desde el momento en que el procesado rindió su manifestación; este último tema sobre el cual el Tribunal antes ha tenido oportunidad de pronunciarse. Es decir, según la Corte, la violación del artículo 8, numeral 2), literal “F”, de la Convención se produjo como consecuencia de la vulneración conjunta al derecho a ser asistido por un abogado defensor antes de su manifestación.

En nuestro ordenamiento interno, y concretamente, en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, existe la libertad de apreciación por el juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia.

157. En ese sentido el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62 del mismo cuerpo adjetivo le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente indicada.

158. En esa medida, el Tribunal Constitucional entiende que la justificación de las limitaciones al derecho en referencia, también impone al juez penal una carga adicional, que se deriva implícitamente de la limitación; es decir, que cualquier sentencia condenatoria que se pudiera expedir no solo puede sustentarse en la

versión del atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de pruebas.

159. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que la limitación al derecho probatorio establecida por la norma cuestionada, dentro del marco del proceso que regula este tipo de delitos, es razonable, ya que: i) atiende a la necesidad de proteger o resguardar los derechos constitucionales de las personas que hayan intervenido en la investigación policial, como su derecho a la vida o integridad física, etc., ii) salvo tal limitación, se mantiene incólume la posibilidad de ofrecer y actuar toda la amplia gama de medios probatorios pertinentes; iii) conforme ya se mencionó anteriormente, el atestado policial, cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de prueba plena, pues en su caso este deberá ser meritado por el juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia (artículos 62 y 283 del Código de Procedimientos Penales); y iv) si de lo que se trata es cuestionar el contenido del atestado policial a través del interrogatorio a sus autores, la limitación no comprende el derecho de tacha que eventualmente pueden hacerse valer contra él.
160. El Tribunal Constitucional considera necesario señalar, en los casos que corresponda, que las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la eventual lesión de tal Derecho Constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de ese vicio.
161. Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente, cuyo propósito es realizar un control en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Empero, de modo excepcional, y dada la especial trascendencia que la presente sentencia reviste, este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo.
162. Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba. Según César San Martín (“Efectos procesales de la sentencia N° 1011-2002-HC/TC”, inédito), mientras que las primeras son realidades extraprocesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba

depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales.

163. Por último, es pertinente recordar la opinión, respecto a la valoración de la prueba por el juez penal, que hiciera el ilustre Presidente del Tribunal Constitucional español, trágicamente desaparecido, don Francisco Tomás y Valiente: “Es muy frecuente el reconocimiento explícito de la necesidad de respetar la valoración de la prueba hecha por el juzgador porque es de su exclusiva incumbencia. Al llevarla a cabo el juez penal, según su conciencia, o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a ella” (“Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 129).

§10.6. El derecho a un proceso que dure un plazo razonable: Artículo 1 del Decreto Ley N° 25708

164. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Ley N° 25708, según el cual:

“En los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N° 25659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones. El juez instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el artículo 13 del Decreto Ley N° 25475”.

165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria regulado por el Decreto Ley N° 25659, y tratándose el artículo 1 del Decreto Ley N° 25708 de una norma cuya finalidad fue establecer un procedimiento conforme al cual se debió juzgar aquel delito, por extensión este también es inconstitucional, en la medida que, además, prevé un plazo extremadamente breve para la realización del procedimiento investigatorio, vulnerando así el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser oído con las debidas garantías “dentro de un plazo razonable”, reconocido en el artículo 8, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
166. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, “Razonable 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” (TROCKER, Nicolo. “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. N° 2, 2001 citado, p. 407).

167. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación “de cualquier acusación penal”, vulnera el derecho a un proceso “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que este ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso **efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)”.
168. En el “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, de fecha 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana señaló que: “Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en este y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto”.

§10.7. El derecho de no ser incomunicado

169. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del inciso d) del artículo 12 del Decreto Ley N° 25475 por violar el literal “g” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución. Dicho precepto impugnado establece que:
- “En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes: (...).
- d) Cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación, podrá disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el máximo de ley, con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva”.
170. Se sostiene que dicho precepto viola el derecho “de toda persona de no ser incomunicada”, ya que dispone “la incomunicación absoluta de los detenidos”, produciéndose “la negación absoluta del derecho de defensa”. Consideran los demandantes que “solo el juez tiene facultad para disponer la incomunicación de un detenido, pero solo en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y respetando el derecho que tiene el detenido para comunicarse con su abogado defensor”.

171. Dos son los temas que, a juicio del Tribunal Constitucional, son imprescindibles analizar: a) Los alcances del derecho a no ser incomunicado; y b) la autoridad responsable para disponerla.

172. En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal “g”, inciso 24), del artículo 2 de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, “la autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”.

En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Este puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un “caso indispensable”, con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos” (caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 51).

173. En segundo lugar, aunque el literal “g”, inciso 24), del artículo 2 de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental.

174. Por ello, a juicio de este Supremo Intérprete de la Constitución, el inciso d) del artículo 12 del Decreto Ley N° 25475 es inconstitucional.

175. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera que con la incomunicación de un detenido por el delito de terrorismo no se afecta el derecho de defensa, ya que conforme se expresa en el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley N° 26447, este garantiza la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado, la que no podrá limitarse, “aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido”.

§10.8. El derecho de ser puesto, sin demora, a disposición del juez y el plazo de detención policial

176. Aunque por conexión, ya se haya declarado la inconstitucionalidad de todo el artículo 2 del Decreto Ley N° 25744, el inciso a) de dicho artículo es inconstitucional también de manera directa, ya que autoriza a que la Policía Nacional del Perú pueda disponer que el plazo de detención se extienda por un “término mayor de

quince días”, con la posibilidad de ser prorrogado por un periodo igual a solicitud de la misma Policía, cuando el literal f), inciso 24), del artículo 2 de la Constitución establece un plazo máximo de detención de quince días, tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

§10.9. El derecho a la pluralidad de instancias

177. Se ha cuestionado, asimismo, la violación del inciso 6) del artículo 139 de la Constitución, esto es, el principio de pluralidad de instancias. Alegan los demandantes que dicho principio exige la existencia de “un tribunal superior que funcione ajustado a las garantías del debido proceso, lo que no se cumple por cuanto todas las instancias judiciales están sujetas a la legislación antiterrorista vigente (por lo) que son violatorias del derecho”.

No obstante, los demandantes no precisan qué disposición o disposiciones legales violan tal derecho. Como es obvio, y este Tribunal antes lo ha recordado, una afirmación tan general, como la realizada, que no individualiza la disposición legal que la pueda afectar, impide que este Colegiado pueda realizar pronunciamiento alguno. Si la impugnación se apoya, como parece ser, en que tal violación se produciría como consecuencia de la vigencia de todos los decretos leyes y cada una de las materias que allí se regulan, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado y seguirá pronunciándose sobre cada uno de los dispositivos impugnados de dichos decretos leyes.

XI. La cadena perpetua y la reincorporación del penado a la sociedad

178. Los demandantes cuestionan la validez constitucional de la aplicación de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139, inciso 2), de la Constitución.

179. Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

180. Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el cuántum de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el cuántum de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese cuántum o las condiciones en la que esta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad.

181. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140 de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N° 14/94, del 9 de diciembre de 1994.
182. A juicio del Tribunal, de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.
183. La denominada “cadena perpetua”, en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

a) La cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad

184. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no solo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.
185. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que esta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

186. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de “re-educación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal.

Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

187. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídico-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues este termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual –porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado–, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

188. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no solo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

189. El sistema material de valores del Estado de Derecho impone que cualquier lucha contra el terrorismo (y quienes lo practiquen), se tenga necesariamente que realizar respetando sus principios y derechos fundamentales. Aquellos deben saber que la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que esta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y que las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de

Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes la detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirla. Por ello, si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida.

190. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además, porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad” en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.
191. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.
192. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del Derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N° 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse solo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.
193. Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N° 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino, donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la Ley N° 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Incluso, puede

considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales.

194. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua solo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.

XII. Proporcionalidad de las penas

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N° 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada “determinación legal”.

197. 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. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el

legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no solo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos afflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.
200. Los demandantes sostienen que son inconstitucionales las penas establecidas (y aunque no lo señalen expresamente, habría que entender que se trata de las previstas en el Decreto Ley N° 25475), porque “existe una gran desproporción entre el hecho delictuoso y la sanción aplicada al agente responsable. Son penas draconianas” y que “solo se han previsto penas privativas de libertad”, excluyéndose las demás.
201. No comparte, desde luego, tal criterio este Tribunal Constitucional. En efecto, y conforme se ha adelantado en la primera parte de esta sentencia, al Tribunal Constitucional no le cabe duda que el terrorismo constituye un delito muy grave, como también son muy graves los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que se afectan con su comisión, pues, sin importarle los medios, tiene la finalidad de afectar la vida, la libertad, la seguridad y la paz social, con el objeto de destruir el sistema constitucional.
202. Asimismo, manifiestan, sostiene (sic) que no se ha establecido ni un máximo ni un mínimo de las penas previstas, por lo que el juzgador las aplica a su libre albedrío, sin tener en cuenta el grado de participación y la responsabilidad del procesado y tampoco las especificaciones contenidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal y, dentro de ellas, los móviles que pueda tener el agente sentenciado.

Desde esta última perspectiva, dos son los aspectos que, en relación al tema propuesto, deben señalarse. En primer lugar, que hay que entender la impugnación planteada por los demandantes como referida a los artículos 2, 3, literales “b” y “c”, 4 y 5, del Decreto Ley N° 25475, pues en los regulados por los artículos subsiguientes sí se han previsto límites máximos y mínimos de las penas. Y, en segundo lugar, que es inexacto que las disposiciones impugnadas no prevean un mínimo de pena, pues conforme se observa de todos y cada uno de los preceptos antes aludidos, allí se indican límites mínimos de pena.

203. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión es: ¿la ausencia de límites máximos es inconstitucional porque afecta el principio de proporcionalidad?

Naturalmente, la absolución de la interrogante en esos términos, parte de un dato previo; esto es, da por supuesto que no existe, como lo alegan los demandantes, un plazo máximo de penas que el juez debe aplicar.

204. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es solo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N° 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29 del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, estas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención.

205. No obstante lo anterior, la inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de la figuras típicas reguladas por los artículos 2, 3 literales “b” y “c”, 4 y 5 del Decreto Ley N° 25475.

XIII. La negación de beneficios penitenciarios

206. Igualmente se cuestiona la constitucionalidad de las normas que establecen la prohibición de beneficios penitenciarios en los delitos de terrorismo y traición a la patria, esto es, el artículo 19 del Decreto Ley N° 25475 y el artículo 3 “a” del Decreto Ley N° 25744, respectivamente. Con relación a la segunda norma, es preciso aclarar que, aunque por razón diferente al cuestionamiento en examen, este Supremo Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre su carácter inconstitucional.

El artículo 19 del Decreto Ley N° 25475 textualmente señala: “Los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal”.

207. En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política, artículo 139, inciso 22), constituye uno de los principios del régimen penitenciario, que, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

que señala “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

208. Como antes se ha expuesto, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o al momento de establecer el cuántum de ellas.

Dentro de la condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección solo puede tener sentido, “si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.

209. Sin embargo, la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad, no es, per se, contrario al inciso 22) del artículo 139 de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, este pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.
210. El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2, inciso 2, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica.
211. En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe de señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.

Desde esta perspectiva, independientemente de los que antes se han sostenido en relación a la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional no considera que la no

concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja per se, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

212. Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe de observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente está referida a los beneficios previstos en los Códigos Penal y de Ejecución Penal. Lo que no quiere decir que a los sentenciados por delito de terrorismo les esté negado, a priori, cualquier eventual beneficio penitenciario, sino solo los que están establecidos en los citados cuerpos legales, correspondiendo al legislador la posibilidad de regular determinados beneficios penitenciarios de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados.

XIV. El derecho a la nacionalidad

213. El derecho de nacionalidad es el derecho que posee toda persona por el hecho de haber nacido dentro del territorio de la República del Perú, denominándose peruanos de nacimiento. También son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son también peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Este derecho está reconocido por el artículo 2, inciso 21), de la Constitución Política, según el cual toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella. El párrafo segundo del artículo 53 de la propia Constitución señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

214. En los instrumentos internacionales suscritos por el Perú también se declara el derecho a la nacionalidad. Así, el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, menciona que: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15, indica: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, se refiere a este tema en el numeral 3), artículo 20: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad”.
215. Uno de los casos previstos en el artículo 7 del Decreto Ley N° 25475 es el delito de apología cometido fuera del territorio peruano, caso que va en la misma línea preventivista general, en la que accesoriamente a la pena privativa de libertad se sanciona con la pérdida de la nacionalidad.
216. En nuestro medio, la pérdida de la nacionalidad funciona respecto de los ciudadanos peruanos por nacimiento y extranjeros naturalizados. El artículo 7 del Decreto Ley N° 25475 parece que ha creado un nuevo tipo de pena, aumentando el catálogo de penas diseñado en el Código Penal. Así, los artículos 30 y 31

enumeran los casos de penas. La pérdida de la nacionalidad en tanto pena no se encuentra prevista en dichos artículos.

En conclusión, la pena de pérdida de la nacionalidad es violatoria de lo previsto en la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo declararse su inconstitucionalidad.

XV. El derecho a la integridad personal

217. La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.
218. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la **personalidad** del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consustanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.
219. El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, estas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que “todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado contra la dignidad humana” (caso Loayza Tamayo, Párrafo 57).
220. Es cierto, que así como el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la

degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar cómo promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

221. La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que esta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envilecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

222. El artículo 20 del Decreto Ley N° 25475 dispone que los condenados por terrorismo cumplirán la pena “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención”. Asimismo, establece que “en ningún caso (...) los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”. Esta misma línea fue seguida por el inciso b) del artículo 3 del Decreto Ley N° 25744, declarado anteriormente inconstitucional.
223. El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el periodo de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su periodo de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2, inciso 1) de la Constitución y del artículo 5, incisos 1), 2) y 6), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.
224. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que son inconstitucionales las frases “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego”, así como: “En ningún caso, y bajo responsabilidad del director del Establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”, por lo que el artículo 20 del Decreto Ley N° 25475 subsiste, redactado de la siguiente forma:

“Artículo 20 (Decreto Ley N° 25475): Las penas privativas de libertad establecidas en el presente decreto ley se cumplirán, obligatoriamente, en un centro de

reclusión de máxima seguridad, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure su reclusión.

Los sentenciados por delito de terrorismo tendrán derecho a un régimen de visita semanal estrictamente circunscrito a sus familiares más cercanos. El Sector Justicia reglamentará el régimen de visita mediante resolución ministerial”.

XVI. El Derecho Internacional humanitario y la legislación antiterrorista

225. Por otro lado, se han cuestionado los decretos leyes materia del petitorio de la demanda, señalando que “violan flagrantemente las prohibiciones establecidas en el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, los mismos que contienen el respeto a los derechos fundamentales que también están consagrados en la Constitución Política del Perú”. En ese sentido, se denuncia específicamente vulneración de las garantías constitucionales del debido proceso, al haberse creado jueces y tribunales de excepción en el fuero civil y fuero militar, desviando la jurisdicción de los civiles al fuero militar, así como el sistema de penas y penitenciario establecidos; en este último aspecto se menciona que no se ha respetado la prohibición de los tratos crueles, humillantes y degradantes, atentatorios de la dignidad personal.

El artículo 3 de los Convenios de Ginebra, señala:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente de las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

226. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba indicadas:

“a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones y los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) La toma de rehenes;

c) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio, ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

(...)”.

227. En principio, desde el punto de vista estrictamente normativo, debe considerarse que la hipótesis fáctica de aplicación de la citada norma es la existencia de un conflicto armado no internacional que haya surgido en el territorio de un país contratante, en cuyo caso, a las partes en conflicto le están prohibidos los actos que ella describe; en ese sentido, en forma previa a cualquier pronunciamiento que se refiera a esta norma, ello requiere de una previa determinación de si los hechos provocados por el accionar de las organizaciones subversivas tienen o no la calidad de conflicto armado, lo que ciertamente al Tribunal Constitucional no le compete; a lo que debe agregarse que las prohibiciones reguladas en la citada norma internacional están referidas a actos concretos, lo cual tampoco puede ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal dentro de la acción de inconstitucionalidad, la ella está sujeta al juicio de constitucionalidad entre dos normas: la constitucional y la norma legal.
228. No obstante, y sin que ello signifique reconocimiento de calidad de conflicto armado, pues se trata simplemente de la represión de un delito reprochable por el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional advierte que la legislación antiterrorista nacional cuestionada no vulnera las disposiciones de la normativa internacional en referencia, pues no autoriza, a sus agencias del control punitivo, ninguna de las prohibiciones taxativamente establecidas en la citada norma, máxime que en el fundamento precedente (XI de la presente sentencia) se consideró inconstitucional el artículo 20 del Decreto Ley N° 25475, por cuanto el modo de ejecución de la pena venía aparejada de aislamiento e incomunicación del delincuente, lo que suponía trato cruel e inhumano.

XVII. Realización de nuevos procesos

229. Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento. En ese sentido, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.
230. Considera el Tribunal Constitucional que tal regla al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regulen en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N° 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo, pues como expone este Tribunal en los fundamentos N°s 36, 37 y 38, los mismos supuestos prohibidos por el Decreto Ley N° 25659 se encuentran regulados por el Decreto Ley N° 25475.

En consecuencia, una vez que el legislador regule el cauce procesal señalado en el párrafo anterior, la posibilidad de plantear la realización de un nuevo proceso penal, ha de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado.

Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Legislativo a dictar en un plazo razonable la forma y el modo con el que se tramitarán, eventualmente, las reclamaciones particulares a las que antes se ha hecho referencia.

XVIII. La excepción de prescripción de la acción

231. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe declarar que las cuestiones planteadas en la excepción de prescripción de la acción fueron resueltas en el auto de admisibilidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su ley orgánica,

FALLA

Declarando **INFUNDADA** la excepción de prescripción y **FUNDADA**, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: decláranse inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 así como la frase “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego” y “En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación” del artículo 20 del Decreto Ley N° 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12 del mismo Decreto Ley N° 25475.

Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del Decreto Ley N° 25659. También la frase “o traición a la patria” del artículo 6 del mismo Decreto Ley N° 25659 y los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Ley N° 25708; los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2, 3, y 4 del Decreto Ley N° 25744.

DECLARA que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia, en relación con el inciso f) del artículo 12 conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N° 123; así como en relación con el artículo 18, conforme a lo expuesto en los fundamentos 124 y 125; con los artículos 15, 16 y la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley N° 25475, según se expuso en el fundamento N° 111 de esta sentencia;

E INFUNDADA, por mayoría, la demanda en lo demás que contiene, formando parte integrante de la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N°s 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 88, 93, 104, 106, 107, 128, 130, 131, 135, 137, 142, 146, 154, 159, 172 y 174, y, en consecuencia, son vinculantes para todos los operadores jurídicos dichos criterios de interpretación.

ASIMISMO, exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N°s 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3, incisos b) y c); y 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N° 205 de esta sentencia. Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los fundamentos 229 y 230 de esta sentencia.

Indica que esta sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia.

DISPONE la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y su archivamiento.

Publíquese y notifíquese.

ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; REY TERRY, AGUIRRE ROCA; REVOREDO MARSANO; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA

CASO: LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO

Crterios de valoración de los presupuestos de la detención y su relación con el principio del *in dubio pro reo*

- 1.- Exp. : N° 139-2002-HC/TC
- 2.- Demandante : Luis Guillermo Bedoya de Vivanco
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

Con fecha seis de diciembre del dos mil uno, don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco interpone acción de hábeas corpus contra los vocales superiores integrantes de la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción, doctores Inés Villa Bonilla, Roberto Barandiarán Dempwolf e Inés Tello de Ñecco, quienes emitieron la Resolución N° 235 del once de octubre del año dos mil uno, confirmando la resolución del veintisiete de julio de dos mil uno emitida por el Primer Juzgado Penal Especial, por considerar que ratificaron de modo arbitrario la detención de la que viene siendo objeto.

Especifica el accionante que con fecha veinte de julio solicitó al Primer Juzgado Penal Especial se variara la medida de detención que venía sufriendo, por la de comparecencia, en base a las pruebas actuadas en el proceso y conforme a las cuales se ha puesto en duda el origen de los fondos aportados en su campaña, lo que ha desvirtuado que los mismos tengan necesariamente carácter público. Por otra parte, ha demostrado que en el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve, no era funcionario público, por lo que no puede ser acusado de complicidad en peculado. Ha demostrado, igualmente, que tiene arraigo personal, profesional, económico y político, que carece de antecedentes y se ha presentado a todas las diligencias incluso cuando se ordenó su detención, lo que descarta suponer la existencia de riesgo procesal. Consecuentemente no se da ninguno de los supuestos previstos por el artículo 135 del Código Procesal Penal, para disponer o mantener su detención. Añade que el citado juzgado, pese a admitir la existencia de duda razonable en torno a la procedencia del dinero que tenía en su poder el señor Vladimiro Montesinos Torres, dado su origen tanto público como privado, procedió a denegar de manera inconstitucional su libertad, al margen de lo dispuesto en el último párrafo del antes citado dispositivo legal, que establece que el juez puede variar la medida de detención, cuando nuevas pruebas hayan puesto en cuestión la suficiencia de las anteriores. En otras palabras el juzgado aplicó la duda razonable en su perjuicio y no a su favor, como manda la Constitución. El mismo juzgado, igualmente, no se pronunció tampoco sobre el principal argumento que utilizó al formular su pedido de variación de la detención por comparecencia, y que se refería a la no posibilidad de fuga y de perturbación de la actividad probatoria, tanto más cuando ha sido el propio accionante quien aportó los elementos de prueba dentro del proceso. Por otro lado, y cuando se elevó el expediente a la segunda instancia, fue el propio fiscal quien reconoció que el tema fundamental de dicho proceso era el relativo al origen de los fondos y que sobre ello existía duda, motivo por el que se pronunciaba en favor de su libertad, aparte de admitir la carencia de riesgo procesal en su caso.

La Sala emplazada, no obstante lo señalado, no se pronunció sobre ninguno de dichos temas lo que supone una evidente infracción al debido proceso.

El Segundo Juzgado Especializado en Derecho Público de fojas ciento treinta y siete a ciento treinta y nueve, declara improcedente de plano la acción, por considerar que conforme al artículo 6 inciso 2) de la Ley N° 23506, no proceden las garantías contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular y que, conforme al artículo 10 de la Ley N° 25398, las presuntas irregularidades cometidas en un proceso deben ser corregidas al interior del mismo, mediante los recursos específicos. Agrega, que el actor pretende utilizar la vía procesal constitucional con la finalidad de enervar un pronunciamiento judicial y que se disponga su libertad, pero que dicha pretensión desnaturaliza el ámbito de protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, por último, ha señalado en diversos casos que no procede el hábeas corpus cuando el accionante tiene instrucción abierta o se haya sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía.

La recurrida, emitida en mayoría, declara igualmente improcedente la acción, por estimar que en materia de acciones de garantía contra resoluciones judiciales que limitan la libertad individual, solo resultan amparables las promovidas contra mandatos emanados de procesos irregulares y que estos, como lo señala el Tribunal Constitucional, son los que afectan las garantías del debido proceso o alguno de los derechos fundamentales de carácter procesal. El actor, sin embargo, pretende objetar una resolución judicial emanada de un proceso regular por haberle sido desfavorable, cuando de haber detectado alguna anomalía debió recurrir a los recursos que las normas procesales específicas establecen. Contra esta resolución se promueve recurso extraordinario.

FUNDAMENTOS

1. Conforme aparece en el escrito de hábeas corpus, el petitório cuestiona las resoluciones judiciales que deniegan la solicitud de variación del mandato de detención por el de comparecencia de don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, por considerar que las mismas han sido emitidas en forma arbitraria y en violación de principios constitucionales, vulnerando el debido proceso y la libertad individual del accionante.
2. En el presente caso, ha sido la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima la que ha emitido pronunciamiento en segunda instancia, en el mismo sentido, aunque sin confirmar expresamente, la resolución de primera instancia. Sin embargo, dada la naturaleza de la acción de hábeas corpus, le correspondería ser tramitada ante una Sala Penal. Pese a ello, en vista de lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Resolución Administrativa N° 192-2001-CE-PJ del veintisiete de diciembre de dos mil uno, que explica tal competencia, y en consideración al principio de la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional encuentra que la competencia de la citada Sala Civil es conforme a la Constitución.
3. Por otra parte, se aprecia de las resoluciones de primera y segunda instancia que ha existido un rechazo liminar de la demanda, que conllevaría a la reestructuración del proceso por vicios de forma. Sin embargo, este Colegiado opta –como

lo ha hecho en casos similares— por prescindir de la fórmula contemplada en la segunda parte del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, en consideración a la urgente e inmediata tutela de los derechos constitucionales objeto de reclamación y con la finalidad de evitar una indebida, prolongada e irreparable afectación al derecho a la libertad individual, opción que le está abierta a este Tribunal.

4. En cuanto al fondo, al peticionario se le revocó el mandato de comparecencia por el de detención, en aplicación del artículo 135 del Código Procesal Penal. Este dispositivo señala que el juez puede dictar mandato de detención cuando atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial sea posible determinar: “1.- que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. 2.- que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, y, 3.- que existen suficientes elementos para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado, cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

Considera el Tribunal que los tres incisos del artículo 135 del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención. En el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención, deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes en un primer momento. En efecto, tanto el fiscal superior —en su Dictamen N° 010-01-E, a fojas sesenta y sesenta vuelta— como el juez —en su resolución a fojas treinta y seis y treinta y siete— admiten que no se ha probado si el dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común.

El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del artículo 135 del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*. En lo que atañe al requisito establecido en el inciso c) del artículo 135 del Código Procesal Penal, este Colegiado considera que la conducta del procesado no permite concluir, razonablemente, que al ser puesto en libertad evadirá la acción de la justicia, pues en autos consta que ha cooperado con las diligencias del proceso, como lo reconoce la propia fiscalía y que carece de antecedentes penales.

5. En consecuencia, se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no meritarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135 del Código Procesal Penal y del principio constitucional *in dubio pro reo*, por lo que se estima razonable la pretensión demandada, sin perjuicio de que las autoridades judiciales ordinarias continúen desarrollando el proceso penal correspondiente y de que adopten las medidas que juzguen necesarias para garantizar la presencia del accionante en el mismo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado y su ley orgánica

FALLA

REVOCANDO la recurrida que declaró improcedente la acción de hábeas corpus y **REFORMÁNDOLA** declara **FUNDADA** la acción de hábeas corpus interpuesta por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, y en consecuencia, ordena dejar sin efecto el mandato de detención dictado en su contra en el proceso seguido ante el Primer Juzgado Penal Especial, Expediente N° 13-01, debiendo disponerse su inmediata excarcelación, sin perjuicio de tomarse las medidas procesales pertinentes para asegurar su presencia en el proceso. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

Publíquese y notifíquese.

AGUIRRE ROCA; REY TERRY; NUGENT; DÍAZ VALVERDE; ACOSTA SÁNCHEZ; REVOREDO MARSANO

CASO: VLADIMIR CARLOS VILLANUEVA

La reincidencia sí puede ser tomada en cuenta para determinar el peligro procesal

- 1.- STC Exp. : N° 1126-2004-HC/TC
- 2.- Demandante : Vladimir Carlos Villanueva
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

El recurrente, con fecha 30 de octubre de 2003, interpone acción de hábeas corpus contra la Sala Nacional de Terrorismo, integrada por los señores Piedra Rojas, Bendezú Gómez y Arce Córdova, el juez del Tercer Juzgado Transitorio de Terrorismo, Walter Castillo Yataco, y el Fiscal Provincial de la Cuarta Fiscalía Especializada en Delitos de Terrorismo, Juan de la Cruz Aguilar, solicitando la inaplicación del Decreto Ley N° 25475 y de los Decretos Legislativos N°s 921 y 922, y la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas por los emplazados en su contra, por considerar que se ha vulnerado su derecho al debido proceso. Alega que el 7 de abril de 2003 se dictó un auto apertorio de instrucción con mandato de detención en su contra por la presunta comisión del delito de terrorismo, basándose, entre otros factores, en un atestado policial nulo, pues fue realizado en aplicación de normas del Decreto Ley N° 25475 declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Aduce que el delito de terrorismo tipificado en el Decreto Ley N° 25475 vulnera el principio de legalidad penal por ser abstracto e impreciso, también que los artículos 2 y 3 del referido decreto ley han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, y además que se han aplicado las normas del Decreto Legislativo N° 922, lo que significa la vulneración del principio de irretroactividad de las leyes penales. Aduce, igualmente, que, al confirmar el auto apertorio de instrucción dictado en su contra, la Sala Nacional de Terrorismo ha tomado en consideración el acta de reconocimiento del arrepentido, clave N° A1A000157, en el que se le imputan acusaciones que no ha tenido oportunidad de desvirtuar, motivo por el cual se ha vulnerado su derecho de defensa. Finalmente, alega que resulta inconstitucional tomar en consideración sus antecedentes penales para presumir la existencia de peligro procesal.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, aduciendo que el recurrente está siendo procesado conforme a las normas dictadas luego de la sentencia N° 0010-2002-AI/TC del Tribunal Constitucional que permitió adecuar la legislación antiterrorista a los estándares internacionales del debido proceso.

El juez del Tercer Juzgado Penal de Terrorismo señala que en el proceso seguido contra el recurrente se vienen respetando las garantías del debido proceso.

Los vocales de la Sala Nacional de Terrorismo alegan que las resoluciones cuestionadas por el recurrente han sido expedidas dentro de un proceso regular. Aducen que si bien el recurrente fue juzgado en el fuero militar, actualmente se le sigue un nuevo proceso con arreglo al Decreto Legislativo N° 922, expedido como consecuencia

de la Sentencia N° 0010-2002-AI/TC del Tribunal Constitucional, en la que quedaron resueltos los cuestionamientos que alega.

El Fiscal Provincial de la Cuarta Fiscalía Provincial de Terrorismo alega que la valoración de las normas legales no es un asunto que corresponda evaluar al Ministerio Público, y que no es cierto que el Decreto Ley N° 25475 haya sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Sostiene que la validez de las actas de reconocimiento, el atestado policial y otros instrumentos, debe ser merituada en el curso de la instrucción de conformidad con las normas pertinentes.

El Décimo Quinto Juzgado Penal de Lima, con fecha 20 de noviembre de 2003, declaró improcedente la demanda alegando que el recurrente viene ejerciendo sus derechos en el proceso que se le sigue y que la valoración de las pruebas en dicho proceso es competencia exclusiva del juez penal, quedando expedito el derecho del recurrente de interponer los medios impugnatorios que la ley franquea.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Conforme manifiesta el recurrente en el acta que obra a fojas 17, en el año 1995 un tribunal militar lo condenó a cadena perpetua por el delito de traición a la patria. Consecuentemente, en virtud de la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, y en aplicación del Decreto Legislativo N° 922, se declaró la nulidad de dicho proceso, dando lugar a un nuevo juicio en el fuero civil que a la fecha se encuentra en trámite.
2. El Tribunal Constitucional discrepa con el recurrente cuando afirma que en el nuevo proceso no puede ser aplicado el delito de terrorismo tipificado en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, puesto que, a diferencia de lo que afirma, dicho artículo no ha sido declarado inconstitucional por este Tribunal.
3. Por otra parte, este Colegiado tampoco considera que la aplicación al caso del recurrente del Decreto Legislativo N° 922 implique una vulneración del principio de irretroactividad de las leyes, pues dicha norma no pretende aplicarse a actos, hechos o situaciones jurídicas pasadas, sino a los procesos que tengan lugar como consecuencia de la declaración de nulidad de los procesos seguidos a civiles ante tribunales militares, por la comisión del delito de terrorismo.
4. El recurrente solicita que se declare la nulidad del auto apertorio de instrucción con mandato de detención y sus respectivas confirmatorias, expedidas en el nuevo proceso en el fuero civil, aduciendo que los jueces emplazados no debieron tomar en consideración el atestado policial N° 035-DIVICOTE 1-DINCOTE, de fecha 20 de abril de 1995, ni tampoco el acta de reconocimiento del arrepentido clave N° A1A000157.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta que, en atención a la etapa incipiente en la que se encuentra el proceso penal seguido en el fuero ordinario, la supuesta invalidez de los documentos probatorios acusada por el demandante en sede constitucional aparece como prematura. En efecto, en el momento del dictado de un auto apertorio de instrucción, el proceso penal se encuentra en su fase inicial, de

manera tal que el uso de determinados elementos probatorios que permitan presumir *prima facie* la vinculación del procesado con el delito investigado, no implica su convalidación: su validez puede quedar desvirtuada en el transcurso de las investigaciones, sea como consecuencia de la propia valoración de la judicatura, sea en razón de los atendibles argumentos que pueda ofrecer la parte acusada en uso de los medios impugnatorios que la ley franquea.

5. Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso incidir en dos criterios que este Tribunal dejó sentados en la aludida sentencia N° 0010-2002-AI/TC. En primer lugar, “el atestado policial, cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de prueba plena, pues en su caso este deberá ser meritado por el juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia (artículos 62 y 283 del Código de Procedimientos Penales)” (f. j. 102). En segundo término, la declaración de inconstitucionalidad de un proceso no implica, necesariamente, la nulidad de las pruebas que fueron actuadas en el mismo. En efecto, “las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso (...) solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso (...). La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales” (f. j. 105).
6. Finalmente, el recurrente alega que es inconstitucional considerar sus antecedentes penales para dictar el mandato de detención en su contra. El Tribunal discrepa también de este criterio, aduciendo que una cosa es considerar que los antecedentes penales no puedan ser dados como único factor que fundamente la existencia del peligro procesal, entendiéndose que ello implicaría negar el derecho de rehabilitación y reinserción en la sociedad del individuo que ha delinquido, además de afectar el principio de presunción de inocencia que le asiste una vez cumplida su condena, y otra, muy distinta, es considerar que ese elemento, aunado a otros que permitan presumir razonablemente el peligro de fuga o la perturbación de la actividad probatoria, no pueda ser tenido en cuenta por el juez penal al momento de dictar un mandato de detención. En efecto, si bien el peligro procesal es el argumento *sine qua non* que justifica el dictado de la prisión preventiva, no resulta inconstitucional que como elementos complementarios el juez penal acuda a criterios que permitan presumir un riesgo social materializado en la eventual reincidencia de quien, encontrándose en calidad de procesado, antes tuvo la condición de condenado por idéntico o similar delito.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado y su ley orgánica

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADO** el hábeas corpus de autos.

Publíquese y notifíquese.

BARDELLI LARTIRIGOYEN; REVOREDO MARSANO; GARCÍA TOMA

CASO: FREDDY DANIEL ZEVALLOS LÓPEZ

Invalidez de la detención ordenada por órganos administrativos

- 1.- STC Exp. : N° 2144-2004-HC/TC
- 2.- Demandante : Freddy Daniel Zevallos López
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

El recurrente, con fecha 10 de octubre de 2003, interpone acción de hábeas corpus contra doña Aurora Quintana-Gurt Chamorro, Magistrada de la Comisión Distrital de Control de Magistratura de la Corte Superior de Lima, con el objeto que se disponga el cese de la amenaza contra su derecho a la libertad personal. Alega, que con motivo de la investigación N° 323-02-AQ-G-CODICMA-CSJL de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura, ha sido requerido reiterada veces para prestar declaraciones indagatorias, incluso bajo apercibimiento de imponérsele una multa. Asimismo, refiere que en su condición de abogado de una parte procesal no tiene ninguna obligación de asistir a dar declaraciones a la oficina de la emplazada, más aún si el procedimiento llevado a cabo por esta instancia es uno de carácter administrativo que solo fiscaliza la conducta de magistrados y personal jurisdiccional.

El Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, mediante escrito de fojas 64, contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente, aduciendo que en el presente caso no se atenta contra el derecho a la libertad personal del accionante.

El Trigésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 19 de febrero de 2004, declaró improcedente la demanda, por estimar el cese de la alegada amenaza al derecho constitucional, ya que el apercibimiento de imponer una multa al actor ha sido dejado sin efecto, siendo variado por la medida coercitiva de ser conducido de grado o fuerza; y además por estimar que las citaciones cursadas al accionante –hasta en 9 oportunidades– no vulneran sus derechos constitucionales, pues solo constituyen instrumentos de auxilio judicial que emergen de una investigación administrativa de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA).

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que la emplazada ha actuado dentro del ejercicio regular de sus funciones.

FUNDAMENTOS

- 1. El objeto de la presente demanda es que se ordene el cese de la amenaza del derecho fundamental a la libertad personal del accionante, quien alega que en el proceso disciplinario N° 323-02-AQ-G-CODIGMA-CSJL ha sido requerido para que brinde su declaración testimonial, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública, pese a no tener la condición de magistrado ni auxiliar jurisdiccional.

2. Al respecto, el artículo 1 del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), establece que el objeto de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial es “(...) supervisar la idoneidad, conducta y desempeño funcional de los **magistrados** y **auxiliares jurisdiccionales**” (el resaltado es nuestro). Asimismo, el artículo 10 establece como funciones y atribuciones del Jefe de la OCMA: “(...) imponer, las sanciones disciplinarias de apercibimiento, multa y/o suspensión (...)”.
3. En el presente caso, a fojas 62, aparece la Resolución N° 35 de fecha 22 de setiembre de 2003, expedida por la emplazada, que ordena reiterar la citación al accionante para que rinda su declaración testimonial, en relación a la investigación que viene realizando, “bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo ciento treintinueve del Código de Procedimientos Penales, de aplicación supletoria a la presente investigación, dejándose sin efecto el apremio señalado (...)”.
4. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que si bien la OCMA puede solicitar declaraciones de testigos con la finalidad de obtener información valiosa para el desarrollo de sus investigaciones, no puede efectuar tal labor bajo el apercibimiento de conducir a los testigos con el apoyo de la fuerza pública, dada su naturaleza de órgano administrativo, no siendo de aplicación al presente caso el artículo 139 del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, el apercibimiento de la emplazada constituye una amenaza de vulneración del derecho a la libertad personal del accionante, por lo que debe estimarse la demanda, y declararse nula la Resolución N° 35 en el extremo que establece el mencionado apercibimiento.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado y su ley orgánica

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de hábeas corpus.
2. Declarar nula la Resolución N° 35, de fecha 22 de setiembre de 2003, expedida en la Investigación N° 323-02 de la Oficina de Control de la Magistratura, en el extremo en el que se establece el apercibimiento de conducir al accionante a brindar su declaración testimonial mediante el uso de la fuerza pública.

Publíquese y notifíquese.

BARDELLI LARTIRIGOYEN; REVOREDO MARSANO; GARCÍA TOMA

CASO: MOISÉS WOLFENSON WOLOCH WOLOCH

La naturaleza del arresto domiciliario

- 1.- STC Exp. : N° 0019-2005-PI/TC
- 2.- Demandante : Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

1. Demanda

Con fecha 8 de julio de 2005, 31 congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47 del Código Penal.

Manifiestan que si bien es cierto que la libertad personal es piedra angular del Estado contemporáneo, no es un derecho fundamental ilimitado y por ello debe estar sujeto a limitaciones previstas por ley, autorizadas por mandato judicial motivado y, excepcionalmente, llevadas a cabo por la Policía, en caso de flagrancia delictiva; y que la detención preventiva debe ser la última ratio en la decisión del juzgador, pues se trata de una grave limitación de la libertad física, motivo por el cual se justifica que sea tomada en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad.

De igual modo, sostienen que en nuestro ordenamiento procesal penal, la denominada detención domiciliaria no es propiamente una detención, y sí más bien una medida de comparecencia, de modo que no solo tiene carácter humanitario, sino que su dictado es una potestad discrecional del juzgador, cuando considere que no hay concurrencia de los requisitos para dictar un mandato de detención. En tal sentido, remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aducen que los efectos personales que la detención domiciliaria genera sobre el ámbito de la libertad personal del individuo no son los mismos que aquellos que tienen lugar con la detención preventiva, por lo que homologar el tratamiento de la detención domiciliaria con la detención preventiva, tal como lo hace la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

Asimismo, sostienen que la ley impugnada también vulnera el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución), pues dichos fines no pueden ser cumplidos en el domicilio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N° 28577, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

El Tribunal Constitucional considera que, en la presente causa, deben abordarse los siguientes aspectos:

- **Con relación al objeto de pronunciamiento:**
 - a) Delimitar el objeto de control en la presente causa, para lo cual será pertinente precisar cuáles son los extremos normativos de la ley impugnada que los demandantes consideran inconstitucionales.
 - b) Determinar si la derogación de la ley impugnada tiene como efecto la sustracción de la materia controvertida.
- **Con relación al fondo del asunto:**
 - c) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención preventiva sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.
 - d) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención domiciliaria sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Para tales efectos, en el siguiente orden, corresponderá:
 - d.1) Determinar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.
 - d.2) Analizar los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.
 - d.3) Evaluar el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.
 - d.4) Analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, desde la perspectiva del Derecho Penal.
 - d.5) Analizar la relación entre el Derecho Penal y la Constitución.
 - d.6) Analizar los fines de la pena desde una perspectiva constitucional.
 - d.7) Determinar si la ley impugnada afecta de modo desproporcionado los fines de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho, para lo cual será necesario acudir al test de proporcionalidad.
- **Con relación a los efectos de la sentencia:**
 - e) Determinar sus efectos en el tiempo.
 - f) Determinar sus alcances en lo que a los procesos en trámite se refiere.

VI. FUNDAMENTOS

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 28658, promulgada por el Presidente del Congreso el 3 de julio de 2005 y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, mediante la cual se modifica el artículo 47 del Código Penal.
2. Concretamente, la ley cuestionada dispone:

“Artículo Único.- Modifícase el artículo 47 del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47.- El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”.

§1. Delimitación del petitorio

3. Del tenor de la demanda se advierte que los recurrentes no han cuestionado la constitucionalidad *in toto* del aludido artículo, pues solo consideran inconstitucional el primer párrafo del precepto en cuanto dispone que el tiempo de arresto domiciliario se abona al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto; mas no que, para esos mismos efectos, se tome en consideración el tiempo de detención preventiva sufrido.

En consecuencia, desde el punto de vista de la disposición (texto lingüístico impugnado), debe concluirse que los recurrentes consideran inconstitucional la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del precepto impugnado.

§2. Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N° 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, motivo por el cual, ante todo, es preciso determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.
5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el caso ITF (STC Exp. N° 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de que:

“(…) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria” (f. j. 2).

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83 del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204 de la Constitución establezca:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto”.

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia.

§3. El abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad

7. El Tribunal Constitucional considera que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de “día por día” con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza.

Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2 de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139.

La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad (caso Siva Checa, STC Exp. N° 1091-2002-HC, fundamento 5 y siguientes).

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

Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán,

“(…) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando esta ha tenido lugar (§51 StGE)”. (*Constitución y Derecho Penal*. Palestra, Lima, 2003, p. 32).

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

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

10. En consecuencia, en los fundamentos siguientes el Tribunal Constitucional centrará su análisis en determinar si dicha constitucionalidad también se puede predicar respecto al arresto domiciliario, o si, acaso, en este extremo, la disposición cuestionada vulnera algún derecho, principio y/o valor constitucional.

§4. El derecho fundamental a la libertad personal como derecho regulado en su ejercicio

11. El inciso 24 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna

persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

12. Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

13. Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre el, a afectos de garantizar el éxito del proceso penal. Las dos medidas más limitativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal son la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario. Pero, ¿se trata de medidas, en esencia, análogas?

Ya se ha hecho referencia a la similitud sustancial, a nivel fáctico, que existe entre las condiciones del cumplimiento de la detención preventiva y la pena privativa de libertad, lo que constitucionalmente justifica que el tiempo de detención preventiva se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, ¿existe tal similitud sustancial?

Esta interrogante exige que este Tribunal analice el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa al arresto domiciliario, y las particulares características de dicha medida cautelar.

§5. El arresto domiciliario

14. Existen dos grandes modelos de regulación de esta medida cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

El primero es el modelo **amplio** de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida

alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura “arresto domiciliario” antes que a la de “detención domiciliaria”, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el **restringido**, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente.

15. El régimen del Código Procesal Penal de 1991, específicamente en el inciso 1 de su artículo 143 (vigente a la fecha), define al arresto domiciliario no como un mandato de detención, sino como una medida de comparecencia. Es decir, antes que ser una detención en sentido técnico, es una alternativa frente a esta, pues el precepto aludido es claro en señalar que:

“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención”.

En otras palabras, corresponderá dictar alguna de las medidas de comparecencia previstas en los distintos incisos del artículo 143 (entre las cuales se encuentra incluido el arresto en el domicilio), cuando no se cumplan copulativamente los requisitos previstos en el artículo 135 del mismo cuerpo de leyes, para dictar un mandato de detención. Dichos requisitos son:

- “1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

(...)

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y,
3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

16. De acuerdo al artículo 143, el arresto domiciliario puede ser dictado en cualquier supuesto; lo cual quiere decir, *prima facie*, que no se concibe como un sustituto de la detención preventiva. De hecho, prácticamente la totalidad de supuestos en los que se ha dictado esta medida ha comprendido casos de personas en perfecto estado de salud. No obstante, el referido artículo también permite que esta medida cautelar se imponga como un sustituto de la prisión preventiva para casos excepcionales, es decir, cuando se trate:

“(…) de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente”.

Este tratamiento legal de la detención domiciliaria denota la existencia de una fórmula **mixta** respecto a los dos modelos reseñados en el fundamento 14, *supra*.

17. En tal sentido, bien puede afirmarse que, a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos **restringidos** para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.
18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto Supremo Intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.
19. Así, en el caso Chumpitaz Gonzales (STC N° 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:

“[L]o primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial

preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella” (fundamento 2).

Este criterio ha sido invariablemente reiterado en diversas causas resueltas en esta sede (caso Fernandini Maraví, STC Exp. N° 0209-2002-HC, fundamento 2; caso Bozzo Rotondo, STC Exp. N° 0376-2003-HC, fundamento 2; entre otros).

20. Por su parte, en el caso Villanueva Chirinos (STC Exp. N° 0731-2004-HC), estableció lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda de que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante (...)” (fundamento 7).

21. Basándose en estos criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional precisó en el caso Arbulú Seminario (STC Exp. N° 1725-2002-HC) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137 del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo solo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (STC Exp. N° 2915-2002-HC, fundamentos 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, mutatis mutandis, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto.

Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

22. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento el arresto domiciliario tiene elementos jurídico-justificatorios menos estrictos que la detención preventiva, en su aplicación concreta se han advertido distintas permisiones de imposible verificación en un modelo **restringido**. Es el caso de concesiones tales como que la elección del lugar en el que se aplique la medida corra a cargo del imputado, y no del juez, o de permitirse que la persona acuda a su centro de labores durante plazos fijos. Asimismo, han existido casos en los que el inculpado sometido a arresto domiciliario,

“(…) con autorización judicial, puede egresar de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del exvocal Daniel Lorenzzi Goicochea, quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); puede votar en las elecciones gremiales; emitir voto en las elecciones generales; asistir a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral, visitó frecuentemente a su dentista)”. (Informe: *Comentarios a la Ley N° 28568 que modificó el artículo 47 del Código Penal sobre arresto domiciliario*. Justicia Viva. Lima, julio, 2005).

23. Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

§6. Obligación del legislador de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las instituciones

24. En consecuencia, si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta.

Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una “identidad matemática” entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y esta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

Dicho criterio, además, como correctamente se advirtió en la audiencia pública de esta causa, el día de hoy, daría lugar a que más tarde pueda pretenderse el cumplimiento de penas privativas de libertad no en un centro de reclusión, sino en el

domicilio del sentenciado, lo que evidentemente sería un despropósito, si se tiene en cuenta que el inciso 21 del artículo 139 de la Constitución, exige el cumplimiento de las penas privativas de la libertad en un establecimiento penal, a efectos de que se logren los fines del régimen penitenciario, esto es, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

25. Este Colegiado considera también que ello afectaría el principio de igualdad. En efecto, tal como ha sostenido,

“(…) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos” (caso Regalías Mineras, STC Exp. N° 0048-2004-AI, fundamento 61).

El principio de igualdad proscribiera la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión.

26. No obstante, podría pretenderse alegar la razonabilidad de la disposición impugnada desde la perspectiva del derecho a la libertad personal de los penados. En efecto, desde este enfoque, más allá de la ausencia de identidad entre los efectos personales que genera el arresto domiciliario, por un lado, y la detención preventiva y la pena privativa de libertad, por otro, es factible argumentar que, con tal medida, el derecho a la libertad personal de los penados se optimiza, pues el tiempo de cumplimiento de la pena en un centro penitenciario se reduciría considerablemente o, incluso, en determinados supuestos, sencillamente no tendría lugar. Se trataría de un supuesto en el que, si bien se dota al derecho fundamental a la libertad personal de un “contenido adicional” ajeno a su contenido constitucionalmente protegido, en última instancia resulta “favorecida” la libertad en su nivel subjetivo.
27. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, por obligación, no agota su función de supremo intérprete de la Constitución en una mera valoración de los derechos fundamentales en su vertiente subjetiva. Tal perspectiva, por parcial e insuficiente, desemboca inexorablemente en un grave error que generaría preclusiones absolutas entre los propios derechos fundamentales, o entre estos y los otros bienes esenciales para la convivencia democrática en un Estado Social y Democrático de Derecho.

De ahí que toda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido, solo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental; es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitución explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de

todo Estado Social y Democrático de Derecho, y para que este pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta.

28. Así las cosas, si bien la pretendida identidad entre un arresto domiciliario y la pena privativa de libertad permite que el penado se encuentre menos tiempo confinado en un centro de reclusión, o incluso, que no ingrese nunca a este a pesar de haber incurrido en un delito, es preciso preguntarse si acaso ello no desvirtúa los fines que el poder punitivo del Estado cumple en una sociedad democrática.

§7. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad

A) Teoría de la retribución absoluta

30. Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”.

Esta teoría no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1 de nuestra Constitución Política, conforme al cual:

“La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

B) Teoría de la prevención especial

31. Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

C) Teoría de la prevención general

32. La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo:

“(…) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ‘ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado” (“Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”. En: *Determinación judicial de la pena*. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1993, p. 28).

D) Teorías de la unión

33. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

§8. Derecho Penal y Constitución

34. Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.
35. El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una

privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu:

“Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el Derecho Penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional” (*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 37).

36. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no solo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

§9. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

37. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que esta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a este en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.
38. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para

garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166 de la Constitución, prevé que la Policía Nacional,

“(…) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (…)”.

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59 de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito:

“Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.
6. (...)”.

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

“(…) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial” (caso Antejudio Político, STC Exp. N° 0006-2003-AI, fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial –encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138 de la Constitución)– a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139 e inciso 1 del artículo 146 de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

39. Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado Social y Democrático de Derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de

diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución establece que:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...).”

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2, señala:

“Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (...).”

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

“Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley (...).”

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93 de la Constitución).

40. En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en:

“(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...).” (artículo 44 de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su cuántum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, esta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial

de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

41. Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.
42. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

“(…) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia” (Sentencia N° 107/1980, fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza

“que la función y el fin de la pena misma se agoten en la ‘esperada enmienda’ del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de ‘disuasión, prevención y defensa social’” (ídem).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que

“Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias” (Sentencia C-762/02, fundamento 6.4.5).

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

§10. Aplicación del test de proporcionalidad a la ley impugnada

43. Destacados los fines de la pena como bienes constitucionalmente protegidos, corresponde evaluar la disposición cuestionada a la luz del test de proporcionalidad. En otras palabras, corresponde evaluar si la norma cuestionada ha desvirtuado la finalidad que cumple la pena privativa de libertad en el orden constitucional.

44. Tal como quedó dicho, el fin que persigue la ley en cuestión, prima facie, no puede ser considerado como constitucionalmente inválido, toda vez que optimiza la libertad personal del penado al reducir el tiempo de purgación de pena en un establecimiento penitenciario. Y, desde luego, la medida adoptada, esto es, permitir que para tales efectos se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto, resulta idóneo para alcanzar dicho objetivo.
45. Sin embargo, ¿resulta razonable que el tiempo de arresto domiciliario (con las características que tiene en nuestro ordenamiento procesal penal vigente) sea computado “día por día” con la pena privativa de libertad?
46. Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.
47. Las funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control. En atención a ello, es preciso destacar que al 10 de junio del presente año, de las 75 personas a las que se había impuesto la medida de arresto domiciliario, 50, es decir, más del 66%, eran personas acusadas de encontrarse vinculadas con actos de corrupción tanto de la década pasada como recientes (diario *La República* del 10 de junio de 2005, p. 6). Es decir, se trata de conductas que no solo resultan contrarias al orden jurídico penal, sino que se riñen con los más elementales desig-nios de la ética y la moral, y consiguientemente, con los valores hegemónicos de la axiología constitucional.

Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997:

“[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

(...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)”.

Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benévola de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.
49. Asimismo, aun cuando las medidas tendientes a la rehabilitación y resocialización del penado que dispensan nuestros centros carcelarios no son óptimas, la posibilidad de que dichos objetivos se cumplan será menor, mientras se reduzca el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad.
50. Por las razones expuestas, este Tribunal considera inconstitucional la disposición impugnada en el extremo que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario.

Ello significa que es inconstitucional la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47 del Código Penal, modificado por el artículo Único de la Ley N° 28568.

§11. Efectos en el tiempo de la presente sentencia

51. En mérito a la “fuerza de ley” atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204 de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103 de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83, que:

“Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 (...) de la Constitución (...)”.

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de

resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138 de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

53. Asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser ponderada a partir de una equilibrada valoración comparativa con la finalidad que cumplen las penas en contextos de especial convulsión social. Así, por ejemplo, si en dicho escenario

“(…) se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado —era la mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias—, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas, las más leves, es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, p. 38).

54. Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer límite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucedee, sin embargo –y tal como se ha expresado en la presente sentencia–, que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con excepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado Social y Democrático de Derecho.

55. La función integradora del Tribunal Constitucional ha comportado que en reiteradas ocasiones tenga que supeditar la determinación de los efectos de sus sentencias a la optimización de la fuerza normativo-axiológica de la Constitución, evitando de esa manera que, en virtud de un análisis literal y asistemático de las normas que regulan la materia, se contravengan las principales funciones de los procesos constitucionales, cuales son:

“(…) garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales” (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

56. Así, por ejemplo, en el caso Legislación Antiterrorista (STC Exp. N° 0010-2002-AI), en relación con el artículo 103 de la Constitución, este Colegiado ha sostenido que:

“(…) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de Intérprete Supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio setentiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N° 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo (...).”

57. De esta manera, reafirmando sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, este Colegiado llevó a cabo un justo *balancing* entre los derechos subjetivos de las personas acusadas de la comisión del delito de terrorismo y el interés de la sociedad de reprimir un delito de inestimable gravedad para la estabilidad del orden democrático, y frente al que el constituyente había mostrado su especial repudio (literal f, inciso 24 del artículo 2, y artículos 37 y 173 de la Constitución).
58. Esta exigencia del Estado Constitucional no es menos intensa en el ámbito internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos

Humanos también ha efectuado similar ponderación al dejar en manos de los diferentes Estados la decisión sobre la libertad personal de las personas involucradas en actos terroristas, a pesar de haberse acreditado la afectación de su derecho al debido proceso:

“Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo –en un plazo razonable– un nuevo proceso que satisfaga ab initio las exigencias del debido proceso legal, realizando ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de estos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente” (caso Castillo Petruzzi, sentencia del 4 de setiembre de 1998. Serie C, núm. 41).

59. Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No solo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41 de la Constitución que:

“Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley”.

E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole:

“Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

60. El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado Social y Democrático de Derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional.

61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedó dicho en el fundamento 5, *supra*, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82 del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

63. Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

64. Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado Social y Democrático de Derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable.

65. El Tribunal Constitucional lamenta que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhorta a los poderes públicos a guardar *in suo ordine* una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no solo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado Social y Democrático de Derecho (...).

§12. Relaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el control difuso

66. La jurisprudencia de este Colegiado es meridianamente clara al negar algún tipo de identidad sustancial entre los elementos justificatorios y los efectos personales del arresto domiciliario con la detención judicial preventiva (cfr. Fundamentos 19 a 21 *supra*). En consecuencia, estima conveniente recordar al Poder Judicial que, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional:

“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

En tal sentido, al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada.

67. Finalmente, aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad de la leyes, existe, sin embargo, de conformidad con el artículo 108 de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; máxime en aquellos asuntos relacionados con el diseño de la política criminal y legislativa del Estado orientada a enfrentar aquellos hechos delictivos que, como los actos de corrupción, afectan la estabilidad, la seguridad, la justicia y la paz ciudadanas en las que se sustenta todo Estado Social y Democrático de Derecho.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47 del Código Penal, modificado por el artículo Único de la Ley N° 28658. En consecuencia,

A) Con relación al efecto normativo de esta sentencia:

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

B) Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite:

Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con los fundamentos 62 y 63, *supra*, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

3. Exhorta al Poder Judicial a resolver los procesos penales, en los que existan personas privadas de su libertad, dentro de un plazo máximo de 36 meses, de conformidad con el artículo 137 del Código Procesal Penal.
4. Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público resolver la totalidad de los procesos penales seguidos por delitos de corrupción.
5. Exhorta al Ministerio Público a velar por el cabal cumplimiento del principio de legalidad en los procesos judiciales y al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional.
6. Exhorta al Consejo Nacional de la Magistratura para que exija los informes trimestrales respecto de los procesos penales en los que no se hayan realizado diligencias durante un plazo razonable, que facilitarían el vencimiento del plazo máximo de detención judicial preventiva.

Publíquese y notifíquese

ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA; GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO

CASO: PABLO MAMANI PARI

La revocación del mandato de comparecencia exige emitir previamente una resolución que requiera al procesado el cumplimiento de las reglas de conducta

- 1.- Exp. : N° 3364-2005-PHC/TC
- 2.- Demandante : Pablo Mamani Pari
- 3.- Procedencia : Puno
- 4.- Antecedentes:

Con fecha 25 de enero de 2005, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales de la Sala Penal de San Román, Reynaldo Luque Mamani, David Carreón Figueroa y Pastor Navinta Huamaní, alegando que los emplazados han expedido una resolución que amenaza de violación sus derechos a la libertad individual y al debido proceso. Alega el accionante que los cuestionados vocales, en el proceso que se le sigue por el presunto delito de peculado en agravio de la Municipalidad Provincial de Huancané, emitieron la resolución de fecha 4 de enero de 2005, revocando el mandato de comparecencia que se le había otorgado anteriormente en el proceso 2001-00118, mediante Resolución expedida el 25 de enero de 2001, en la que le fijaron, además, ciertas reglas de conducta, las cuales debía seguir bajo apercibimiento de revocársele dicha medida. Considera, entonces, que con la resolución de fecha 4 de enero de 2005, se ha consumado dicha violación, sin sustento legal alguno, ya que si no cumplió las normas de conducta durante el periodo julio-setiembre de 2004, ello se debió a la huelga indefinida en que se encontraba el Poder Judicial, máxime cuando tampoco se le hizo el requerimiento de ley.

El Primer Juzgado Especializado Penal de Puno, con fecha 23 de febrero de 2005, declara improcedente la demanda considerando que del examen del registro de firmas del procesado en el Libro de Reglas de Conducta del Juzgado de Huancané, se observaban irregularidades, pues aparecían firmas en días feriados no laborables (p. ej. el sábado 1 de noviembre de 2003); asimismo, estableció que la huelga general indefinida del Poder Judicial, que abarcó agosto y setiembre de 2004, no fue huelga de magistrados, por lo que los diversos procesos seguidos ante el Juzgado Mixto de Huancané no sufrieron perturbación en su tramitación, no teniendo asidero, por tanto, lo sustentado por el actor.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Proceso irregular

1. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional dispone que “el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”, entendiéndose por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica en la que se respetan sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad

sustancial del proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

2. A juicio del Tribunal Constitucional, una acción de garantía constituye la vía idónea para evaluar la legitimidad constitucional de los actos o hechos practicados por quienes ejercen funciones jurisdiccionales, en la medida en que de ellas se advierta una violación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Procederá incoarse el hábeas corpus, entonces, entre otros supuestos, contra resoluciones judiciales emanadas de un “procedimiento irregular”, esto es, el que se produzca cada vez que en un proceso jurisdiccional se expidan actos que violen el derecho al debido proceso o la tutela jurisdiccional. En ese sentido, dado que en el presente caso se ha alegado la violación de diversos contenidos del derecho al debido proceso, corresponde evaluar si, en efecto, estos han sido afectados, debiendo subrayarse que la dilucidación de la culpabilidad, o no, del actor, es materia que no puede ser tratada mediante esta acción sumarísima de finalidad garantista¹.
3. El Tribunal ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el primer párrafo del inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, en estricto, recoge un “modelo constitucional del proceso”, es decir, un cúmulo de garantías mínimas que legitiman el tránsito regular de todo proceso². Asimismo, este Colegiado sostiene que todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, en particular aquellas que tienen relación con los derechos y libertades fundamentales, deben ser interpretadas en concordancia con los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano³.

Por otra parte, el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad “a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención, y ordene su libertad si el arresto o su detención fueran ilegales”; debiendo entenderse dicho enunciado en el sentido de que no procede el hábeas corpus si la detención ordenada por un juez no es arbitraria, o, lo que es lo mismo, si se trata de una detención ordenada en forma debida. A contrario sensu, procede el proceso constitucional, si la detención se ordena en forma indebida, vale decir, cuando existieron errores en el procedimiento.

4. En el caso de autos, al haberse alegado la violación del derecho a la defensa, corresponde al Tribunal Constitucional decidir sobre la legalidad o ilegalidad de la detención, en virtud de lo establecido por la Convención Americana sobre

1 STC Exp. N° 1974-2004-HC/TC.

2 STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC.

3 STC Exp. N° 01230-2002-HC/TC, caso Tineo Cabrera.

Derechos Humanos, citada en el párrafo precedente; ya que, si bien no cabe acudir al hábeas corpus con objeto de hacer de este un recurso de casación o convertir a las instancias de la justicia constitucional en suprainstancia de la jurisdicción ordinaria, es posible acudir para solicitar lo prescrito en la propia Constitución, vale decir para “proteger únicamente derechos constitucionales”. Sentada dicha premisa, deben evaluarse los derechos presuntamente vulnerados, pues en caso de que ellos no se hayan respetado se configurará un proceso irregular, y la procedencia de la acción será manifiesta.

Petitorio de la demanda

5. Del petitorio de la demanda se desprende que la revocación de la medida de comparecencia dictada con fecha 4 de enero de 2005, obrante a fojas 10, deviene su-puestamente en transgresora de los derechos constitucionales del demandante, en atención a lo siguiente:
 - El demandante ha cumplido, en forma irrestricta, con el mandato de concurrir el primer día hábil de cada mes al local del juzgado, a fin de informar y justificar sus actividades, dejando constancia de esto con su firma en el registro de firmas del respectivo juzgado, precisando que en los meses de agosto y setiembre no pudo cumplir tal norma de conducta debido a la huelga general indefinida del Poder Judicial, y
 - No se le ha notificado debidamente el requerimiento para revocar la comparecencia, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 144 del Código Procesal Penal. Además, en la resolución en que se dicta comparecencia no se menciona en ninguna parte que, en caso de incumplimiento, operará el apercibimiento de detención.
6. La resolución de fecha 4 de enero de 2005, obrante a fojas 10, emitida por los demandados, dispone revocar el mandato de comparecencia dictado contra el actor en virtud del incumplimiento de la norma de conducta impuesta a este, mediante la resolución de fecha 25 de enero de 2001, obrante a fojas 86, en la que se estableció la obligación del peticionario de “acudir al juzgado el primer día hábil de cada mes, a fin de informar sobre sus actividades, en forma personal y obligatoria, bajo apercibimiento de ser revocado el mandato de comparecencia y convertirla en efectiva en caso de incumplimiento”.
7. Del estudio de las piezas instrumentales obrantes en autos, se observa, a fojas 19 y 20, el informe N° 001-2005, emitido por el Secretario Judicial del Juzgado Mixto de Huancané, mediante el cual se remite copia certificada del registro de firmas del procesado en el Libro de Reglas de Conducta de dicho juzgado. De dicho registro se infiere que el recurrente no acudió a firmar en los meses de mayo, junio y agosto de 2004.
8. Según se aprecia de la constancia emitida por el Administrador de la Corte Superior de Justicia de Puno, su fecha 18 de enero de 2005, obrante en autos, a fojas 7, “el despacho judicial de la Corte Superior de Justicia de Puno ha sido interrumpido a partir del día 14 de julio hasta el día 10 de setiembre de 2004”, por la huelga

nacional indefinida acatada por los trabajadores del Distrito Judicial de Puno, la misma que ha sido decretada por la Federación Nacional de Trabajadores del Poder Judicial; “por consiguiente, no se han atendido en los órganos jurisdiccionales y administrativos de todas las instancias, mesas de partes de la sede central, San Román y otras provincias”. De las afirmaciones señaladas se acredita el dicho del demandante respecto de que no pudo firmar el Libro de Reglas de Conducta específicamente en el mes de agosto de 2004, debido a la huelga del Poder Judicial. No obstante, no justifica la razón de su inasistencia al juzgado en los meses de mayo y junio del 2004, en los que no se registra su asistencia y de los que tampoco se da explicación alguna.

9. Del mérito del Informe N°001-2005, su fecha 27 de enero de 2005, emitido por el secretario judicial Jany E. Espinoza, se colige que el demandante tampoco firmó el Libro de Reglas de Conducta en los meses de febrero, marzo, junio y agosto de 2002. De igual forma, no firmó en el mes de abril del año 2003.
10. Asimismo, del análisis del citado registro de asistencias, se desprende que, entre las fechas en que el actor acudió a firmar, **figuran el 5 de mayo de 2002, que, a la postre, recayó en día domingo no laborable y el 1 de noviembre de 2003, que recayó en día sábado no laborable;** por lo tanto, el citado registro no se ha llevado de forma regular.
11. El artículo 144 del Código Procesal Penal establece las consecuencias en caso de infracción de la comparecencia, y, en su segundo párrafo, estipula que “si el imputado no cumple con las restricciones impuestas en el artículo 143 del mismo, previo requerimiento realizado por el fiscal o por el juzgador en su caso, se revocará la medida y se dictará mandato de detención (...)”. Así, del estudio de las instrumentales obrantes en autos se aprecia que el juzgado no ha cumplido el requisito procesal del requerimiento bajo apercibimiento, lo que constituye una violación a la tutela procesal efectiva del peticionario, en la modalidad de afectación del derecho a la defensa, protegido en el artículo 4, tercer párrafo, del Código Procesal Constitucional.
12. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 145 del Código Procesal Penal, que regula las formas de notificación: “El mandato de comparecencia y las demás restricciones serán notificadas al imputado mediante citación que le entregará el secretario por intermedio de la Policía, o la dejará en su domicilio a persona responsable que se encargue de entregarla sin perjuicio de notificársele por la vía postal, adjuntándose a los autos constancia razonada de tal situación. La Policía, además, dejará constancia de haberse informado de la identificación del procesado a quien notificó o de la verificación de su domicilio, si estaba ausente (...)”. Se colige del estudio de las instrumentales obrantes en autos, que esto no se cumplió cabalmente.
13. A mayor abundamiento, el titular de la Fiscalía Superior en lo Penal de San Román - Juliaca emitió dictamen con fecha 15 de noviembre de 2004, que obra en autos, a fojas 56, respecto de la solicitud de revocatoria de mandato de comparecencia por el de detención, sosteniendo que no cabe la variación de la medida al

no haberse cumplido “con los requisitos establecidos por el artículo 135 del Código Procesal Penal, apareciendo de autos que el procesado viene actuando procesalmente, desvirtuándose el hecho de que este viene eludiendo la acción de la justicia o perturbando la actividad probatoria; que si bien es cierto no se ha presentado a las audiencias programadas, [se] debe cumplir con notificársele en su domicilio real haciéndose el apercibimiento correspondiente”, a fin de cumplir con el requerimiento establecido por la norma antes citada. Finalmente, se pronuncia declarando improcedente la solicitud de variación del mandato de comparecencia por el de detención.

14. Asimismo, el recurrente, a lo largo de la tramitación del proceso, ha ido haciendo uso de los medios impugnativos que la ley procesal prevé, tales como el recurso de nulidad de fecha 14 de enero de 2005, obrante a fojas 59, planteado contra la resolución del 4 de enero de 2005, que dictó mandato de detención en su contra, y que fue resuelto mediante resolución de fecha 26 de enero de 2005, obrante a fojas 71, que declaró improcedente la nulidad planteada; y el escrito de recusación interpuesto con fecha 18 de enero de 2005, corriente a fojas 62.
15. Del estudio de las instrumentales obrantes en autos, se concluye que quien interpuso el pedido de revocatoria fue el alcalde de la Municipalidad Provincial de Huancané, ente agraviado con el delito de peculado imputado al actor. En ese sentido, el artículo 57 del Código de Procedimientos Penales establece que son facultades y actividad de la parte civil “deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la ley prevé, y formular solicitudes en salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos. Asimismo, solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, en tanto ello afecte, de uno u otro modo, la reparación civil y su interés legítimo, en los resultados y efectividad del proceso respecto a su ámbito de intervención”; de lo que se desprende la legitimidad del agraviado para interponer la solicitud de revocatoria que fuera resuelta mediante la resolución de fecha 4 de enero de 2005, que es materia de cuestionamiento por parte del actor.
16. Del recuento de las situaciones antes descritas se aprecia que los vocales demandados, antes de revocar el mandato de comparecencia, se hallaban en el imperativo legal de emitir previamente una resolución requiriendo al procesado Pablo Mamani Pari el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas en la resolución de fojas 86, bajo apercibimiento. No habiendo procedido de la forma señalada, se concluye que los demandados obviaron el requisito procesal establecido en los artículos 144 y 145 del Código Procesal Penal, quedando demostrado que se ha vulnerado el debido proceso, en su manifestación de procedimiento preestablecido por ley, deviniendo en fundada la pretensión a tenor del artículo 4, segundo y tercer párrafos, del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, inaplicable al actor la resolución de fecha 4 de enero de 2005; y dispone que el a quo emita una nueva resolución sobre la materia de autos, tomando en cuenta los requisitos procesales establecidos en el fundamento 16, supra, de la presente.

Exhorta a la Corte Superior de Justicia de Puno a poner mayor control en el registro de firmas del Libro de Reglas de Conducta, cuidando que la asistencia de los firman-tes se registre efectivamente el primer día hábil de cada mes, bajo apercibimiento de revocárseles el beneficio de la comparecencia, ya que en el caso de autos se han de-ctado irregularidades en el citado registro.

Ordena que se remita copia certificada de esta sentencia a la OCMA del Poder Judi-cial, para que proceda de acuerdo con sus atribuciones, conforme a los fundamentos 8, 9 y 10 de la presente.

Publíquese y notifíquese.

ALVA ORLANDINI; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO

CASO: LILIANA VANESSA BUSTAMANTE DÍAZ

Una persona solo puede ser detenida cuando medie una requisitoria judicial

- 1.- STC Exp. : N° 04846-2008-HC/TC
- 2.- Demandante : Liliana Vanessa Bustamante Díaz
- 3.- Procedencia : Lambayeque
- 4.- Antecedentes:

Con fecha 18 de julio de 2008, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra el Comandante PNP Edgar Alberto López Roncal, Comisario de la Delegación Policial del distrito de José Leonardo Ortiz. Refiere que ha sido detenida por personal de la citada delegación policial y que hasta la fecha no ha sido puesta a disposición de la autoridad jurisdiccional a pesar de tener una requisitoria dictada en el proceso que se le sigue por delito de robo agravado ante el Décimo Primer Juzgado Penal de Chiclayo (Exp. N° 3094-2008-11) y haberse sobrepasado el plazo de detención de 24 horas establecido en la Constitución. En tal sentido, considera que su detención ha devenido en arbitraria.

Realizada la investigación sumaria, la demandante se ratificó en los términos de su demanda. A su turno, los emplazados manifiestan que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, y que el plazo de detención preliminar no ha concluido todavía en el marco de la investigación que se sigue contra la accionante por los delitos de robo agravado y tráfico ilícito de drogas.

El Segundo Juzgado Penal del distrito de José Leonardo Ortiz, con fecha 21 de julio de 2008, declaró improcedente la demanda, por considerar que se ha llegado a determinar que la detención de la demandante ha sido llevada a cabo en virtud de requisitorias giradas por el Poder Judicial y que la investigación preliminar se encuentra a cargo de un fiscal del Ministerio Público.

La recurrida revocó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. La presente demanda de hábeas corpus tiene por objeto que la recurrente sea puesta a disposición de las autoridades judiciales. A tal efecto, sostiene la recurrente que a pesar de que ya ha transcurrido el plazo de detención de 24 horas previsto en la Constitución, desde que fue detenida por personal policial, aún se encuentra privada de su libertad en la comisaría del distrito de José Leonardo Ortiz.

La detención preliminar y el derecho a ser puesto a disposición de autoridad judicial

2. La Constitución reconoce dos modos de ejercer la detención preliminar por parte de las fuerzas policiales, a saber: el delito flagrante y la orden judicial. Así lo dispone el artículo 2.24,f de la Constitución, cuando señala que:

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

3. Sin embargo, el hecho de ser ejercida por autoridad competente y en virtud de una orden judicial o en flagrancia delictiva no determina necesariamente la legalidad o no arbitrariedad de la detención. Y es que hay una serie de garantías anejas al derecho a no ser detenido sino por delito flagrante u orden judicial que asisten al detenido, en cuya ausencia la detención se convierte en arbitraria. Uno de ellos es el derecho de ser puesto a disposición de autoridad judicial al más breve plazo –derecho que motiva la presente sentencia– así como los derechos a ser informado de los cargos imputados, el derecho a la defensa letrada, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, y el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos, entre otros.
4. En el presente caso, se alega vulneración del derecho de ser puesto sin demora a disposición del órgano jurisdiccional para que asuma jurisdicción. Tal derecho se encuentra reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así, el artículo 9, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)”. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7, inciso 5, establece que: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)”. Asimismo, la propia Constitución establece de manera expresa que, conforme al artículo 2, inciso 24, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, con excepción de los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, en cuyo caso el plazo máximo será de quince días naturales.

Análisis del caso

5. Se advierte del acta de verificación y constatación de fojas 9 que con fecha 18 de julio de 2008, la recurrente continuaba detenida en la comisaría del distrito de José Leonardo Ortiz, a pesar de que la detención se había producido el día 13 de julio de 2008, es decir, cinco días antes, conforme consta de la papeleta de detención y el acta de registro personal (a fojas 24).
6. Por su parte, el Comandante PNP Edgar Alberto López Roncal, Jefe de la Comisaría de José Leonardo Ortiz, ha manifestado en la diligencia de constatación (a fojas 9 y siguientes) que la recurrente se encontraba incurso en una investigación preliminar por delito de robo agravado y tráfico ilícito de drogas.
7. Cabe señalar, al respecto, que si bien una detención por la presunta comisión de delito de tráfico ilícito de drogas faculta a poner al detenido a disposición de las autoridades judiciales en un plazo máximo de 15 días, el mismo que a la fecha de interpuesta la demanda aún no se habría cumplido, lo cierto es que respecto de la presunta comisión de delito de tráfico ilícito de drogas, la recurrente solo tenía la

calidad de citada (según consta de las copias certificadas de las actas de citación de fojas 43 y 44). Antes bien, su detención se fundaba únicamente en una requisitoria judicial por un proceso que se le sigue por el delito de robo agravado (conforme consta de la notificación de detención, que en copia certificada consta a fojas 43 de autos). En este sentido, la recurrente debió de ser puesta a disposición del órgano jurisdiccional requirente en un plazo máximo de 24 horas.

8. Como es de verse, la recurrente fue detenida en virtud de una requisitoria judicial por un proceso que se le sigue por delito de robo agravado, y en lugar de ser puesta a disposición del órgano jurisdiccional en el plazo de ley, fue retenida indebidamente en la comisaría, por lo menos, cinco días, a fin de proceder a investigarla por presuntos actos delictivos respecto de los que tiene la calidad de citada. Tales actos, sin duda, constituyen una **vulneración del derecho a la libertad individual**, convirtiendo en ilegal la detención producida contra la recurrente.
9. A la fecha de la emisión de la presente sentencia, es probable que la recurrente ya haya sido puesta a disposición del órgano jurisdiccional requirente, cesando de este modo la agresión cuestionada. Sin embargo, atendiendo al agravio producido, conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal Constitucional considera atendible estimar la pretensión, a efectos de que la autoridad emplazada no vuelva a incurrir en el mismo acto vulnerador de los derechos fundamentales de la recurrente, siendo de aplicación el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, a fin de deslindar las responsabilidades a que hubiere lugar.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Disponer –en caso de que aún no se hubiera hecho efectivo– que la recurrente sea puesta a disposición del juzgado penal que giró las requisitorias vigentes en su contra.
3. Remitir copias de lo actuado y de la presente sentencia al Ministerio Público y a la Inspectoría General de la PNP.

Publíquese y notifíquese.

MESÍA RAMÍREZ; BEAUMONT CALLIRGOS; ÁLVAREZ MIRANDA

CASO: LUZ EMÉRITA SÁNCHEZ CHÁVEZ

Definición de domicilio, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la flagrancia delictiva al interior del domicilio

- 1.- Exp. : N° 03961-2009-HC/TC
- 2.- Demandante : Luz Emérita Sánchez Chávez y otros
- 3.- Procedencia : Cajamarca
- 4.- Antecedentes:

Que con fecha 8 de junio de 2009, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus a su favor y de don Teófilo Juárez Marín, denunciando la inconstitucionalidad de la investigación fiscal que se les sigue por el delito de microcomercialización de drogas, la detención policial que vienen sufriendo desde el día 5 de junio de 2009 y el allanamiento de su domicilio, por considerarlos arbitrarios y vulneratorios de los derechos al debido proceso y a la libertad ambulatoria, así como del principio de legalidad.

Al respecto, afirma que el Fiscal Adjunto de la Segunda Fiscalía Provincial de Celendín abrió investigación preliminar en su contra por el término desproporcionado de 15 días. Refiere que su detención por dicho espacio de tiempo resulta arbitraria ya que no han cometido ningún delito, no existen medios probatorios que hagan suponer que se dediquen a la microcomercialización de drogas y que desconocían del contenido de la bolsa con el estupefaciente ya que terceras personas se lo encargaron. Señala que los miembros de la Policía Nacional, bajo la dirección del fiscal, allanaron su domicilio, los detuvieron sin que medie una orden judicial ni se cumpla la situación de flagrancia, ingresando de manera furtiva para luego aterrarlos con su actitud abusiva. Agrega que por la cantidad de droga incautada (6 gramos de marihuana) es inviable la configuración del delito que se les atribuye, y que, por consiguiente la investigación preliminar a la que se encuentran sometidos resulta desproporcionada, tanto más si, conforme a la ley, la posesión de dicha cantidad de droga no resulta punible.

Por otra parte, mediante el escrito del recurso de agravio constitucional de fecha 9 de julio de 2009 (fojas 108), afirma que la privación de la libertad a nivel policial fue injustificada, ya que no existió una orden judicial que la sustente ni se configuró los supuestos del flagrante delito. Agrega que su libertad ha sido violentada de manera ilegal ya que “no se ha cumplido en lo absoluto con otros protocolos [como lo son] la toma de muestras o recolección de pruebas en el lugar de los hechos, tampoco se ha exhibido el video materia de la intervención, el mismo que **forma parte de los recaudos de la investigación penal aperturada en el Juzgado de Celendín**”; asimismo, refiere que la alegación de inocencia y el cuestionamiento a los medios probatorios, “en su momento, deben contextualizar **la investigación que lleva a cabo el juez penal**” (el resaltado es nuestro).

De los actuados e instrumentales que corren en el expediente del hábeas corpus

2. Que mediante escrito de fecha 9 de junio de 2009, el Fiscal Adjunto de la Segunda Fiscalía Provincial de Celendín, don José Nelson Montenegro Avellaneda, señala

que “la detención de las personas Luz Emérita Sánchez Chávez y Teófilo Juárez Marín se ha producido en mérito a la existencia de flagrancia delictiva, [esto es] el haberse encontrado a ambos en posesión de droga (...) y un arma de fuego”, por lo que “no result[a] necesario la existencia de una orden judicial de allanamiento para la intervención de su domicilio” (sic). Afirma que se ha dispuesto que las investigaciones se realicen por el término que la Constitución establece **para el delito de tráfico ilícito de drogas**, de modo que la continuación de la detención policial se encuentra arreglada a la ley. Agrega que su presencia como fiscal en el domicilio de los actores ha sido para garantizar la legalidad de la intervención, y no para dirigir a los policías en su tarea (fojas 14).

Por otro lado, se aprecia del “Acta de Intervención” de fecha 5 de junio de 2009 (14:00 horas), levantada en la vivienda de los actores ubicada en el lugar denominado “La Laguna –Congona– Huasmín”, que: **a)** la intervención en el domicilio de los actores se debió a una denuncia realizada por vía telefónica por una tercera persona, que dio cuenta de la existencia de droga y armas de fuego en dicha vivienda, **b)** los actores habrían permitido el ingreso a su domicilio a los efectivos policiales y del aludido fiscal provincial, **c)** ejecutado **el registro** se incautó un arma de fuego (con serie LC595790), municiones y moneda nacional en la cantidad de 3,300.00 nuevos soles; documento que es firmado por el citado fiscal, los efectivos policiales y los actores del hábeas corpus (fojas 21).

Asimismo, aparece otra instrumental denominada “Acta de Registro Domiciliario” de fecha 5 de junio de 2009 (15:05 horas), la que refiere haber sido levantada en el lugar denominado “La Laguna, comprensión del caserío La Congona – distrito de Huasmín”, en la que se detalla: “positivo” para drogas (hojas de marihuana), “positivo” para armas y/o municiones (arma de fuego con Serie LC595790 y municiones) y “positivo” para moneda nacional en la cantidad de 3,300.00 así como de 131.50 nuevos soles; documento que también es firmado por el aludido fiscal, los efectivos policiales y los actores del hábeas corpus (fojas 23).

De otro lado, se tiene el Acta de Comiso de la Droga Incautada que señala que la sustancia decomisada **al parecer** sería marihuana y que su peso aproximado es de 6 gramos (fojas 26).

Por otra parte, aparece al “Acta de Prueba de Campo de Descarte y Pesaje de Droga” que precisa que se trata de *cannabis sativa* (marihuana) con un peso que **coincidentemente** es de 6 gramos (fojas 29).

Finalmente, aparece el Oficio N° 225-2009-XIV-DITERPOL-CSPNP_CELENDIN-“A”/SIDE, de fecha 5 de junio de 2009, que dirige el Comisario Sectorial de Celendín al Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Celendín comunicando la detención policial de los actores por encontrarse sujetos a investigación preliminar por los delitos de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones (fojas 47).

Los actos materia de cuestionamiento en el caso en concreto

3. Que en el presente caso se cuestiona la detención policial que sufrieron los actores –en su momento– por el término de 15 días, esto es a partir del día 5 de junio de 2009. Por todo esto se sostiene: **i)** que la investigación preliminar a nivel fiscal resulta arbitraria, **ii)** la irresponsabilidad penal de los favorecidos, pues **no habrían cometido ningún delito tanto así que no existen medios probatorios que hagan suponer que se dediquen a la microcomercialización de drogas, y iii)** que el allanamiento del domicilio de los actores (derecho a la inviolabilidad del domicilio) realizado el día 5 de junio de 2009 habría sido ilegal toda vez que se ejecutó sin que exista una orden judicial que lo disponga ni se configure la situación delictiva de flagrancia. Adicionalmente, se aduce que la cantidad de droga incautada no comporta el delito que se les atribuye.
4. Que en este contexto es menester señalar que la Constitución establece expresamente en su artículo 200, inciso 1 que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella. Al respecto, el artículo 1 del Código Procesal Constitucional establece que es finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho fundamental a la libertad personal o sus derechos conexos.
5. Que por consiguiente, **en lo que respecta al cuestionamiento constitucional a la investigación preliminar a nivel fiscal y los alegatos de irresponsabilidad penal** (sustentado en que los actores **no habrían cometido ningún delito, los hechos no configuran el delito que se les imputa y que no existen medios probatorios que hagan suponer que se dediquen a la microcomercialización de drogas**) corresponde el rechazo de la demanda en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, toda vez que: **a)** las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva, pues si bien su actividad (en el marco de la investigación preliminar así como la formalización de la denuncia o acusación) se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, no obstante, conforme al modelo procesal penal vigente en el distrito judicial de Cajamarca, **no tiene facultades para coartar la libertad individual** (Cfr. STC Exp. N° 07961-2006-PHC/TC y STC Exp. N° 05570-2007-PHC/TC, entre otras); y de otro lado, **b)** la presunta irresponsabilidad penal de los actores –que implica un juicio de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad sustentado en actividades investigatorias y de valoración de pruebas– así como la subsunción de las conductas en determinado tipo penal **no** están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción penal que no compete a la justicia constitucional. (Cfr. STC Exp. N° 00702-2006-PHC/TC y STC Exp. N° 8109-2006-PHC/TC, entre otras).

Respecto a esto último cabe agregar que **solo excepcionalmente** se podrá efectuar el control constitucional de una resolución judicial por afectación del principio de

legalidad penal. En concreto, esto es en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juzgador penal se aparta del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente inadecuadas, extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. (Cfr. STC Exp. N° 2758-2004-HC/TC).

6. Que **en lo que respecta al cuestionamiento de la detención policial**, carece de objeto emitir pronunciamiento al haber operado la sustracción de la materia justiciable. En efecto, siendo la finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho fundamental a la libertad personal o un derecho conexo a este, se advierte que la privación de la libertad que sufrieron los actores (en el marco de la investigación preliminar por el delito de tráfico ilícito de drogas) por el término de 15 días, esto es a partir del 5 de junio de 2009, evidentemente ha cesado a la presente fecha. Justamente, de lo expuesto por los recurrentes en su recurso de agravio constitucional de fecha 9 de julio de 2009 (fojas 108) se advierte que a la fecha no se encuentran bajo la acusada sujeción policial sino sujetos a un proceso penal, pues afirman que se encuentran instruidos ante el Juzgado Penal de Celendín, sede judicial en la que obviamente tienen expedito su derecho para hacerlo valer conforme a la ley.
7. Que, finalmente, **en cuanto a la presunta afectación del derecho a la inviolabilidad del domicilio de los actores**, corresponde que se declare su improcedencia en aplicación de lo previsto en inciso 5 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, toda vez que los hechos que configuraron su vulneración (5 de junio de 2009) han cesado en momento anterior a la postulación de la presente demanda (8 de junio de 2009), por lo que resulta irreparable la reposición del derecho afectado.
8. Que no obstante la improcedencia de la demanda, en cuanto a la denuncia de violación del derecho a la **inviolabilidad del domicilio**, en el presente caso el Tribunal Constitucional considera necesario analizar la materia controvertida a fin de realizar precisiones en cuanto a su contenido y en relación a la situación de la **flagrancia delictiva**, ello, claro está, en los términos de la Constitución.

Esto porque en el presente caso la controversia está centrada en el supuesto de la flagrancia del delito de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones –de los recurrentes–, lo que habría habilitado legítimamente el ingreso a su domicilio para consecuentemente disponer su detención policial por el término de 15 días a efectos de la investigación preliminar (lo que se cuestiona en los hechos de la demanda); esto es la violación del domicilio de la persona humana, lo cual guarda conexidad directa con el derecho a la libertad individual, que a su vez involucra la intromisión en la privacidad y dignidad de la persona humana.

Del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio

9. Que la Constitución señala, en su artículo 2, que toda persona tiene derecho a: Numeral 9.- “A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, (...)”, disposición que guarda concordancia con el artículo 11 numerales 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
10. Que al respecto el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto al derecho a la inviolabilidad de domicilio, precisando que en una acepción específica encarna el espacio físico y limitado que la propia persona elige para domiciliar, quedando facultada para poder excluir a otros de dicho ámbito impidiendo o prohibiendo la entrada en él; y, en una acepción más amplia, la inviolabilidad de domicilio encuentra su asentamiento preferente, no exclusivo, en la vida privada de las personas, de modo que no se refiere a la protección de la propiedad, posesión u otros derechos reales, sino a la necesidad de preservar el carácter privado e íntimo de lo que en él hay de emanación de la persona (Cfr. STC Exp. N° 7455-2005-PHC/TC).
11. Que a través del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio **no** se protege cualquier espacio físico definido respecto del cual el actor alegue su vulneración, sino aquel que sea compatible con la esfera de privacidad de la persona. En este sentido, no se puede considerar como domicilio a los espacios físicos destinados a fines incompatibles con la expresión de privacidad como lo son los lugares que por su naturaleza, actividad o función se encuentran expuestos al público, pues aun cuando incorporen cierta intimidad puede que no se manifieste la vida privada y familiar de la persona (Cfr. STC Exp. N° 003-2005-PI/TC). Entonces se puede afirmar que el ámbito de tutela de este derecho no puede extenderse a cualquier espacio físico respecto del cual la persona tenga su disposición, sino que aquel debe contar con elementos que revelen el carácter de vida privada de la persona.
12. Que así, la norma constitucional que tutela el derecho a la inviolabilidad del domicilio manifiesta que su conculcación implica el ingreso o los registros (por parte de terceros) en el domicilio de la persona y sin la correspondiente autorización (de la persona o dispuesta por el juez), afectación que subsiste en tanto continúe la **permanencia arbitraria** de los agresores en el interior del domicilio de la persona (Cfr. RTC N° 01999-2008-PHC/TC). Es en este contexto que, por lo general, a la fecha de su denuncia el agravio constitucional ha cesado –precisamente– porque el acto de permanencia y/o registros arbitrarios no es actual; no obstante ello, no significa que en todos los casos la violación del derecho en comento quede exento de control constitucional y la correspondiente sanción por los órganos correspondientes, pero debe resolverse atendiendo al caso en concreto.

En relación a esto último resulta pertinente señalar que **no** puede dejar de advertirse de ciertas demandas constitucionales que resultan manifiestamente improcedentes **en los procesos de hábeas corpus**, como son aquellas en las que alegándose la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio pretenden: i) dejar sin efecto la ejecución de la diligencia de lanzamiento que se sustenta en

un proceso judicial ordinario que implica al espacio físico que constituye el domicilio y/o ii) cuestionar la supuesta irregularidad de un proceso judicial ordinario cuya consecuencia es la ejecución del lanzamiento del predio respecto del cual se invoca a su momento la presunta afectación del domicilio. Esto es así porque aquellos aspectos deben ser dilucidados en la vía pertinente (Cfr. RTC N° 04577-2008-PHC/TC y RTC N° 00876-2008-PHC/TC, entre otras). Al respecto, es menester advertir que cuestión distinta constituye el lanzamiento judicial respecto del **domicilio** que, no habiendo sido materia de implicancia en dicho proceso, se lleve a cabo en manifiesta afectación de este derecho en referencia de las personas que allí domicilian, lo cual denota, en principio, la arbitrariedad de la medida judicial o de la interpretación por parte de los ejecutores, que sin embargo debe de ser apreciada en cada caso en concreto.

13. Que la intromisión en el espacio físico e íntimo (domicilio) con el consentimiento del titular de este derecho resulta legítima, siempre que el pedido de ingreso manifieste de manera indubitable el motivo preciso de su cometido y que a su vez sea plenamente comprendido por el sujeto pasivo, quien es el señalado a decidir por la intrusión en el ámbito de su intimidad. Sin dicho presupuesto tal autorización resulta inválida.
14. Que, por tanto, el pedido de autorización para el ingreso del domicilio realizado por una o varias personas, la policía o los funcionarios públicos, debe expresar con claridad el motivo de tal intromisión, resultando que de su concesión **no** pueden derivarse otros supuestos ajenos a lo que fue autorizado (sea la autorización expresa o implícita).

Del supuesto de la flagrancia delictiva al interior del domicilio como presupuesto válido para su intromisión por parte de la fuerza pública

15. Que el dispositivo de la Norma Fundamental que tutela el derecho a la inviolabilidad del domicilio a su vez señala los supuestos de excepción a la autorización de ingreso o registro del domicilio, precisando que cabe su intervención en caso de “(...) flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”, estas dos últimas referidas a un estado de necesidad o fuerza mayor.
16. Que en nuestro caso, en lo referente a la detención policial bajo el supuesto de la flagrancia delictiva, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la flagrancia en la comisión de un delito presenta la concurrencia de dos requisitos insustituibles: **a)** la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido **instantes** antes; **y b)** la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos en el momento de la comisión del delito y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito, ofreciendo una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

Este criterio ha sido sostenido por este Tribunal incluso cuando a través del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 (publicado con fecha 22 de julio de 2007)

se modificó el artículo 4 de la ley que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito (Ley N° 27934), estableciendo que la situación de la flagrancia delictiva subsiste dentro de las 24 horas de producido el hecho punible en determinados supuestos (Expediente N° 05423-2008-PHC/TC). Sin embargo, el Congreso de la República a través de la Ley N° 29372 del 9 de junio de 2009 modificó el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (que regula la detención policial en situación de flagrancia), coincidiendo con el criterio establecido por el Tribunal Constitucional y disponiendo su vigencia a todo el territorio nacional.

17. Que la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es **necesaria la urgente** intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la **situación particular** de la **urgencia** que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta su **necesaria** intervención.
18. Que por tanto, y estando a lo anteriormente expuesto, resulta legítimo el ingreso de efectivos de la Policía Nacional en el domicilio de una persona sin su previa autorización siempre que se tenga conocimiento fundado, directo e inmediato, que deje constancia evidente de la realización de un hecho punible, el gravísimo peligro de su perpetración o en caso de la persecución **continuada** del infractor que se refugia en él. Ello implica que el objetivo de tal intromisión domiciliaria no es otro que la **urgente** intervención a efectos de detener al infractor, evitar que se cometa el hecho punible y, accesoriamente, efectuar las investigaciones y/o los registros con ocasión del delito en cuestión (decomiso de los objetos del delito, entre otros).
19. Que en este contexto se concluye que la **intervención urgente** sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la **extrema urgencia**.

A propósito de la detención a nivel policial

20. Que la Norma Fundamental establece en su numeral 24, literal f que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, en consecuencia: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o

por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.

De esto último se tiene que conforme a la Constitución, la detención policial por el delito de tráfico ilícito de drogas (como lo es uno de los ilícitos que se atribuye a los actores) en el marco de la investigación preliminar no puede exceder por ningún motivo los 15 días naturales, temporalidad que se cuestiona en los hechos de la demanda.

21. Que al respecto este Tribunal Constitucional ha señalado en el precedente vinculante recaído en el Expediente N° 06423-2007-PHC/TC, que el plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo de carácter absoluto, y que no obstante tal temporalidad inequívoca y simple en su cómputo no es la regla general a aplicar en todos los casos, puesto que se tiene la evaluación previa de los márgenes de constitucionalidad de la detención, la que no puede durar más allá del **plazo estrictamente necesario** que debe ser establecido en cada caso en concreto y en atención a las circunstancias que dan lugar al mantenimiento de la privación de la libertad personal, como lo son las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros. En este sentido, el Tribunal precisa que el control de los plazos de la detención (**plazo estrictamente necesario y plazo máximo**) debe ser efectuado tanto por el Representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que tal verificación sea excluyente sino complementaria de dichas instituciones, por lo que debe llevarse a cabo bajo responsabilidad, dejándose constancia del acto de control. Así, el derecho a ser puesto a disposición judicial en los plazos antes señalados resulta **oponible** frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (v. gr. el de la detención policial, la detención preliminar judicial, etc.).

De los hechos denunciados en el presente hábeas corpus

22. Que este Tribunal, atendiendo a las particularidades del presente caso en concreto, considera pertinente advertir de la actuación de los funcionarios del Estado que participaron del allanamiento y posterior detención de los actores del presente hábeas corpus (hechos que motivaron la demanda de autos), esto a fin de determinar si su conducta se ajusta al marco constitucional y legal.
 - a. De lo expuesto por el fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Cendén, en su escrito de fecha 9 de junio de 2009, se desprende que la supuesta **situación de flagrancia** (que se aduce como presupuesto de legalidad de su accionar) **no** fue el presupuesto legal que habilitó el ingreso al domicilio los recurrentes, sino que **aquella** presuntamente se habría configurado recién

en el interior del domicilio, lo cual resulta contrario a lo establecido por la Constitución conforme a lo expuesto en los fundamentos 15 y 18, *supra*. Esto es así porque **una llamada telefónica** de una tercera persona que denuncia la posesión de objetos o elementos ilícitos en el interior de un domicilio **no** puede comportar el conocimiento fundado, directo e inmediato de la realización del hecho punible (que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes) que habilite a la autoridad pública a prescindir del mandato judicial correspondiente pretextando la configuración de la situación delictiva de la flagrancia.

- b. Aun cuando los recurrentes habrían autorizado el ingreso a su domicilio, se advierte que existen dos actas, una llamada de **intervención** y otra de **registro** (cabe indicar que el acta llamada de **intervención** precisa que lo que se realiza es el **registro**). Al respecto, se tiene que, por un lado, ambas muestran diferencias en precisar la ubicación y extensión del domicilio, y de otro, guardan similitud en la descripción de los objetos incautados (arma de fuego y dinero); asimismo, **solo en una de ellas** aparece el comiso de lo que **sería** los supuestos 6 gramos de hojas de marihuana, la que, luego de efectuarse el **descarte y pesaje técnico** por el órgano correspondiente, coincidentemente, arroja que se trata de la señalada droga y precisamente en la cantidad que inicialmente la autoridad especulaba como el peso aproximado (lo que se explicita en el considerando 2, *supra*). Ambas actas entonces resultan discordantes y, en todo caso, incumbe a la autoridad correspondiente la verificación de su regularidad.
- c. En el caso, a efectos de validar la supuesta flagrancia **no** se manifestó la cuestión de la **urgencia** que haga viable por necesaria la intervención de la fuerza pública, pues el carácter permanente de la posesión de elementos ilícitos no justifica per se el ingreso al domicilio de la persona; y es que la posesión **continuada** no configura el supuesto de **extrema urgencia**, que bajo la institución de la flagrancia delictiva pueda habilitar a la fuerza pública a intervenir al margen de la autoridad judicial; sin embargo, la autoridad policial o la persona que conoce del hecho debe poner este en conocimiento del juez a cargo, a fin de que en el acto decrete la medida que corresponda.
- d. Por último, en cuanto a la denunciada detención policial provisional se puede advertir de lo expuesto por el fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Celendín y lo señalado por el Comisario Sectorial de Celendín (fojas 47), que como consecuencia de la aducida flagrancia del delito se detuvo preliminarmente a los actores por el término que la Constitución establece para el delito de **tráfico ilícito de drogas**, esto es, tal como se denuncia en la demanda, por el término de 15 días naturales. Asimismo, del “**Acta de Prueba de Campo de Descarte y Pesaje de Droga**” ha quedado precisado que la sustancia incautada trata de 6 gramos de *cannabis sativa* (marihuana) (fojas 29). A ello se debe agregar que el Código Penal establece, en su artículo 299, que **no es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de ocho gramos de marihuana**, entre otros.

Al respecto, y sin perjuicio de lo anterior expuesto, se debe **reiterar** que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su jurisprudencia que los juicios de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad y la subsunción de las conductas en determinado tipo penal, entre otros, son atribuciones exclusivas de la jurisdicción ordinaria. No obstante, conforme a lo expuesto en el segundo párrafo del considerando 5, *supra*, la autoridad competente al atribuir la comisión de un ilícito penal a una persona no puede realizar una interpretación manifiestamente extravagante respecto de **los hechos** con la finalidad de aplicar un determinado tipo penal ajeno a la conducta del actor o de mantener su detención preliminar; y es que, en definitiva, **la subsunción de las conductas en los tipos penales es atribución del juez penal**; sin embargo la validez constitucional de sus pronunciamientos judiciales es susceptible de ser examinada por este Tribunal Constitucional.

23. Que, estando a lo expuesto en el fundamento anterior, este Colegiado considera pertinente que se remita copias certificadas de la presente resolución a la Inspección General de la Policía Nacional del Perú, a la Oficina de Control Interno del Ministerio Público y al Juzgado Penal de la Provincia de Celendín, a fin de que tomen conocimiento de la actuación del fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Celendín y de los efectivos policiales de la Comisaría Sectorial de Celendín que participaron en el denunciado allanamiento y posterior detención de los recurrentes.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

RESUELVE

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en cuanto a la denunciada detención policial, al haber operado la sustracción de materia.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.
3. Disponer la remisión de las copias certificadas de la presente resolución a la Inspección General de la Policía Nacional del Perú, a la Oficina de Control Interno del Ministerio Público y al Juzgado Penal de la Provincia de Celendín, para su conocimiento y fines.

Publíquese y notifíquese.

MESÍA RAMÍREZ; BEAUMONT CALLIRGOS; ETO CRUZ

CASO: EVA BRACAMONTE FEFER

La debida motivación de las resoluciones judiciales que dictan mandato de detención

- 1.- **STC Exp.** : N° 1413-2010-PHC/TC
- 2.- **Demandante** : Eva Lorena Bracamonte Fefer y Liliana Castro Manarelli
- 3.- **Procedencia** : Lima
- 4.- **Antecedentes:**

Por Resolución de fecha 15 de noviembre de 2010, el Tribunal Constitucional dispuso acumular el Expediente N° 03900-2010-PHC/TC al Expediente N° 01413-2010-PHC/TC.

Expediente N° 01413-2010-PHC/TC

Con fecha 23 de diciembre de 2009 don Fabricio Valero Maraví interpone demanda de hábeas corpus a favor de doña Eva Lorena Bracamonte Fefer y doña Liliana Castro Mannarelli, y la dirige contra el juez del Décimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, don Alfonso Carlos Payano Barona, y los integrantes de la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Alberca Pozo, Peña Bernaola e Ynoñan Villanueva. Solicita que se declare la nulidad de las resoluciones a través de las cuales los emplazados, respectivamente, decretaron y confirmaron el mandato de detención en contra de las favorecidas, y que en consecuencia, se disponga su inmediata libertad y la emisión de la resolución de comparecencia que corresponda.

Al respecto, afirma que no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 638) a fin de imponer el mandato de detención en contra de las beneficiarias. Señala que la privación de la libertad de las favorecidas es ilegal y arbitraria por cuanto la medida de la detención adolece de una motivación aparente, pues para determinar los presupuestos necesarios para la emisión del mandato de detención los emplazados han utilizado argumentos subjetivos e inferencias carentes de asidero material y jurídico, omitiendo valorar las pruebas aportadas por las actoras, por lo que las resoluciones de la detención adolecen de grave vulneración a los derechos al debido proceso, a probar y a la debida motivación, lo que ha generado la afectación al derecho a la libertad individual de las procesadas. Refiere que las resoluciones cuestionadas no han respetado los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y de motivación; resultando que el derecho a probar fue vulnerado al no haberse valorado los medios de prueba que demuestran la inexistencia del peligro procesal de las beneficiarias, pues para determinar la ausencia del arraigo y del peligro de fuga los demandados han omitido valorar todos los medios aportados en el expediente que acreditan el arraigo de las actoras. Agrega que también se afectó el derecho de defensa por cuanto las favorecidas no pueden esgrimir defensa alguna contra las conjeturas que sustentan el mandato de detención. Asimismo, indica que existen documentos que acreditan la habitual actividad económica y el arraigo de las procesadas en la ciudad de Lima, que sin embargo no fueron valorados por los

emplazados, lo que resulta en un ilegal y arbitrario mandato de detención; finalmente alega que no existen suficientes elementos probatorios que permitan concluir la vinculación de las favorecidas con la muerte de la agraviada.

El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Lambayeque, mediante Resolución N° Diez, declaró improcedente la demanda por considerar, principalmente, que el auto de apertura de instrucción justificó la decisión judicial de manera objetiva y material al haber individualizado a las actoras y acreditado mediante elementos de prueba consistentes la comisión de un resultado criminal. Agrega que la resolución que confirmó la apelada justifica la concurrencia de los tres elementos de la detención.

La Sala Superior revisora confirmó la resolución apelada por considerar que en las resoluciones cuestionadas se han expuesto las razones por las que se impuso la medida, pues se considera que existen suficientes elementos de prueba indirectos que vinculan a las procesadas con el delito incriminado, la gravedad del delito, la ausencia de arraigo familiar, entre otros, lo que pone de manifiesto la debida motivación de las resoluciones judiciales cuestionadas.

Expediente N° 03900-2010-PHC/TC

Con fecha 29 de marzo de 2010 doña Eva Lorena Bracamonte Fefer y doña Lilia-na Castro Mannarelli interponen demanda de hábeas corpus contra el juez del Décimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, don Alfonso Carlos Payano Barona, solicitando que se declare la nulidad del mandato de detención dictado en su contra por Resolución de fecha 8 de setiembre de 2009, así como de su confirmatoria por Resolución de fecha 5 de noviembre de 2009, y que en consecuencia, se disponga su inmediata libertad y la emisión de la resolución de comparecencia que corresponda a las actoras.

Al respecto, afirman que al momento de dictar el mandato de detención el juzgado no valoró documentos que acreditan el arraigo de las procesadas en la ciudad de Lima, ya que es en dicha ciudad en donde desarrollan sus actividades laborales, educativas y familiares. Alegan que no existe el menor indicio de que vayan a sustraerse de las investigaciones, que por el contrario, presentaron documentos destinados a su colaboración, lo que desvirtúa el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria. Señalan que el mandato de detención es ilegal y arbitrario toda vez que no señala ningún criterio que podría determinar la existencia del peligro procesal, de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, y que por el contrario, se sustenta en conjeturas subjetivas carentes de sustento jurídico, como el considerar la pena conminada para los delitos que se les atribuye, además de la omisión de valorar todas las pruebas que acreditan la inexistencia de los presupuestos de la detención, vulnerando de ese modo el derecho a probar. Refieren que la existencia de los vínculos familiares no es el único supuesto del arraigo; que es arbitrario que el juez penal emplazado haya dispuesto la detención de Castro Mannarelli solo por el hecho de que su DNI no se encuentre actualizado. Señalan que el mandato de detención adolece de una motivación aparente ya que solo cumplió de manera formal con la motivación que establece la Constitución, en tanto ella se sustenta en criterios subjetivos. Agregan que el mandato

de detención es desproporcionado y arbitrario, y restringe la libertad de las actoras en forma desmedida.

Realizada la investigación sumaria, doña Eva Bracamonte Fefer y doña Liliana Castro Mannarelli ratifican los términos de la demanda y, uniformemente, señalan que el mandato de detención dictado en su contra no reúne los requisitos que establece el Código Procesal Penal y, además, se encuentra sustentado en subjetividades y conjeturas, vulnerando de ese modo sus derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, entre otros. De otro lado, el juez penal emplazado refiere que la medida de coerción personal se encuentra ampliamente desarrollada en la resolución que se cuestiona, determinación que a su juicio resulta suficiente y razonable, escenario por el que no se ha afectado arbitrariamente los derechos reclamados. Por otra parte, se recabaron las copias certificadas de las instrumentales pertinentes.

El Quincuagésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, mediante Resolución de fecha 28 de mayo de 2010, declaró infundada la demanda por considerar, principalmente, que existen motivos razonables y proporcionales que justifican el dictado de la medida cuestionada por el emplazado, quien no solo ha considerado que existen suficientes elementos de prueba que incriminan a las procesadas y que la pena será superior a 4 años de privación de la libertad, sino también el haberse evidenciado en las accionantes actos de perturbación a la actividad probatoria.

La Sala Superior revisora confirmó la resolución apelada por considerar, entre otros, que las actoras del hábeas corpus no cuentan con arraigo familiar, además de haber demostrado una conducta de rebeldía ante las citaciones de la autoridad policial.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la pretensión de las accionantes es que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 8 de setiembre de 2009 y de la Resolución de fecha 5 de noviembre de 2009, a través de las cuales los emplazados, respectivamente, decretaron y confirmaron el mandato de detención en contra de doña Eva Bracamonte Fefer y doña Liliana Castro Mannarelli; en este sentido, se solicita que se disponga su excarcelación y la emisión de la medida de comparecencia que corresponda, en la instrucción que se les sigue, respectivamente, por los delitos de parricidio y homicidio calificado (Expediente N° 285-09 - Incidente N° 517-09 “A”).

Cuestión previa

2. Este Colegiado advierte que en el caso constitucional N° 01413-2010-PHC/TC las instancias judiciales del hábeas corpus declararon la improcedencia liminar de la demanda. Al respecto, se debe subrayar que la calificación de la demanda supone que el juez constitucional evalúe detenidamente el caso, no solo a partir de los derechos invocados expresamente sino, incluso, de aquellos cuya presunta lesión aparece relacionada con los hechos denunciados, toda vez que el propósito fundamental del hábeas corpus contra resoluciones judiciales es velar porque los jueces, en el conocimiento de los procesos sometidos a su competencia, garanticen

la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos al justiciable, tanto más si aquellos inciden en el ejercicio de su libertad individual. Atendiendo a ello, y luego de examinar los hechos denunciados en la demanda, se desprende que su rechazo liminar resulta impertinente por cuanto no se está ante un supuesto de **manifiesta improcedencia** que habilite su aplicación, escenario en el que correspondería declarar la nulidad de todo lo actuado en dicho proceso y ordenar que se admita a trámite la demanda de hábeas corpus; sin embargo, de los actuados que corren en el aludido proceso constitucional, así como de las copias certificadas del proceso penal sub materia que obran en el caso constitucional N° 03900-2010-PHC/TC, **este Tribunal aprecia suficientes elementos de juicio que permiten la emisión de un pronunciamiento por el fondo de la demanda**, máxime si se observa de los autos (Exp. N° 01413-2010-PHC/TC) que el Procurador Público de los asuntos judiciales del Poder Judicial ha tomado conocimiento, conforme consta de las cédulas de notificación y del escrito del aludido procurador, que corre a fojas 157, 162, 168, 232 y 171, respectivamente.

Análisis del caso materia de controversia constitucional

3. El derecho a la libertad personal no es absoluto, pues conforme a lo señalado en el artículo 2, inciso 24, ordinales “a” y “b”, de la Constitución, está sujeto a regulación de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física pero no por ello es per se inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, tanto más si legalmente se justifica, siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado, lo que debe ser apreciado en cada caso en concreto.
4. A tal efecto, el artículo 135 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 638) establece que para el dictado de la medida cautelar de detención es necesaria la concurrencia simultánea de tres presupuestos: a) la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) la pena probable a imponerse; y c) la existencia de suficientes elementos probatorios que hagan concluir en el juzgador penal que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.

Al respecto, conforme a lo señalado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N° 1091-2002-HC/TC (caso Vicente Ignacio Silva Checa), **la justicia constitucional no es la competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción o el mantenimiento de la detención judicial preventiva**, lo cual es tarea que le compete a la justicia penal ordinaria; sin embargo, sí es su atribución verificar si se encuentra sustentada la concurrencia de estos presupuestos y que su imposición sea suficiente y razonada, lo que **debe estar motivado** en la resolución judicial que lo decreta.

5. Ahora bien, el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional, y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano

jurisdiccional administra justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas (artículo 139, inciso 5, de la Constitución) es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

Al respecto, se debe indicar que “[l]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión” (Cfr. STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, fundamento 14).

Respecto a la motivación de las resoluciones, cabe indicar que este Tribunal Constitucional viene señalando que “[l]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado (...)” (véase, entre otras, la sentencia recaída en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC, fundamento 11). **Esto es así en tanto hay grados de motivación, pues la motivación ausente resulta inconstitucional, sin embargo la fundamentación jurídica que presente una suficiente justificación que sustente lo resuelto no resulta inconstitucional**, lo que debe ser apreciado en el caso en particular (Cfr. STC Exp. N° 02004-2010-PHC/TC, fundamento 5).

6. En el presente caso, se aprecia que las resoluciones cuestionadas (fojas 90 y 109 del Expediente N° 01413-2010-PHC/TC) cumplen con la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, adecuada a las condiciones legales de la materia, al expresar una suficiente motivación a fin de imponer y confirmar el mandato de detención provisional en contra de las favorecidas.

En ese sentido, el juzgado penal emplazado argumenta:

- a. “(...) como ya se tiene anotado, los indicios razonables aportados por el Fiscal provincial, confluyen (...)”,

En cuanto a Eva Lorena Bracamonte Fefer “(...) habría contratado los servicios ilícitos del [asesino] (...), postura que se infiere de los reportes e informes de telefónica (...) que muestra que este llamó a Eva Bracamonte Fefer (celular número 98735559), utilizando el celular de la agraviada, sin que esta situación haya sido rebatida convincentemente por la denunciada (...); la

denunciada, reconoce que (...) descendió de su dormitorio ubicado en el segundo piso del inmueble al primer nivel (...) hasta en dos oportunidades (...), [resultando que] el empleado doméstico (...) antes de descubrir el cadáver, encontró las llaves de la puerta del garaje de la residencia sin seguros y con las luces encendidas, pese a que este, la noche anterior (...) las había asegurado y apagado respectivamente; sin embargo (...) [la] denunciada habría sido la última con acceso al ingreso a las puertas del domicilio donde se produjo el crimen (...). Se pone de relieve como indicio incriminante la situación de las llamadas telefónicas, que contradictoriamente la denunciada (...) ha negado, por corresponder al marco temporal que coincide con el momento de la ejecución del crimen; (...) [y entre otro], con posterioridad a los hechos, en el mes de julio de dos mil siete, viajó en compañía de Liliana Castro Mannarelli a la República Argentina, país donde el autor (...) se encuentra detenido por extorsión; y desde allí solicitó telefónicamente que se le remita un giro de dinero por cinco mil dólares, tal como se advierte de [una] manifestación (...) realizada en presencia del Ministerio Público, lo que coincide en cuanto al viaje y a la solicitud de dinero, con la indagatoria de [la denunciada] (...) quien indica que el dinero lo gastó en hospedaje y compras de ropa, comida y otros, sin haber sustentado dichos gastos”.

En cuanto a Liliana Castro Mannarelli “(...) habría mantenido relación convivencial con Eva Lorena Bracamonte desde el día siguiente del asesinato de [la agraviada] hasta la actualidad (...), sin haber ninguna aparente o convincente justificación (...) Eva Lorena Bracamonte Fefer (...) le transfirió de manera informal el 50% de las acciones de la Inmobiliaria Sideral, transferencia que se ha mantenido con reserva (...), no obstante el elevado valor de las acciones, que sobrepasan el monto de 645,507.08 dólares americanos, [y] habi[endo] conocido poco tiempo a Eva Lorena Bracamonte Fefer, fue nombrad[a] inicialmente como relacionista pública y luego como Gerente Administrativo de la empresa (...), con sueldo similar a su codenunciada, además de no haber mencionado en su declaración indagatoria el haber recibido en transferencia el 50% de dichas acciones”.

- b. “(...) en la eventualidad de que el órgano jurisdiccional competente, determine en su oportunidad la responsabilidad penal de los denunciados (...), la sanción a imponerse podría superar el año de pena privativa de la libertad. Con lo cual, también se satisface la prognosis de pena que exige la norma procesal”.
- c. “Sobre el requisito del peligro procesal (...) se evalúa que la denunciada Bracamonte Fefer carece de arraigo familiar en la medida que radica en el inmueble sito en la Calle Paul Harris, en compañía, solo de su codenunciada Castro Mannarelli (...) [n]o verificándose que tenga apego con ninguno de sus familiares (...). También debe tenerse en cuenta que las propiedades y las empresas que posee como heredera (...) no las maneja directamente la denunciada, sino terceros, por ello es que en su manifestación de fojas ciento veintitrés, no declara dedicarse a actividad laboral alguna (...); durante la investigación policial, ha mostrado una conducta de resistencia a la citación, tal como se

indica a fojas ochenta y ocho, sobre ‘la negativa de la denunciada Eva Lorena Bracamonte Fefer en presentarse a la División de Homicidios (...)’”. “En lo atinente a la denunciada Liliana Castro Mannarelli, aunado al supuesto de la pena conminada en el tipo penal que operaría como motivo de elusión (...), durante la investigación preliminar, también ha mostrado una conducta elusiva, como así se reporta a fojas ochenta y siete del Parte N° 273-08-DIRIN-CRIPNP/DIVINHOM-DEPINHOM.E5, en sentido de su negativa de presentarse a la DIVINHOM-DIRINCRI para rendir su manifestación, hasta en dos oportunidades (...); [y] carece de actividad laboral fija y domicilio estable, como así se reporta de fojas cuatro mil setecientos diecinueve (...); de otro lado, según su ficha de la Reniec, registra [cierto] domicilio; sin embargo, luego del hecho ilícito que se denuncia, se encuentra residiendo en la Calle Paul Harris [con su codenunciada]”.

Por su parte, la Sala Superior demandada a través de la resolución confirmatoria señala que:

“(...) la certeza respecto a la responsabilidad penal se determinará fehacientemente en el desarrollo del proceso y no en el presente estadio procesal, donde se requiere solo un alto grado de probabilidad de responsabilidad (...), [resultando que] los elementos de prueba incorporados hasta el momento permiten presumir la existencia de una eventual responsabilidad por parte de la[s] procesadas (...). [La medida atiende, entre otros, a] la ausencia de arraigo familiar de la procesada Eva Lorena Bracamonte Fefer, en la medida que radica en el inmueble (...) en compañía solo de su coprocesada Liliana Castro Mannarelli (...), siendo que hasta la fecha que se presentó la medida coercitiva materia de revisión, no se ha verificado que tenga apego a ninguno de sus familiares (...); [y] la renuencia ante la investigación preliminar de la[s] encausadas en alusión, constituyen argumentos razonables que aportan a la determinación de una su-puesta sustracción procesal, pues no obstante la condición en la que fuesen citadas por la Policía Nacional (...), sus actitudes resistentes ante las citaciones, solo reflejan el poco interés que mostraron en esclarecer los hechos materia de investigación, por ello dichas circunstancias aportan a justificar la imposición de la medida coercitiva que les fue impuesta (...)”.

7. En efecto, del texto citado este Colegiado advierte que los órganos judiciales emplazados han expresado a través de las cuestionadas resoluciones judiciales una suficiente motivación a efectos de sustentar el mandato de detención en contra de las actoras del hábeas corpus. En este sentido: **i)** no se aprecia que se manifieste la **su-puesta motivación aparente ni la decisión basada en conjeturas** que se alega en la demanda, pues se encuentran señalados los suficientes elementos probatorios del caso penal que vinculan a las favorecidas con los hechos; **ii)** no es cierto que la su-puesta inexistencia de los vínculos familiares o disconformidad de la dirección señalada en el DNI (respecto al lugar de su residencia) de una de las procesadas sea el único sustento de la medida de detención que se les impuso; y, **iii)** si bien resultaría inconstitucional que la medida de detención únicamente sea sustentada en la pena conminada a imponerse, en el caso, se aprecian otras consideraciones que

finalmente –aunadas– dieron lugar a la medida, resultando que a juicio de este Tribunal la medida de coerción de la libertad personal –impuesta por los emplazados–, principalmente, se sustenta en la conducta renuente de las emplazadas durante la investigación preliminar en la etapa policial, entre otro.

8. Asimismo, este Colegiado considera que no resulta obligatorio que el juez penal tenga que pronunciarse por cada uno de los elementos probatorios que hayan aportado las partes a efectos de determinar la medida de sujeción de los inculpadados al proceso, puesto que la descripción razonada y suficiente de los elementos probatorios que sustente la decisión adoptada denota la ausencia de la arbitrariedad de la medida. Por otro lado, se puede afirmar que no se ha visto afectado el derecho a probar ni el derecho de defensa de las beneficiarias, pues el cuestionamiento en el sentido de que en las aludidas resoluciones no habrían sido materia de pronunciamiento cada uno de los medios de prueba aportados, constituye una discusión que no implica que aquellos medios no hayan sido tomados en cuenta a efectos de imponer la detención provisoria, pues conforme se dijo, la descripción razonada y **suficiente** de los elementos probatorios que sustente la decisión adoptada denota la ausencia de la arbitrariedad de la medida, lo que acontece en el caso de autos.

De otro lado, en cuanto a la reclamación de la demanda respecto de que los emplazados no habrían **valorado** ciertos medios probatorios que –a consideración de las accionantes– demostrarían la inexistencia del presupuesto del peligro procesal de la detención, este Tribunal debe subrayar que no es tarea de la justicia constitucional apreciar la correcta valoración de las pruebas a efectos de verificar la constitucionalidad del pronunciamiento judicial de la detención provisional, sino que dicho análisis se realiza según otros parámetros de control tales como la motivación de las resoluciones judiciales y la razonabilidad de la medida, que en el presente caso constitucional no resultan infringidos.

9. En este contexto, a juicio de este Tribunal, la falta de arraigo familiar y la renuencia de las procesadas a concurrir a las citaciones en el marco de la investigación preliminar, que se sustenta en las resoluciones materia de examen constitucional, comportan elementos razonables de la concurrencia del peligro procesal que el juzgador penal del caso submateria ha considerado como constitutivo de la medida impuesta, por lo que las resoluciones judiciales cuestionadas resultan válidas en los términos de la Constitución. A mayor abundamiento, “(...) si desde el inicio de la investigación penal a nivel preliminar el inculpadado muestra una conducta renuente a la sujeción de las actuaciones y/o requerimientos de la autoridad competente en el marco de la investigación de un delito, puede concluirse la configuración del peligro procesal, que valida la imposición de la medida coercitiva de la libertad personal” (Cfr. STC Exp. N° 06097-2009-PHC/TC).
10. Finalmente, resulta pertinente señalar, en cuanto al presente caso, que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva debe ser una medida provisional; es decir, que su mantenimiento solo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para

su dictado. En efecto, las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que significa que **su permanencia o modificación**, a lo largo del proceso, estará siempre subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, la misma sea variada. En este sentido, el órgano judicial que viene instruyendo a las actoras tiene potestad para variar de oficio, o a pedido de parte, la medida de detención, que en caso de su denegatoria firme es susceptible de su excepcional control constitucional.

11. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado la vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales ni a los demás derechos reclamados, en conexidad con el derecho a la libertad individual.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la vulneración a los derechos reclamados en conexidad con el derecho a la libertad individual de las favorecidas.

Publíquese y notifíquese.

MESÍA RAMÍREZ; ÁLVAREZ MIRANDA; VERGARA GOTELLI; BEAUMONT CALLIRGOS;
CALLE HAYEN; ETO CRUZ; URVIOLA HANI

Anexo III

Circulares administrativas
emitidas por la Sala Plena
de la Corte Suprema
de Justicia y directivas
de la Fiscalía de la Nación

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 325-2011-P-PJ

Circular sobre la prisión preventiva

Lima, 13 de setiembre de 2011

VISTA: Las medidas urgentes o de ejecución inmediata de la Agenda Judicial de Seguridad Ciudadana del Poder Judicial necesarias para desarrollar criterios orientadores y unificadores para aplicar la prisión preventiva.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que la interpretación y ulterior aplicación de las normas que regulan la prisión preventiva –situación nacida de una resolución jurídica de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado–, en especial el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004, exige que el juez –en el ejercicio de su potestad jurisdiccional– tenga en cuenta diversos parámetros jurídicos legalmente previstos –bajo el reconocimiento de que la prisión preventiva está situada entre dos deberes estatales el de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y, por otro lado, el de proteger la libertad del ciudadano–.

Se ha de determinar, de modo relevante, los alcances y asumir la debida comprensión de los presupuestos materiales que informan la prisión preventiva, de profunda influencia en el juicio de proporcionalidad que demanda el análisis de toda institución de relevancia constitucional y que persigue circunscribirla a lo estrictamente necesario.

De lo consignado, sin duda, surge la indispensabilidad –como lógica consecuencia del principio material de necesidad– de una motivación suficiente y razonable acorde a los presupuestos y fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida de prisión preventiva, en función a las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

Segundo.- Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial– para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal (artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*).

Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos –del material instructorio en su conjunto–, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad).

Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una

prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad.

Si no se cumple con el primer presupuesto material y el inicial motivo de prisión, el juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal.

Por el contrario, si en el caso específico se cumple con ambas exigencias el juez debe valorar, como segundo motivo de prisión, la presencia de los peligros de fuga y/o de obstaculización probatoria –de menor intensidad, en especial esta última, conforme avanza el proceso–. Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena].

Tercero.– Que el Código Procesal Penal ofrece criterios específicos para analizar el riesgo de fuga y el peligro de obstaculización probatoria. La normativa procesal penal establece –a través del desarrollo de los artículos 269 y 270 del Código Procesal Penal– una guía –sin duda flexible o abierta– para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos para justificar la imposición de una medida procesal tan grave como la prisión preventiva. Tales lineamientos tienen como objetivo evitar la justificación de la misma sobre la base de resoluciones estereotipadas o con una escasa motivación en el ámbito nuclear del peligrismo procesal.

Sin embargo, debe quedar claro que estos postulados normativos no tienen naturaleza taxativa. El juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado, por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además, ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

El factor temporal, en orden a las razones justificativas de la restricción de la libertad personal, adquiere singular relevancia. Así, en la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias son más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso.

Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva– están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno o en otro

sentido— en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente —se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado—. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral.

Las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos y manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger. Dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribuido, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba.

Cuarto.- Que de seguirse, como corresponde, esta metodología se comprenderá que la prisión preventiva no es una medida de aplicación automática o inmediata. Esto es, no se aplica a todos los imputados bajo sospecha vehemente —motivada y objetiva— de comisión de un delito, cuya prognosis de pena sea superior a los cuatro años de privación de libertad. Es por esta razón que debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una “doble lectura”. En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aun cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra —desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia— puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado. Sin embargo, ello no debe conducir a la aplicación de la prisión preventiva en todos los supuestos en los que la pena a imponer sea superior a cuatro años. Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la prisión preventiva (artículo 268, apartado 1,

literal b), del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de peligrosismo procesal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal).

Quinto.- Que, por otro lado, es doctrina jurisprudencial consolidada –tanto a nivel nacional como internacional– el hecho de que, por lo general y salvo lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero, parágrafo tres, la gravedad de la pena no puede ser el único criterio que justifique la utilización de la prisión preventiva, razón por la cual se debe acompañar con algunos de los criterios dispuestos por el artículo 269 del Código Procesal Penal; y, como se verá, con el propio apartado 2 del artículo 268 del citado Cuerpo de Leyes.

En tal ámbito, es de suma importancia evaluar el análisis jurisprudencial que actualmente ocurre en el contexto de algunos de los criterios regulados por el artículo 269 del Código Procesal Penal. En la actualidad se vienen generando muchas confusiones que deben ser esclarecidas con el propósito de aplicar en forma eficiente la prisión preventiva.

Sexto.- Que un problema fundamental viene dado por la definición del arraigo, regulado por el artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal. Un dato fundamental que es de tener en cuenta en la valoración de los criterios establecidos por los artículos 269 y 270 del mencionado Código, es que se está ante lo que se puede denominar “tipologías referenciales”, destinadas a guiar el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal.

Sétimo.- Que no existe ninguna razón jurídica ni legal –la norma no expresa en ningún caso tal situación– para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión “existencia” o “inexistencia” de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo –medido en términos cualitativos– descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva.

Por ejemplo, es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho Procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto –que no lo es– sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado.

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (artículo 269, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la “calidad” del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: **“las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”**. Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera.

Octavo.- Que lo anotado en el fundamento jurídico anterior revela que no es posible identificar la supuesta “existencia de arraigo” (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva. Esto es así porque el arraigo –ocurre lo mismo con todos los criterios del artículo 269 del Código Procesal Penal– no es una premisa fija o estable; no es un presupuesto, sino un criterio relacional basado en el contexto de cada caso, de suerte que en uno determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no. En consecuencia, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, de existencia o inexistencia de arraigo; lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el solo hecho de que “el imputado tiene domicilio conocido”, es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado.

Noveno.- Que, en la misma línea de lo anterior, es importante evaluar cuál es el sentido que actualmente le otorga la jurisprudencia al apartado 2 del artículo 268 del Código Procesal Penal. Sin duda, es un criterio poco utilizado en el ámbito de la prisión preventiva, y lo es, probablemente, por los términos de su propia redacción.

Sin duda la pertenencia del imputado a una organización delictiva –o su integración a la misma– no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una *conditio sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva –que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales–. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de banda, es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídico procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización.

En línea con la jurisprudencia alemana la prisión preventiva en estos casos solo puede ser impuesta si existen los motivos de fuga o peligro de entorpecimiento. No obstante ello, en la verificación de su existencia no se debe ser tan exigente, sino que ya es suficiente, en relación con la gravedad del hecho atribuido, una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En estos casos se entiende que está minimizado el arraigo social del imputado.

Décimo.- Que es obvio que la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, “compra”, muerte de testigos, etcétera). Por consiguiente, el juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa.

Undécimo.- Que lo consignado en ningún caso niega como objetivo de legitimidad constitucional el carácter excepcional –que trae como consecuencia que rija el principio *favor libertatis* o del *in dubio pro libertate*–, lo que significa que la interpretación de las normas en cuestión deben hacerse con carácter (i) restrictivo y, además, a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, (ii) subsidiario, (iii) necesario y (iv) proporcionado en orden a sus fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva, ni colisiona con la postura garantista del proceso penal; ni mucho menos, con la garantía genérica de presunción de inocencia.

El criterio es sólido: la prisión preventiva “protege” el proceso, su normal desarrollo y resultado; y existe una máxima de la experiencia que también es contundente: las organizaciones delictivas, con frecuencia, suelen perturbar la actividad procesal propiciando la fuga y la obstaculización probatoria. Desde luego, es necesario examinar caso por caso, pero es imperativo, asimismo, reconocer que existen casos evidentes en los que la existencia de un domicilio (por citar un ejemplo) no enerva en ningún caso la potencialidad manifiesta del riesgo procesal que representa la pertenencia a una organización delictiva o a una banda.

Duodécimo.- Que el Código Procesal Penal representa un modelo procesal acusatorio que asume, en su esencia, el programa procesal penal de la Constitución. Ello supone el respeto de los principios esenciales de un proceso penal propios de un Estado Constitucional –contradicción, igualdad, acusatorio, oralidad, intermediación, publicidad, etcétera– y el desarrollo equilibrado de las garantías genéricas del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, así como de las demás garantías específicas del individuo. Pero también exige proteger los derechos e intereses legítimos de la víctima, y asegurar el desarrollo y resultado de un proceso que pretende resoluciones rápidas y justas para todos, afirmando de este modo la seguridad ciudadana como uno de los deberes primordiales del Estado (artículo 44 de la Constitución Política).

Por estos fundamentos, el Presidente del Poder Judicial, conforme a las atribuciones que le concede los artículos 73 y 76 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N° 27465.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Instar a los jueces penales asumir las pautas metodológicas y criterios jurídicos fijados en la presente resolución - circular.

Artículo Segundo.- Recordar el cumplimiento de la exigencia de motivación, de su razonable y ponderado cumplimiento que respete el contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental a la libertad (los dos presupuestos materiales analizados), sin que ello signifique, pese a tratarse de un deber reforzado de motivación judicial, exigencias imposibles de cumplir ni un excesivo régimen de razonamiento.

Artículo Tercero.- Transcribir la presente resolución - circular a las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, las Cortes Superiores de Justicia del Perú, la Sala Penal Nacional, la Fiscalía de la Nación, y del Centro de Investigaciones Judiciales.

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 029-2011-SP-CS-PJ

Precisan y establecen disposiciones sobre la medida de detención domiciliaria en el proceso penal

Lima, 31 de marzo de 2011

VISTO:

Las comunicaciones cursadas por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia acerca de las medidas de comparecencia con la alternativa de detención domiciliaria dictadas al amparo del artículo 143 del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo N° 638–, modificado por la Ley N° 29439.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que el artículo 143 del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo N° 638–, modificado por la Ley N° 29439, estableció como una de las alternativas de la medida de comparecencia restrictiva la “detención domiciliaria”. El numeral uno de dicha norma prescribe, al respecto, que esta medida puede ser cumplida en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella. Corresponde al juez, según la parte *in fine* del citado artículo, ordenar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento.

Segundo.- Que, desde la propia prescripción normativa, se entiende que la detención domiciliaria puede adoptar varias modalidades. Según el lugar donde se ejecute la restricción de la libertad personal, puede ser en el domicilio particular del imputado o de otra persona, como en un domicilio institucional de una persona jurídica pública o privada, en especial de la autoridad policial. En atención a los mecanismos de control de la medida, es de distinguir la detención domiciliaria bajo control particular o policial, o con o sin autorizaciones para trabajar, estudiar o tratarse médicamente, etcétera.

Tercero.- Que, en atención a la vigencia de los principios de proporcionalidad y de intervención indiciaria, la medida de detención domiciliaria, como una de las alternativas a la detención preventiva más graves contempladas en la ley, solo puede aplicarse tratándose de delitos de determinada entidad y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria –en los que existan indicios de criminalidad suficientes de su comisión y de la intervención del imputado, así como elementos de convicción bastantes del riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria– no pueda evitarse razonablemente mediante otras alternativas menos gravosas. Por su propia excepcionalidad –atento a su rigor en relación a la libertad personal–, corresponde al juez dar prioridad al caso para evitar lapsos prolongados y desproporcionados de detención domiciliaria, al punto incluso que puede fijar plazos con mayor o menor concreción para delimitar la extensión de la misma. De igual manera concierne a los órganos superiores y a la Presidencia de la Corte Superior implementar las medidas de control y alertas tempranas para evitar excesos en el plazo de cumplimiento de las mismas.

Cuarto.- Que esos mismos criterios, al igual que las características personales del imputado y la complejidad de la causa, servirán para decidir si la detención domiciliaria tendrá lugar en la vivienda del encausado o en otro domicilio o institución privada o pública, y para determinar los mecanismos de organización y control del mismo –resguardo permanente o visitas inopinadas del personal policial, así como inspecciones en el inmueble designado– a fin de garantizar su eficacia y evitar el peligrosismo procesal correspondiente.

Quinto.- Que, en este mismo sentido, en los procesos por hechos cometidos en un contexto de violencia familiar, deberá el juez evaluar de manera puntual la situación con la finalidad de evitar que el imputado –que a la vez es el agresor– cumpla la detención domiciliaria en el domicilio en el que también reside la víctima o sujetos pasivos del acto agresor (cónyuges, excónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, etc.). En tales casos y por una línea de coherencia normativa, corresponde invocar como fundamento la Ley N° 26260 (Ley de protección frente a la violencia familiar), que desarrolla un conjunto enunciativo de medidas de protección entre las que son de destacar el retiro del agresor del domicilio, prohibición de comunicación, acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma.

Sexto.- Que si bien la prudencia y rigor jurídico deben guiar la imposición de toda medida de coerción personal, corresponde a la autoridad policial –en el marco de la decisión judicial– desarrollar todas aquellas técnicas de control y medidas de seguridad que cada caso aconseje, así como informar –según el caso– previa, inmediatamente o en el curso de la ejecución de la medida dictada si el domicilio designado cumple las condiciones de seguridad pertinentes, a fin de que el órgano jurisdiccional decida lo más conveniente en garantía del cumplimiento del objeto del proceso.

Sétimo.- Que la Ley Procesal Penal, como ha quedado expuesto, reconoce como una de las modalidades posibles la detención domiciliaria institucional a cargo de la autoridad policial. Tal modalidad institucional policial –que tampoco puede ser la única– existe con la constitución de la Casa Transitoria de Arresto Domiciliario Santa Bárbara, cuya reglamentación a cargo de las autoridades competentes debe consolidarse al más breve plazo. Si bien se ha informado que el local de Santa Bárbara no cumple con las condiciones de seguridad en defensa civil vigente y no ha sido posible implementar un mecanismo adecuado de seguridad –lo que se ha hecho evidente con las fugas de varios presos domiciliarios–, los jueces en esos casos-límite deben decidir lo que corresponda, y según los principios y notas características antes esbozadas, han de dictar las decisiones más razonables en función de las circunstancias y características de cada imputado.

Octavo.- Que lo últimamente expuesto, sin embargo, no elimina la necesidad de que el Ministerio del Interior deba implementar a la brevedad posible una o varias Casas Transitorias para presos domiciliarios a fin de permitir esta modalidad de detención domiciliaria, que sin duda solo es viable para aquellos imputados bajo cargos consolidados de delitos graves y con serios riesgos de fuga o de obstaculización de la actividad probatoria –en especial para aquellos encausados que se encuentren en tal situación y que por el tiempo transcurrido deba ponerse término a la detención judicial

preventiva en un establecimiento penal o que por ser extranjeros carezcan de domicilio en el país–.

Por estos fundamentos, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 79 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

RESUELVE:

Artículo 1.- PRECISAR que conforme al Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 638, la detención domiciliaria es una restricción de la libertad personal que, a criterio del órgano jurisdiccional y conforme a sus propios límites, puede ejecutarse a través de distintas modalidades y mecanismos de control, pudiendo también fijarse de manera expresa límites temporales determinados, en función de las particularidades del caso concreto. La decisión judicial debe ser lo suficientemente específica para cumplir con estos parámetros.

Artículo 2.- ESTABLECER que, para adoptar una determinada modalidad de detención domiciliaria, el juez debe cuidar que esté garantizado el cumplimiento de dicha medida. Esta modalidad puede variarse según las circunstancias de la causa, las condiciones personales del imputado o la necesidad de protección en casos de violencia familiar.

Artículo 3.- DISPONER que frente a la comunicación de la autoridad policial –previos traslados, y actos de indagación adicional si fuera el caso– el juez debe pronunciarse motivadamente sobre la modalidad y especialidad adoptada de detención domiciliaria.

Artículo 4.- DECLARAR que la detención domiciliaria institucional policial es una modalidad plenamente aceptada por la ley y que la autoridad competente debe crear las condiciones para su debida implementación y aplicación por el órgano jurisdiccional.

Artículo 5.- EXHORTAR al Ministerio del Interior para que, al más breve plazo, constituya casas transitorias de arresto domiciliario y dicte las medidas reglamentarias y de seguridad necesarias para su efectivo y eficaz funcionamiento.

Artículo 6.- TRANSCRIBIR la presente resolución-circular a todas las Cortes Superiores del Perú, la Fiscalía de la Nación, y a los Ministerios del Interior y de Justicia.

RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN N° 3182-2013-MP-FN

Aprueban Directiva N° 002-2013-MPFN “Actuación fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal de 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076”

Lima, 4 de octubre de 2013

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que, el Fiscal de la Nación, como titular del Ministerio Público, es el responsable de dirigir, orientar y formular la política institucional, en ese marco debe adoptar las medidas necesarias a efectos de brindar un servicio fiscal eficiente y oportuno;

Que, mediante Ley N° 30076, se modificó el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Código de los Niños y Adolescentes, y se crearon Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana; asimismo, se dispuso la entrada en vigencia, a nivel nacional, de los artículos 2, 160, 161, 268, 269, 270, 271 y 311 del Código Procesal Penal, referidos a la aplicación del principio de oportunidad, confesión sincera, prisión preventiva, peligro de fuga, desalojo preventivo y ministración provisional;

Que, por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2770-2013-MP-FN de fecha 11 de setiembre de 2013, se conformó una Comisión de Trabajo encargada de analizar, estudiar y formular propuestas de soluciones técnicas relacionadas con la aplicación de la Ley N° 30076;

Que, a través del Oficio N° 617-2013-MP-FN-ETI-NCPP/ST, el Secretario Técnico del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, hace de conocimiento los avances y resultados del trabajo encomendado a la citada Comisión; igualmente, adjunta el Proyecto de Directiva denominado: “Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva conforme al Código Procesal Penal de 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076”;

Que, siendo así, resulta necesario aprobar las directrices que optimizarán y regularán las actuaciones de los señores fiscales durante el procedimiento de prisión preventiva previsto en el Código Procesal Penal de 2004; Que, estando a la propuesta alcanzada por la Comisión de Trabajo conformada mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2770-2013-MP-FN, y en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 64 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar la Directiva N° 002-2013-MP-FN denominada “Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva conforme al Código Procesal Penal del 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076”, cuyo texto forma parte integrante de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la Oficina Central de Tecnologías de la Información, publique la directiva antes mencionada, en la página web del Ministerio Público para su respectiva difusión.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES

Fiscal de la Nación

DIRECTIVA N° 002-2013-MP-FN

Actuación fiscal en el procedimiento de prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal de 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076

I) Objetivo

La presente Directiva tiene como objeto regular las actuaciones de los fiscales en el procedimiento de prisión preventiva previsto en el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP), puesto en vigencia mediante Ley N° 30076.

II) Finalidad

Unificar criterios de interpretación y aplicación de los artículos 268, 269, 270 y 271 del CPP, que regulan la prisión preventiva.

III) Alcance

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para todos los fiscales que intervienen en el procedimiento de prisión preventiva de los distritos fiscales de Lima, Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Callao, Apurímac, Ayacucho, Huancavelica y Junín, en los que se ha adelantado su vigencia mediante Ley N° 30076.

IV) Base Legal

- Constitución Política del Estado: artículos 158 y 159.
- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957: artículos 268, 269, 270 y 271.
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo N° 052: artículos 1, 5 y 64.
- Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: incisos c) y d) del artículo 23.

V) Normas generales

V.1. Rol del fiscal ante las detenciones policiales

1. El Fiscal actuará con especial celeridad cuando conozca los casos de personas detenidas por flagrancia delictiva.
2. En estricto cumplimiento de sus funciones constitucionales, como conductor de la investigación desde su inicio, el fiscal responsable vigilará que la Policía Nacional le comunique en forma inmediata todas las detenciones que ocurran en su turno. Asimismo, dispondrá los canales de comunicación más adecuados para instruir a los efectivos policiales sobre el tratamiento que debe dársele al detenido y sobre la evidencia que debe recabarse.
3. En cumplimiento del mandato constitucional de vigilar la recta administración de justicia y defender la legalidad, el fiscal procurará que el órgano jurisdiccional

competente tramite con la debida celeridad el requerimiento de prisión preventiva una vez que el fiscal entrega a su disposición al detenido.

V.2. Requerimiento de la medida cautelar personal y participación en la audiencia de prisión preventiva

4. En el caso de personas detenidas, el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado, que será presentado conjuntamente con la formalización de la denuncia penal. Su fundamentación deberá abarcar los presupuestos del artículo 268 del CPP y los criterios que regulan los artículos 268 y 269 de este mismo cuerpo normativo.
5. La sustentación debe considerar, además, las pautas o reglas establecidas en la denominada “Circular sobre la prisión preventiva”, emitida por la Presidencia del Poder Judicial, en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, como la flexibilidad de los criterios contenidos en los artículos 269 y 270 del CPP, el factor temporal en relación al proceso judicial, las circunstancias sobre la aptitud del imputado para provocar su ausencia, la gravedad de la pena como criterio legal de peligro procesal, el arraigo como criterio basado en el contexto de cada caso, y la pertenencia a una organización delictiva.
6. El fiscal, asimismo, debe considerar, y por ende, sustentar, si fuera el caso, que el auto apertura de instrucción, conforme lo exige el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, el juez ya valoró y determinó la concurrencia de elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito y la individualización de su autor o partícipe; en ese sentido, incluso, la propia norma del citado cuerpo normativo exige que el juez motive los hechos, los elementos de prueba en que se funda la imputación y la calificación del delito atribuido al denunciado. Esta exigencia o presupuesto del auto de apertura de instrucción, es coincidente o se encuentra íntimamente relacionado con el primer presupuesto de la prisión preventiva que regula el inciso 1) del artículo 268 del CPP, la existencia de fundados y graves elementos de convicción que estiman la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
7. Otro aspecto que debe considerar el fiscal en la sustentación de la prisión preventiva, es que el peligro de fuga y de obstaculización probatoria, deben ser sostenidos desde la perspectiva del imputado y del hecho que se le atribuye. Por ende, puede recurrir a una variedad de elementos reales y concretos que se presentan en la cotidiana casuística penal, en tanto, así lo permiten los supuestos de los artículos 269 y 270 del CPP, que regulan los criterios abiertos y flexibles para sustentar el peligro procesal.
8. En los supuestos de personas detenidas, el Fiscal Provincial de Turno designará al fiscal que sustentará el requerimiento de prisión preventiva en la audiencia pudiendo recaer en su persona, en el Fiscal Adjunto Provincial de su Despacho, en el Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales o en el Fiscal Adjunto Provincial de apoyo.

9. El fiscal de turno deberá entregar al detenido a disposición del juez, únicamente, cuando formula requerimiento de prisión preventiva en su contra. Fuera de este supuesto, debe disponer su libertad; asimismo, cuando considere que debe imponérsele la medida de comparecencia restringida, deberá solicitarla en la formalización de la denuncia penal. La adopción de cualquiera de estos últimos supuestos no impide que, posteriormente, y cuando así lo estime, solicite la prisión preventiva.

V.3. Apelación del mandato de detención

10. Con la finalidad de defender la pretensión del Ministerio Público en el procedimiento de la prisión preventiva, debe seguirse, en lo pertinente, los criterios establecidos en la Directiva de la Fiscalía de la Nación N° 005-2012-MP-FN.

En consecuencia, si el fiscal superior considera que debe mantenerse la pretensión impugnativa promovida por el fiscal que apeló la denegatoria de la prisión preventiva, o defenderse la resolución judicial favorable al Ministerio Público que dictó la prisión preventiva pero que ha sido impugnada por el imputado, deberá acudir a la vista de la causa que la Sala Superior convoque y emitir un dictamen en el que sustente y defienda las pretensiones del Ministerio Público.

Por otro lado, si el fiscal superior se desiste del recurso interpuesto por el fiscal o estuviese conforme con la pretensión impugnatoria del imputado, no será necesario que asista a la señalada vista de la causa, no obstante, emitirá un dictamen a la Sala Superior, en el que motive su decisión.

11. El fiscal que interponga el recurso de apelación contra la resolución que deniega la prisión preventiva o sea notificado de la apelación del imputado contra la resolución que la otorga, deberá comunicar de ello inmediatamente al fiscal superior, remitiéndoles, bajo responsabilidad, copias o poniendo a su disposición la documentación indispensable.

V.4. El posturno y las prisiones preventivas fuera del turno

12. El fiscal que estuvo de turno al momento de conocerse la detención de una persona seguirá conociendo el caso, aun cuando hubiere ordenado la libertad del detenido; salvo los casos en los que no tenga competencia por el territorio, supuesto en el que deberá derivar los actuados al fiscal competente.
13. La Fiscalía Provincial que fuera del turno efectúe el requerimiento de prisión preventiva, será la misma que sustente su pedido en la audiencia correspondiente.

VI) Vigencia

La presente directiva será de aplicación obligatoria desde el día siguiente de su publicación.

Lima, 4 de octubre de 2013

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES

Fiscal de la Nación

Anexo IV
Casaciones vinculantes
emitidas por la Sala Plena
de la Corte Suprema
de Justicia

CASO: KAREN HAPUC CHAMBA TABOADA

La interpretación teleológica y sistemática que suspende los efectos de la Ley N° 29499, que establece la vigilancia electrónica personal y su vigencia respecto a la modificación del último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal

- 1.- RN : N° 4216-2009
- 2.- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Precedente vinculante : Fundamentos 4, 5 y 6
- 5.- Antecedentes:

Lima, veinticinco de abril de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la encausada Karen Hapuc Chamba Taboada contra la resolución superior de fecha dos de setiembre de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos veintiuno, que declaró improcedente la solicitud de variación del mandato de detención por el de comparecencia restringida a favor de la referida encausada; interviniendo como ponente el señor juez supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal;

CONSIDERANDOS:

Primero.- Que, el abogado defensor de la encausada Chamba Taboada al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas nueve del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, refiere que considera injusta la resolución superior recurrida, debido a que su patrocinada solicita la variación del mandato de detención para poder ponerse a derecho y resolver su situación jurídica, ya que en el proceso penal no existe una sola imputación en su contra, por tanto, no quiere verse privada de su libertad; de igual forma alega que: i) sí existen nuevos elementos de prueba al tenerse la manifiesta voluntad de su patrocinada de ponerse a derecho, para lo cual solo se pide la variación del mandato de detención para que pueda defenderse en acto público; ii) a su defendida se le investiga por haber participado en la constitución de la empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada, la cual fue utilizada para realizar actividades relacionadas con el comercio de oro de origen ilegal, sin embargo, lo cierto es que fue sorprendida en su buena fe, y en todo caso dicha empresa no causó desmedro al Estado; iii) la medida excepcional de detención no debe aplicarse como regla general, debido a que restringe el derecho fundamental de la libertad personal; indica que en el caso de su patrocinada no existe el requisito concurrente de peligro procesal, debido a que tiene domicilio conocido y está dispuesta a cumplir las reglas de conducta que se imparten; iv) en cuanto al y principio de igualdad debe tenerse en cuenta que han sido absueltos algunos procesados que sí habrían tenido responsabilidad en los hechos y investigados, conforme se aprecia de autos; precisa, que el principal procesado refirió que el único que sabía de sus actividades ilícitas era Carlos Guillermo Ladinez Taquín, fundamento que sirvió para absolver a los aludidos procesados, siendo las ejecutorias supremas que confirman las absoluciones, las nuevas pruebas que

corroboran la inocencia de su defendida; v) la única prueba en contra de su patrocinada y que se esclarecerá en el contradictorio, es la constitución de la empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada, sin embargo, esta fue sorprendida para dicho efecto, y no recibió ningún beneficio ilegal, subsistiendo su presunción de inocencia, y le resulta aplicable el *in dubio pro reo*; y, vi) su defendida tiene trabajo conocido, así como no han surgido ni surgirán nuevas pruebas o elementos por cuanto se trata de un proceso reservado.

Segundo.- Que, el artículo ciento nueve de la Constitución Política del Perú establece que “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”; por tanto, para efectos de mejor resolver lo que es materia de pronunciamiento en el presente caso, debe hacerse las siguientes precisiones respecto a la normativa procesal en la República del Perú, referidas a la medida coercitiva personal de mandato de detención o prisión preventiva y la aplicación de la ley procesal:

- i) El artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho, de fecha veintisiete de abril de mil novecientos noventa y uno–, establece que: “El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial sea posible determinar: 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (...). 2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad (...). 3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria (...). En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida” (normativa que se tuvo en cuenta en la resolución recurrida, atendiendo a que fue emitida con fecha dos de setiembre de dos mil nueve);
- ii) la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve, publicada en el diario oficial *El Peruano* el diecinueve de enero de dos mil diez, establece la vigilancia electrónica personal, y entre otros, modifica el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho–, estableciéndose que: “El juez podrá dictar mandato de detención si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial, es posible determinar. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (...). 2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad. 3. Que, existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria (...). En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio o a petición de parte el mandato de detención cuando nuevos actos de investigación demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición, en cuyo caso el juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control,

tomando en cuenta lo previsto en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres del presente Código”:

- iii) la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve, establece que la presente ley entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante decreto supremo, exceptuándose de dicho calendario a los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en los cuales la presente ley será aplicada una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente;
- iv) mediante Decreto Supremo número cero trece - dos mil diez - JUS de fecha trece de agosto de dos mil diez se aprobó el Reglamento para la Implementación de la Vigilancia Electrónica Personal, estableciéndose en su artículo segundo, que entrará en vigencia una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementado todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, lo que será declarado mediante resolución ministerial emitida por el titular del sector de Justicia (lo cual no acontece hasta la fecha - ver Resolución Suprema número ciento dieciocho - dos mil diez - EF de fecha cuatro de noviembre de dos mil diez, que ratifica el acuerdo de Consejo Directivo de Proinversión respecto a la inversión privada en el Servicio de Vigilancia Electrónica Personal);
- v) el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, de fecha veintinueve de julio de dos mil cuatro– (vigente en las Cortes Superiores de Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Puno, Cusco, Madre De Dios, Ica, Cañete, Cajamarca, Amazonas, San Martín; así como en las j Cortes Superiores de Lima Norte, Lima Sur, y Lima respecto a los delitos contra la Administración Pública), establece que: “El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo, b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, y c) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculiza la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) (...)”.
- vi) El artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete– establece: “La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal (...) La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible”.

Tercero.- Que, de igual forma, debe indicarse que para aplicar la ley a los casos particulares es necesario comprender el sentido de la misma, para lo cual la doctrina establece diversas clases de interpretación, entre estas, según el método a utilizar, las siguientes:

- i) Interpretación gramatical o literal; que consiste en deducir la manifestación verbal de la norma, a sus palabras se le deben otorgar su verdadero sentido gramatical, esto es, persigue descubrir el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto; debiendo indicarse que el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra *Tratado de Derecho Penal*, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos tres, precisa que: “Si examinada la ley desde el exclusivo ángulo gramatical, la interpretación es clara, los demás medios interpretativos devienen innecesarios”.
- ii) Interpretación teleológica; que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando el espíritu por el cual fue incorporada al ordenamiento jurídico; indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra *Tratado de Derecho Penal*, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos cuatro, que es aplicable cuando la ley sea un tanto oscura, en tal caso, debe realizarse una interpretación desde la intención de la norma, esto es, considerar la *ratio legis* (razón de ser de la ley), lo que implica procedimientos lógicos y valorativos, agregando que el profesor Hurtado Pozo refiere en cuanto a este método de interpretación, que se trata de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal.
- iii) Interpretación sistemática; introduce la idea de que una norma no es mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; esto es, consiste en seleccionar del sistema jurídico todas las normas que sean concordantes para establecer la solución que encuentre equilibrio entre garantías y eficiencia; indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra *Tratado de Derecho Penal*, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos cinco, que: “Según este método, la ley es interpretada teniéndose en cuenta el terreno que le corresponde en el ordenamiento jurídico penal en relación con la legislación general (...) Para entender el orden jurídico, que es uno solo, debemos examinar la ley como parte de un sistema legislativo único y orgánico, estructurado por principios comunes desde sus bases; de ahí que pasajes oscuros de una ley pueden ser aclarados por otras leyes, especialmente cuando el asunto objeto de las leyes sea más o menos el mismo (...) En esta perspectiva, frente a las lagunas, insuficiencias, oscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, el juez debe comportarse como si el derecho fuera coherente, completo, desprovisto de antigüedades, equitativo y susceptible de conducir a una sola solución”.

Cuarto.- Que, debe indicarse que si bien la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve –publicada en el diario oficial *El*

Peruano el diecinueve de enero de dos mil diez–, establece que la referida ley entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante decreto supremo, exceptuándose de dicho calendario a los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en los cuales será aplicada una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente; también lo es, que dicha disposición que regula la vigencia de la norma en cuestión, no debe ser interpretada mediante el método gramatical o literal para tales efectos, sino que en el presente caso debe ser interpretada conforme a los métodos teleológico y sistemático que han sido desarrollados en el considerando anterior.

Quinto: Que, por tanto, este Supremo Tribunal considera que la suspensión de la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve solo está circunscrita a la aplicación de la vigilancia electrónica personal (hasta que se realice el proceso de selección por concurso público e implementen los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, lo que será declarado mediante resolución ministerial emitida por el titular del sector de Justicia, lo cual a la fecha no se ha realizado por razones de índole económica), mas no, respecto a las modificatorias de las normas que no sean directamente contraproducentes con dicho tema, como lo son para el presente caso, los requisitos concurrentes que debe tener en cuenta el juez penal para dictar mandato de detención, así como el supuesto para revocar de oficio o a petición de parte dicha medida coercitiva –debido a que no generan gasto económico–; más aún, si se tiene en cuenta que la aludida modificatoria respecto a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención contra un encausado a un proceso penal en las Cortes Superiores en donde todavía no entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete–, resulta más beneficiosa para este (pronosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad), respecto a los requisitos establecidos en la norma procesal anterior –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho– (pronosis de pena superior a un año de pena privativa de libertad), lo cual permite a su vez que haya igualdad y no discriminación de tratamiento procesal en el referido extremo respecto a los lugares geográficos en donde se lleva a cabo una investigación judicial sujeta al Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete–, que establece como uno de los requisitos para dictar detención preventiva, una pronosis de pena mayor a cuatro años de pena privativa de libertad.

Sexto.- Que, en consecuencia por los fundamentos anotados y siendo evidente que la vacación legal a que se hace referencia en la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve está referida solo a la aplicación de la vigilancia electrónica personal (que no ha sido posible hasta la fecha por razones de índole económica), este Supremo Tribunal interpreta que se encuentra vigente la modificatoria de la referida ley respecto al artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho– (aplicable a los procesos que son tramitados mediante el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta) –que no genera gasto económico–, a excepción de la parte

in fine de su último párrafo, que establece expresamente “en cuyo caso el juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control (...)”; decisión judicial que se corresponde a la observancia del derecho a la libertad y seguridades personales, previsto en el literal “d”, inciso veinticuatro del artículo dos e inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (ver fundamento de principio de legalidad penal en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente número tres mil novecientos ochenta y siete-dos mil diez-PHC/TC, de fecha dos de diciembre de dos mil diez, caso: Alfredo Alexander Miranda Sánchez) y el debido proceso, previsto en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve del referido Texto Constitucional.

Sétimo: Que, la variación del mandato de detención solicitada por la defensa técnica de la encausada Karen Hapuc Chamba Tabeada se encuentra prevista en el último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho–, modificado en el extremo anotado en la presente ejecutoria mediante Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el diecinueve de enero de dos mil diez, que establece “(...) el juez penal podrá revocar de oficio o a petición de parte el mandato de detención cuando nuevos actos de investigación demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición”; lo que legitima la realización de un análisis valorativo anticipado de los elementos de prueba incorporados al proceso con posterioridad al acto procesal que impone la medida, a efectos de determinar si estos son de tal entidad que conlleven establecer si en el caso concreto aún concurren o no los requisitos para que subsista el mandato de detención.

Octavo: Que, revisados los autos se advierte lo siguiente:

- i) La Sala Penal Superior declaró improcedente el pedido de variación de mandato de detención de la encausada Karen Hapuc Chamba Tabeada hasta en tres oportunidades distintas y anteriores a la solicitud similar que es materia de pronunciamiento, debido a que en dichas ocasiones no existían nuevos elementos que permitieran variar su situación jurídica (lo cual se corrobora con las copias certificadas de las resoluciones superiores de fechas ocho de enero de dos mil siete, veinticinco de noviembre de dos mil ocho y siete de abril de dos mil nueve, obrantes a fojas doscientos cuarenta y tres, trescientos uno y trescientos ocho, respectivamente);
- ii) que desde la última resolución superior que declaró improcedente la solicitud de variación de mandato de detención de la encausada Chamba Taboada (siete de abril de dos mil nueve), hasta la fecha en que formuló la nueva solicitud de variación de mandato de detención que originó la resolución cuestionada de fecha dos de setiembre de dos mil nueve, no se han realizado diligencias o actos de investigación que de manera objetiva hagan variar su situación jurídica respecto a la imputación que se le realiza en la acusación fiscal escrita, esto es, el haber participado en la constitución de la empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada, la cual fue utilizada como fachada para el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas (tráfico ilícito de drogas); y,

iii) que revisado el escrito de solicitud de variación de mandato de detención por comparecencia restringida que da origen al presente pronunciamiento –obrante en copia certificada a fojas trescientos quince–, así como el recurso de nulidad contra la resolución superior cuestionada obrante a fojas nueve del cuadernillo formado en esta instancia Suprema–, se advierte que el pedido de variación de mandato de detención de la encausada Chamba Taboada se sustenta concretamente en la supuesta voluntad de esta última de ponerse a derecho y así poder defenderse en acto público, así como en las ejecutorias supremas que confirman las absoluciones de la acusación fiscal de alguno de sus coprocesados; al respecto debe indicarse, que resulta irrelevante la medida coercitiva impuesta a un encausado (mandato de detención o comparecencia) en un proceso penal, para efectos de que este pueda ejercer su irrestricto derecho de defensa en el acto público del juicio oral, por tanto, el referido argumento no tiene cabida; asimismo, si bien en el presente proceso penal se absolvió a algunos encausados de la acusación fiscal formulada en contra de estos por el delito que también se le imputa a la encausada Chamba Taboada (lavado de activos); también lo es, que ninguna de las referidas absoluciones tiene relación directa con la mencionada procesada, por cuanto, a esta se le imputa conjuntamente con su coencausada María Isabel Vargas Arroyo (no habida) el haber colaborado en la constitución de una de las empresas que el encausado Dionicio Alberto Napuri Lavado (condenado) creó como fachada para lavar dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas (empresa Aspa Minera Industrial Sociedad de Responsabilidad Limitada).

Noveno.- Que, por tanto, en relación a la encausada Chamba Taboada, no se presenta el supuesto previsto en el último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho–, modificado por la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve; sin perjuicio de indicar que la referida encausada pese a tener conocimiento del presente proceso penal instaurado en su contra (lo que se advierte de los escritos presentados) no se ha puesto a derecho para el esclarecimiento de los hechos investigados, actitud con la cual demuestra su intención de no sujetarse a lo dispuesto en la presente causa penal; así como recalcar que en otras tres oportunidades anteriores se declaró improcedente las solicitudes de variación de la medida coercitiva de detención por la de comparecencia restringida presentadas por la encausada recurrente, en donde al igual que en el presente caso no se advirtió la existencia de nuevos actos de investigación que hagan variar favorablemente su situación jurídica y hagan prever que la pena probable a imponer no será superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

Décimo.- Que, conforme al artículo trescientos uno - A del Código de Procedimientos Penales –incorporado por el artículo dos del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve de fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro–, lo anotado en los considerandos cuarto, quinto y sexto de la presente resolución Suprema –referido a la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve en lo que respecta a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención– constituye precedente vinculante normativo de cumplimiento obligatorio por los órganos jurisdiccionales de la República del Perú.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución superior de fecha dos de setiembre de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos veintinueve, que declaró improcedente la solicitud de variación de mandato de detención por el de comparecencia restringida a favor de la encausada Karen Hapuc Chamba Tabuada; en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado; **DISPUSIERON:** Que lo anotado en los considerandos cuarto, quinto y sexto de la presente ejecutoria suprema –referido a la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve en lo que respecta a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención– constituye precedente vinculante normativo; **MANDARON:** que la presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano*, así como a través del portal o página web del Poder Judicial.

VILLA STEIN; RODRÍGUEZ TINEO; PARIONA PASTRANA; NEYRA FLORES; CALDERÓN CASTILLO

CASO: CANOS ANTONIO TABOADA TOLENTINO

La aplicación de la Vigilancia Electrónica Personal

- 1.- R.N. : N° 183-2011
- 2.- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Precedente vinculante : Fundamento 4

Casaciones vinculantes emitidas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia
Lima, cinco de setiembre de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior Titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura, contra la sentencia de viste del tres de mayo de dos mil once, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, obrante a fojas ochenta y cinco del cuaderno de debate, que confirmó la sentencia de catorce de diciembre de dos mil diez, en cuanto absolvió a Canos Antonio Taboada Tolentino de los cargos contenidos en el requerimiento de acusación, por el delito contra el patrimonio-robo agravado, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón. Interviene como ponente el señor juez supremo José Antonio Neyra Mores.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

Primero.- El encausado Carlos Antonio Topeada Tolentino fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas diecisiete de; cuaderno denominado “Expediente judicial”, de fecha cuatro de agosto de dos mil diez, formuló acusación contra el precitado por el delito contra el patrimonio-robo agravado, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho, debidamente concordado con los incisos dos, tres y cuatro del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón.

Que, a fojas veintidós del denominado “Expediente judicial” obra el acta de audiencia de control de la acusación, llevada a cabo por el juez de la Investigación Preparatoria. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente con fecha doce de octubre de dos mil diez y obra a fojas seis del cuaderno de debate.

Segundo.- Seguido el juicio de primera instancia –como se advierte de las actas de fojas treinta, treinta y cuatro y cuarenta y seis–, el Juzgado Penal Colegiado dictó sentencia de fojas cuarenta y nueve, del catorce de diciembre de dos mil diez, que, por mayoría, absolvió a Carlos Antonio Taboada Tolentino por delito contra el patrimonio-robo agravado, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón; con lo demás que al respecto contiene.

Contra la referida sentencia el señor Fiscal Provincial del Primer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Barranca interpuso recurso de apelación por escrito de fojas sesenta y dos. Este recurso fue concedido por auto de fojas sesenta y cinco, del cinco de enero de dos mil once.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Tercero.- La Sala Superior Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, culminada la fase de traslado de la impugnación y habiendo declarado admitidos los medios probatorios ofrecidos por el representante del Ministerio Público –uno de ellos por unanimidad y dos por mayoría–, mediante auto de fojas setenta y ocho, de fecha veintinueve de marzo de dos mil once, emplazó a las partes a fin que concurren a la audiencia de apelación de sentencia mediante la citada resolución. Realizada la audiencia de apelación con presencia del representante del Ministerio Público, el abogado defensor del acusado Taboada Tolentino y los testigos –e inasistencia del agraviado José Manuel Chavesta Alarcón y del procesado Carlos Antonio Taboda Tolentino– conforme aparece del acta de fojas ochenta y cuatro, del tres de mayo de dos mil once, el Tribunal de Apelación dio o conocer en resumen, los fundamentos de su decisión –la misma que por unanimidad confirmó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia a favor del procesado Taboada Tolentino, disponiendo la notificación de la referida sentencia–.

Cuarto.- La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad confirmó la sentencia de primera instancia que absolvió a Carlos Antonio Tolentino Taboada y dispuso el archivamiento definitivo de los actuados; asimismo, por mayoría se dispuso: “(...) que la sentencia de segunda instancia sea notificada en forma integral a los sujetos procesales en sus respectivos domicilios procesales, sin perjuicio de que sea publicada en internet en la dirección electrónica: <www.jurisprudenciahuaura.blogspot.com>; con lo demás que contiene”.

III. Del trámite del recurso de casación de la defensa del procesado Taboada Tolentino

Quinto.- Que notificada que fuera la sentencia de vista, el Fiscal Superior Titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura, interpuso el recurso de casación correspondiente mediante escrito de fojas ciento siete, introduciendo dos motivos de casación: a) inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal –inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal–; y b) inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad –inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal–; asimismo invocó en atención a las causales anteriormente mencionadas, el supuesto excepcional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial –inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del citado cuerpo legal–.

Concedido el recurso por auto de fojas ciento catorce, del seis de junio de dos mil once, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha veintisiete de junio de dos mil once.

Sexto.- Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del veinte de enero de dos mil doce,

obrante en el cuaderno de casación, **declaró bien concedido el recurso de casación por el motivo de “inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad” con relación a la inaplicación de los artículos trescientos sesenta y nueve, inciso uno; cuatrocientos veintitrés inciso dos y trescientos noventa, y seis, inciso tres del Código Procesal Penal;** declarando a su vez inadmisibles el recurso de casación por la causal referida a la “inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material o por una indebida o errónea aplicación de dichas garantías”, e inadmisibles respecto a la aplicación del artículo cuatrocientos diecinueve numeral dos del Código Procesal Penal.

Sétimo.- Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación para el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Octavo.- Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaria de la Sala el día trece de setiembre del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas catorce del cuaderno de casación, del veinte de enero de dos mil doce, el motivo de casación admitido es: D) “Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad” con relación a la inaplicación de los artículos trescientos sesenta y nueve, inciso uno; cuatrocientos veintitrés inciso dos y trescientos noventa y seis, inciso tres del Código Procesal Penal.

Sobre el particular el representante del Ministerio Público alega en su recurso de casación, obrante a fojas ciento siete del cuaderno de debate, lo siguiente:

- A. La sentencia de vista ha sido expedida contraviniendo el artículo trescientos sesenta y nueve, inciso uno, y cuatrocientos veintitrés, inciso dos del Código Procesal Penal toda vez que los jueces superiores de la Sala de Apelaciones de Huaura instalan audiencias de segunda instancia sin la presencia del imputado, sin disponer previamente su conducción coactiva y declararlo reo contumaz, por lo que se deberá establecer como doctrina jurisprudencial que las audiencias de apelación no deben instalarse, sin la presencia del imputado, dado que ello afecta el debido proceso.
- B. Que, se ha inobservado lo regulado en el artículo trescientos noventa y seis, inciso tres del Código Procesal Penal, dado que no se convocó a la lectura de sentencia en audiencia pública, sino que se dispuso su notificación de manera directa en los domicilios procesales de las partes, por lo que se deberá establecer como doctrina jurisprudencial la convocatoria obligatoria a la lectura de sentencia en segunda instancia.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Segundo: Los motivos que sirven de sustento al recurso de casación planteado por el recurrente - Fiscal Superior, se encuentran dirigidos a cuestionar las siguientes

medidas asumidas por el Colegiado Superior al absolver en grado la sentencia de primera instancia:

- i. Al llevarse a cabo la audiencia de apelación, no estuvo presente el procesado Carlos Antonio Taboada Tolentino, conforme se dejó consignado en el acta respectiva de fojas ochenta y cuatro del tres de mayo de dos mil once; no obstante ello, el Colegiado Superior llevó a cabo dicha diligencia –al respecto aduce el recurrente que el órgano judicial ha contravenido lo dispuesto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal–, no disponiendo que este sea conducido coactivamente o sea declarado contumaz; y,
- ii. Que, culminada la audiencia de apelación el Colegiado Superior dispuso que se dé a conocer un resumen de los fundamentos de su decisión, asimismo, dispuso, por mayoría, que dicha sentencia sea notificada a los domicilios procesales de los sujetos procesales, sin perjuicio que sea publicada en Internet en la dirección electrónica: <www.jurisprudenciahuaura.blogspot.com> –lo que a decir, del recurrente vulnera lo prescrito en el artículo trescientos noventa y seis, inciso tres del Código Procesal Penal–.

III. Análisis jurídico fáctico

Tercero.- Que, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

Cuarto.- Que, como se ha dejado anotado en las considerandos precedentes, son dos los puntos sobre los que este Supremo Tribunal debe efectuar algunas precisiones de carácter procedimental, respecto a concretas situaciones que vienen generando algunas divergencias entre el proceder de los magistrados –al menos en este caso– que conforman las Sales de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia donde ya se encuentra vigente el Código Procesal Penal con el criterio asumido por los representantes del Ministerio Público, siendo estas las siguientes:

4.1. Respecto a la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación.

4.1.1. Que, resulta claro de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal que una vez que se ha decidido la admisibilidad de la prueba ofrecida –como ha sucedido en el presente caso– se deberá convocar a las partes, incluso a los imputados no recurrentes a audiencia de apelación, en efecto esta norma hace mención a que el órgano jurisdiccional debe poner en conocimiento de todos los sujetos procesales la realización de dicha audiencia, con el fin de dárseles la oportunidad a que puedan asistir y hacer valer sus posiciones antes que la causa sea resuelta en segunda instancia.

4.1.2. Que, asimismo, el inciso dos del citado dispositivo legal y que habría sido vulnerado, según alega el recurrente, con el proceder del Colegiado Superior, estipula: “(...) Es obligatoria la asistencia del fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el fiscal (...)”.

En efecto, dicha norma en principio establece la obligatoriedad de la asistencia del imputado recurrido ante la impugnación efectuada por el fiscal, sin embargo, dicha norma debe ser comprendida y aplicada no de manera aislada y literal, sino que debe interpretarse en forma, sistemática con las demás disposiciones que guarden relación con dicho premisa inicial dentro del marco jurídico vigente, así se tiene que el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés de la norma acorada, señala: “(...) Si los imputados son partes recurridas –se entiende no recurrentes– su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia (...)”, entonces resulta razonable establecer que no obstante la obligatoriedad anotada, el legislador ha previsto casos en los que no concurra el imputado recurrido, en tales supuestos la fórmula legal a seguir por el juzgador no es suspender el juicio, sino por el contrario en esos casos la audiencia se debe llevar a cabo, tanto más si concurre el abogado defensor del procesado.

4.1.3. Que, al respecto el inciso uno del artículo setenta y uno del Código Procesal Penal establece: “(...) el imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor los derechos que la Constitución y las leyes le conceden (...)”, como vienen a ser la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa, igualdad ante la ley, a la doble instancia, entre otros; asimismo, se ha dejado acotado en el Recurso de Apelación número cero dos - dos mil nueve de La Libertad, fundamento octavo, lo siguiente: “(...) pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones no requiere de modo necesario la presencia del imputado (...) La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por tanto, las derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres del Código Procesal Penal) (...)”.

Asimismo, se ha dejado establecido en la Casación número uno-dos mil siete-Huaura, de fecha veintiséis de julio de dos mil siete, lo siguiente: “(...) Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del coartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: ‘Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el defensor de oficio, según sea el caso’. No es pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva: es sí necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado–, o su conducción al juzgado cuando esté efectivamente, detenido con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional –en cuanto acceso al proceso– y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad material del juez para emplazarlo– o porque, sencillamente, no quiere hacerlo –en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal–, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio (...)”.

4.1.4. Que, de lo expuesto, entonces, es de colegirse extensivamente que en los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación, no existe

impedimento alguno para que dicha diligencia se lleve a cabo, con la presencia de los otros sujetos procesales, incluso dicha ausencia puede ser convalidada con la asistencia de su abogado defensor, lo que asegura el resguardo de todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal prevé a su favor, en consecuencia, la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor, que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales, en consecuencia, no es del caso considerar dicha inasistencia como vulneración de las normas legales de carácter procesal, debiendo interpretarse en, forma sistemática lo dispuesto por el inciso dos del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal.

4.1.5. Que, en cuanto a lo alegado por el recurrente en el sentido que de la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación, los jueces superiores no disponen previamente su conducción coactiva y declararlos contumaces, cabe indicar que dicha disposición contenida en la parte final del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintitrés, debe ser aplicada, caso por caso y no en forma definitiva, general e indiscriminada, ello pues en algunos casos concretos, la prueba de cargo conocida por el órgano jurisdiccional en segunda instancia puede ser tan débil e insuficiente para cuestionar una decisión absolutoria de primera instancia, que sería razonablemente inadecuado disponer la conducción coactiva del imputado recurrido o su declaración de contumaz, cuando su presencia que puede ser incluso convalidada con la asistencia de su abogado defensor no sea determinante para definir la decisión judicial, entonces resulta adecuado precisar que en función a la naturaleza de los hechos y la prueba de cargo y de descargo que exista en cada caso particular, el juzgador podrá adoptar la decisión que considere pertinente, proporcional y razonable en cada uno de ellos, sin que la imposición de las medidas anotadas en la parte final del artículo cuatrocientos veintitrés del Código Procesal Penal signifique por su afectación al debido proceso.

4.2. Sobre la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia por las Salas de Apelaciones de las Cortes Superiores de Justicia.

4.2.1. Que, respecto a la diligencia de lectura de sentencia, debe indicarse que en el Código Procesal Penal existen normas genéricas que regulan su desarrollo tras el juicio oral llevado a cabo tanto por el juzgado unipersonal o Colegiado, respectivamente, como se advierte del Título VI - artículo trescientos noventa y dos y siguientes –de la Sección III del citado Texto Legal– al respecto el inciso tres del artículo trescientos noventa y seis establece lo siguiente: “(...) La sentencia quedará notificada con, su lectura integral en audiencia pública (...)” como las específicas vinculadas a la lectura de sentencia en segunda instancia, que se encuentra regulada en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código acotado; que el inciso cuatro de este dispositivo legal señala: “(...) La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia (...)”, que de ello se puede precisar entonces que ya sea la sentencia de primera o de segunda instancia, es un supuesto normativo de ineludible cumplimiento por los órganos judiciales su lectura en audiencia pública –sin perjuicio de reconocerse lo estipulado en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal

Penal que establece: “(...) Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de las ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan (...)”.

4.2.2. Que, en efecto, ello garantiza el conocimiento de los argumentos y la decisión judicial en forma oral a las justiciables presentes y al público concurrente, en consonancia con el espíritu del nuevo modelo procesal penal que busca ir aboliendo las prácticas inquisitivas que redundan en una reserva de las actuaciones judiciales, en tal sentido, el Código Procesal Penal plantea a lo largo del procedimiento un sistema de audiencias que garantiza no solo la contradicción de las posiciones entre los sujetos procesales durante el proceso, sino que también garantiza la publicidad en las actuaciones judiciales, que permite un adecuado control de la ciudadanía sobre la actuación de los jueces, siendo la lectura de la sentencia una exigencia no solo de orden formal, sino que es a su vez una exigencia normativa que tiende a someter al escrutinio general la decisión adoptada en consecuencia, y en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso seis del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal la sentencia de segunda instancia –al igual que la derivada del acto de juzgamiento en primera instancia– debe ser, primero, ineludiblemente leída –se entiende en audiencia pública, salvo las excepciones de ley en que dicha diligencia se hará en forma reservada– y después de ello notificada a los sujetos procesales.

4.2.3. Que, cabe indicar que la disposición de publicar la decisión judicial en una página web resulta lógica y abona al conocimiento y difusión de las sentencias dictadas por este poder del Estado, en tal sentido, debería ser una premisa general e inicial que tales publicaciones deban realizarse a través de los medios de difusión idóneos y legalmente autorizados y reconocidos para dicha finalidad, como resultan ser las páginas electrónicas de las diversas Cortes Superiores de Justicia; sin embargo, resulta ser un hecho evidente en nuestro país que en muchos casos no existe la logística necesaria ni la cultura de la publicidad que tienda a la difusión por tales medios informáticos de las sentencias dictadas, en consecuencia, si tomamos en cuenta que en la actualidad se está llevando a cabo en nuestro país el proceso de reforma en materia procesal penal de manera progresiva, no resulta equivocado ni irrazonable disponer la difusión de las decisiones judiciales, a través de otros mecanismos –como pueden ser otras elecciones electrónicas destinadas obviamente a la difusión de noticias y temas de interés de índole jurídico–, en tanto se vayan estableciendo las condiciones técnico-operativas y logísticas óptimas para alcanzar los fines publicísticos que enarbola el Código Procesal Penal.

Quinto: Que en dicho orden de ideas, si bien los actos realizados por el Colegiado Superior en cuanto no realizó la diligencia de lectura de sentencia y dispuso únicamente la notificación de su decisión en los domicilios procesales de las partes, afectan lo dispuesto en los artículos cuatrocientos veinticinco, inciso dos, del Código Procesal Penal, sin, embargo, **solo por esta vez** este Supremo Tribunal considera que resultaría inapropiado y poco práctico retrotraer el procedimiento al momento en que se cometo

el vicio, tanto más si en los casos de defectos relativos, el artículo ciento cincuenta y dos del Código Procesal Penal, señala que los vicios quedarán convalidados: “(...) Si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes (...)”.

Sexto.- Que, en lo sucesivo, las Cortes Superiores de Justicia deben en forma ineludible tomar en consideración los alcances y precisiones que se hace en la; presente Ejecutoria –cuarto considerando– tanto para los casos referidos a la convocatoria y asistencia del imputado a la audiencia de apelación, como sobre la lectura de la sentencia emitida en segunda instancia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior Titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Huaura, por la causal referida a la inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, con relación a la inaplicación de los artículos trescientos sesenta y nueve numeral uno, cuatrocientos veintitrés numeral dos y trescientos noventa y seis numeral tres del Código Procesal Penal, contra la sentencia de vista del tres de mayo de dos mil once, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, obrante a fojas ochenta y cinco del cuaderno de debate, que confirmó la sentencia de catorce de diciembre de dos mil diez, en cuanto absolvió a Carlos Antonio Taboada Tolentino de los cargos contenidos en el requerimiento de acusación, por el delito contra el patrimonio - robo agravado, en agravio de José Manuel Chavesta Alarcón.
- II. **MANDARON** que, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales en los que se encuentra en vigencia el Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO) de la presente ejecutoria suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.
- III. **ORDENARON** se transcriba la presente ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

Interviene el señor juez supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor juez supremo Salas Arenas,

VILLA STEIN; RODRÍGUEZ TINEO; PARIONA PASTRANA; NEYRA FLORES; SANTA MARÍA MORILLO

CASO: NORMA SOLEDAD RIVA REÁTEGUI Y OTRO

Principio de imputación necesaria

- 1.- R.N. : N° 956-2011
- 2.- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Precedente vinculante : Fundamentos II al VI del acápite Tercero: “consideraciones previas”
- 5.- Antecedentes:

Lima, veintiuno de marzo de dos mil doce.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior Mixta Transitoria de Ucayali; con los recaudos que se acompañan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del señor juez supremo Salas Arenas.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

Es la sentencia de tres de febrero de dos mil once, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a cinco mil ciento sesenta y siete; en que se: 1) absolvió a doña Norma Soledad Riva Reátegui y a don Edwin Vitela Vargas, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 2) absolvió a doña Catalina Herminia Garay de Tello, doña Elizabeth Chávez Cristóbal, don Vladimir Imael Núñez Paredes, don Ausberto Odicio Pinedo, doña Floria Ruiz Armas, don Nilson Collantes Silva y don Jorge Alberto Collantes Silva, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general–, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; 3) absolvió a don Fidel Carlos Malca Hernández, doña María Elisa Mory Gonzáles Vía, don Milton Francisco Marín Aliaga, don Juan Fernando Rojas Maturano, doña Josefa Moreno Pérez y don Viet Lozano Alván, de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 4) absolvió a don Walter Manuel Castro Ronceros y don Pacífico Cosme Tacanga López, de la acusación fiscal por delito contra la fe pública –falsedad ideológica–, en agravio de la Dirección de Salud de

Ucayali y del Estado; y a doña Carmen Salazar Vega, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia, peculado y peculado agravado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 5) absolvió a don Juan Carlos Fernández Capcha, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado (por adquisición de medicamentos sobrevaluados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobre valuados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales, uso y manejo de los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados); y peculado agravado y contra la fe pública –falsificación de documentos en general–, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; 6) condenó al nombrado don Juan Carlos Fernández Capcha, como autor del delito contra la Administración Pública, en el tipo de peculado, (por pagos indebidos por concepto de “movilidad local”, utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el periodo mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijó en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurso formulado por el señor Fiscal Superior abarca dos extremos:

2.1. Extremo absolutorio:

2.1.1. Alegó, que no se efectuó debida ponderación de los medios probatorios aportados al proceso, en este caso, el Informe Especial número 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI “Examen Especial periodo enero mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve a la Dirección Regional de Salud de Ucayali”, donde se detectaron diversas irregularidades de trascendencia penal y que no fueron materia de cuestionamiento ni tacha por los sujetos procesales.

2.1.2. Tampoco se tuvo en consideración en su integridad el dictamen pericial de los folios dos mil cincuenta y nueve a dos mil setenta y tres, por el cual se ha demostrado la existencia de los hechos imputados a los procesados, que tampoco fue objeto de tacha o cuestionamiento, más aún que en este tipo de delitos, la actuación de la pericia contable es determinante para los fines del proceso en agravio de los intereses del Estado.

2.1.3. Igualmente no se tuvo en consideración al momento de emitir la sentencia absolutoria que los procesados estuvieron involucrados en la reparación y mantenimiento

de los equipos de microscopio y de los botes, ya que el procesado don Ausberto Odicio Pinedo en su declaración de folio novecientos noventa y nueve (acta de verificación de entrevista), sostuvo no haber brindado servicio de mantenimiento y reparación de los equipos de microscopios y que las firmas que aparecen en los comprobantes de pago y documentos adjuntos si bien corresponden a su persona los había realizado con la finalidad de apoyar a un supuesto proveedor que no tenía documentos y que no conoce a esa persona.

2.1.4. Asimismo, respecto a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, no se valoró los mensajes recibidos por el encargado de la cabina de radio, lo cual se encuentra consignado en el informe escrito y acta de verificación, para el área de control interno, que contiene la declaración de doña Violeta Puntas Santibáñez, del Puesto de Salud de Nuevo Italia (folio novecientos veinticinco) quien manifestó que desde el mes de febrero de mil novecientos noventa y ocho, no cuentan con botes de madera; en igual sentido del Puesto de Salud Nohaya (folio novecientos veintiséis) donde el técnico enfermero don Franz Arancibia Vela, refirió que en ningún momento se reparó bote alguno; del Puesto de Salud de Aguaytía (folio novecientos veintisiete), donde la administradora doña Rosa Pinedo Ríos, dijo que nunca se contó con bote alguno.

2.1.5. Lo señalado en los acápite anteriores, no hace más que indicar que las labores de reparación de microscopios y botes de madera no se realizaron y que la existencia de comprobantes de pagos, órdenes de servicios y recibo de honorarios, justificando la realización de dichas labores, se emitieron únicamente con la finalidad de darle revestimiento de legalidad a labores que no se ejecutaron, y que fueron hechos con el propósito de apoderarse de los montos de dinero que demandaron las supuestas reparaciones.

2.2. Extremo condenatorio:

2.2.1. Cuestiona el cuántum de la pena impuesta, la que considera excesivamente benigna; toda vez que en la determinación judicial de la pena al encausado Fernández Capcha, se señala que este tiene la condición de primario y no posee antecedentes penales; sin haber realizado el examen de las otras circunstancias establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, no se condice con dicha pena.

2.2.2. A la luz de estos dispositivos, existen mayores factores agravantes que atenuantes, más aún si de la lectura de la sentencia no se menciona causa alguna de justificación, o algún atenuante general o especial que pudiera determinar la aplicación de una pena benigna; por el contrario todo hace indicar teniendo en cuenta los hechos y las pruebas aportadas que le correspondería una pena mayor, máxime si no concurren las circunstancias atenuante de responsabilidad restringida o confesión sincera.

3. SÍNTESIS DEL FACTUM

En la acusación escrita (folios dos mil seiscientos sesenta y cinco a dos mil setecientos quince, subsanada en el folio dos mil setecientos veinticinco), se atribuyó a los procesados los siguientes cargos:

1. A don Juan Carlos Fernández Capcha, en su condición de ex Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia, peculado; peculado agravado; y por delitos contra la fe pública –falsificación de documentos en general– falsedad ideológica y falsedad genérica, haber autorizado abusando de su cargo, mediante memorándum de los años mil novecientos noventa y ocho –mil novecientos noventa y nueve, el pago de viáticos por comisión de servicios no realizados, pagos por movilidad local en planilla de viáticos de manera indebida a pesar de haberse trasladado en unidades móviles de la institución; viáticos por montos mayores con relación a los días realmente utilizados, duplicidad de pago por racionamiento al personal contratado por servicios no personales; haber autorizado mediante memorándum del año mil novecientos noventa y nueve la adquisición de medicamentos sobrevaluados contra lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y las resoluciones Directorales y Directivas de Ejecución y rendición de fondos habilitados por encargo (Ley veintiséis mil ochocientos cincuenta), Resolución Directoral número ciento dos-noventa y nueve-SA/DM, Resolución de Control número setenta y dos-noventa y ocho-CG, Normas Técnicas de Control para Sector Público, dando lugar con ello que terceras personas se beneficien económicamente en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 37,243.30 nuevos soles con treinta céntimos. También autorizó mediante memorándum del año mil novecientos noventa y nueve la adquisición de repuestos y otros bienes sobre valuados, causando perjuicio por la suma de 9,517.50 nuevos soles; permitió también el uso incorrecto de fondos para pagos en efectivo contra lo previsto por la Resolución Directoral N° 22-680; Normas Generales de Tesorería, Resolución Ministerial N° 881-EFC/76 de Normas de Sistema de Contabilidad, Resolución de Contraloría N° 72-98-CG, normas Técnicas de Control, beneficiando a terceros por la suma de 5,139.80 nuevos soles; concertándose con los contratistas para pagos de prestación de servicios no realizados a la institución, mediante memorándums del año mil novecientos noventa y nueve, beneficiando a terceros por la suma de 15,500 nuevos soles; concertándose también con proveedores para pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no realizados, perjudicando a la institución por la suma de 14,211.20 nuevos soles, realizándolo también con los contratistas, la ejecución y pagos de los servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y Puesto de salud Colonia del Caco, provocando perjuicio por la suma de 59,156.47 nuevos soles.
2. A doña Catalina Herminia Garay Román, se le atribuyó que en su condición de ex Directora de Personal de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general y falsedad genérica, permitió el pago de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión.
3. A doña Elizabeth Chávez Cristóbal, en su condición de ex Coordinadora del Proyecto dos mil de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en

general y falsedad genérica, permitió el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y haberse concertado con los interesados permitiendo pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados, a través de memorándums autoritativos.

4. A doña Norma Soledad Riva Reátegui en su condición de Coordinadora de Planificación Familiar los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general, falsedad ideológica y falsedad genérica; realizó pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales, beneficiando a terceras personas por la suma de siete mil ochocientos treinta nuevos soles, concertándose con los interesados, permitiendo la ejecución de los contratos y sus pagos de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y Puesto de Salud Colonia del Caco, a través de contratos autoritativos hasta por la suma de S/. 59,146.47 nuevos soles.
5. A don Vladimir Imael Núñez Paredes, ex Director de Logística, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, haber permitido la adquisición de medicamentos sobrevaluados, beneficiando a terceras personas hasta por la suma de 37,247.30 nuevos soles; también la adquisición de repuestos y otros bienes a precios sobrevaluados a través de memorándums autoritativos en beneficio de terceros por la suma de 9,517.50 nuevos soles; además, la realización de pagos por prestación de servicios que la institución no recibió hasta por un monto de 15,500 nuevos soles y pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados por 14,211.20 nuevos soles, coludiéndose con contratistas para la ejecución y pago de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y Puesto de Salud de Colonia del Caco.
6. A don Fidel Carlos Malca Hernández, en su condición de ex Director de Logística de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; permitió la adquisición de medicamentos sobrevaluados, concretando memorándums autoritativos, beneficiando económicamente a terceras personas, hasta por la suma de 37,243.30 nuevos soles, adquiriendo repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados, causando un perjuicio económico a la entidad, concertándose con proveedores o interesados realizando pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y con los contratistas para la ejecución de los contratos y sus pagos para el reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y del Puesto de Salud de Colonia del Caco hasta por un monto de 59,146.47 nuevos soles.
7. A Don Viet Lozano Alván, exencargado del fondo para pagos en efectivo de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; al haber permitido hacer uso de documentos falsos para el uso indebido de fondos para pagos en efectivo, y a pesar que las normas de tesorería se lo impedían, trayendo como consecuencia beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 5,139.80 nuevos soles.

8. A doña María Elisa Moría Gonzáles Vía, excoordinadora del Programa de Salud Física para Todos de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; por firmar las actas de conformidad referentes a la reparación y mantenimiento de microscopio y botes de madera de distintos establecimientos de salud, introduciendo declaraciones falsas, concertándose con los proveedores de servicios permitiendo beneficiar económicamente a terceros en perjuicio de la entidad hasta por la suma de 15,500 nuevos soles. Además mediante un parte, de cuatro y otro de veinticinco de enero de dos mil uno, la agencia de viaje “Alfa” indicó que los pasajes utilizados, fueron emitidos para un vuelo charter a la localidad de Purús el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, que luego fue corregido, indicando que se vendió los pasajes de acuerdo a lo requerido por la Oficina de Logística de la Dirección Regional de Salud; versiones introducidas como falsas en documentos que autorizan su pago, mediante una supuesta concertación con el proveedor exclusivo del servicio, permitiendo de esa forma beneficiar económicamente a terceros, comprando pasajes aéreos a los funcionarios no requeridos y haber permitido sobrevaluación del servicio Charter hasta por la suma de 14,21 1.20 nuevos soles.
9. A don Milton Francisco Marín Aliaga, en su condición de asesor de infraestructura de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; al haber participado en la recepción del servicio de los contratos números ciento noventa y siete-noventa y nueve; doscientos ochenta y dos-noventa y nueve y quinientos cuarenta y cuatro-dos mil; en la organización y manejo de los servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de salud de Iparia y del Puesto de Salud de Colonia del Caco para efectos de la recepción del contrato efectuado resultante del contrato N° 282-99, dando su conformidad, lo que permitió la disposición de pago hasta por la suma de 19.950.83 nuevos soles.
10. A don Iván Fernando Rojas Maturana, en su condición de Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento de la mencionada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; quien suscribió el acta de recepción de obra del contrato N° 544-2000, no obstante haber referido que su oficina no tenía documentos relacionados a dicho contrato, que tampoco supervisó, ni participó en la programación, acción que permitió la disposición de pago por la suma de 26,000 nuevos soles.
11. A doña Josefa Moreno Pérez, en su condición de cajera pagadora de la citada entidad, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos en general; quien según don Jorge Collantes Silva, fue quien lo hizo firmar conjuntamente con don Nilson Collantes Silva los comprobantes de pago produciendo un beneficio económico a terceros en perjuicio de la entidad por la suma de 59,146.47 nuevos soles.
12. A don Edwin Vilela Vargas, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad ideológica, en su condición de

Coordinador del Programa de Seguro Escolar Gratuito de la indicada entidad, por haber adquirido menor cantidad de medicamentos por el mayor costo pagado, perjudicando la población escolar y a los beneficiarios del Programa de Planificación Familiar y la comunidad en general hasta por la suma de 37,243.39 nuevos soles; por haber concertado la inclusión de declaraciones falsas en documentos, beneficiando económicamente a la empresa “Alfa Viajes” y servicios generales por la suma de 14,211.20 nuevos soles; habiéndose adquirido pasajes sin necesidad y el pago del servicio de charter con sobreprecio.

13. A don Ausberto Odicio Pinedo, en su condición de proveedor de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, al haber extendido el comprobante de pago por la suma de 5,000.00 nuevos soles, permitiendo la disposición indebida mediante concertación y la inclusión de declaraciones falsas en documentos que permitieron beneficiar económicamente a terceros, por supuestos servicios de mantenimiento y reparación no prestados de veintidós microscopios de diferentes establecimientos de salud, con proforma de servicios realizada por la Dirección de Logística, señalando que firmó los documentos a solicitud de dicha Dirección, ya que su negocio, no tenía por giro la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de dichos equipos, abonándole mediante comprobantes de pago números 6718, 8390, 10070, 10074 y 11391, por la suma de 10,500 nuevos soles; con perjuicio económico de la entidad agraviada.
14. A doña Floria Ruiz Armas, representante de la Agencia “Alfa Viajes” y Servicios Generales, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, en su condición de proveedora de servicios de transporte aéreo con fecha veinticinco de enero de dos mil uno, expidió un documento a la licenciada doña María Mori, indicando que los pasajes no utilizados fueron cambiados para la utilización de un vuelo Charter a la localidad de Purús, el trece de abril de mil novecientos noventa y nueve, tomando como canje pasajes comprados no utilizados en su oportunidad, siendo que dichos pasajes fueron adquiridos sin necesidad, sin conocimiento de los beneficiarios, comprobándose el pago de sobreprecios en la contratación de vuelos charter, permitiendo que la autoridad administrativa incluyera declaraciones falsas en concertación, lo que facilitó el beneficio de terceros por la suma de 14.211.20 nuevos soles.
15. A don Jorge Collantes Silva, en su condición de propietario de la Constructora Collantes, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y falsificación de documentos y falsedad genérica, dado que utilizando el nombre de un tercero, don Juan Medina Aguirre, efectuó las cobranzas por los servicios de rehabilitación y reacondicionamiento del Centro de salud de Iparia y Puesto de Salud de Colonia del Caco usando doble partida; cobro indebidamente permitido por los funcionarios y servidores de la indicada entidad agraviada hasta por un monto de 9,411.10 nuevos soles.
16. A doña Carmen Salazar Vega en su condición de Directora de Economía de la entidad agraviada, los delitos de concusión, concusión impropia y peculado; y

falsificación de documentos en general y falsedad genérica; dado que realizó pagos indebidos por racionamiento de personal contratado por servicios no personales por un monto de siete mil ochocientos treinta nuevos soles, en beneficio de los servidores, tomando de una partida formada para pago de alimentos del personal interno en los centros hospitalarios, educativos, de reclusión y para atender coordinaciones nacionales y estudiantiles.

17. A don Walter Manuel Castro Ronceros, la comisión del delito contra la administración pública –peculado– y contra la fe pública, en el tipo de falsedad ideológica, en su calidad de funcionario de la citada entidad, por pagos indebidos efectuados por concepto de viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servidores en los periodos mil novecientos noventa y ocho y noventa y nueve y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 nuevos soles.
18. A don Pacífico Cosme Tacanga López, el delito de falsedad ideológica; en su condición de funcionario de la entidad agraviada, por pagos indebidos por viáticos, movilidad local y racionamiento a funcionarios y servidores en el periodo 1998-1999 por 47,886.72 nuevos soles y comisión de servicios que no se han efectuado, presentando rendiciones de cuenta como actividades desarrolladas hasta por un monto de 7,908.85 nuevos soles.
19. A don Juan Fernando Rojas Maturano, en su condición de Jefe de Ingeniería, y Mantenimiento, al haber firmado el acta de conformidad de obra, según refiere por indicación de don Vladimir Núñez Paredes, sin haber verificado in situ.

4. OPINIÓN DEL SEÑOR FISCAL SUPREMO

En el dictamen de los folios setenta y uno a ochenta y dos, el señor Fiscal Supremo en lo Penal, opinó que el Colegiado Superior no efectuó una adecuada valoración de los medios probatorios incorporados, en este caso, informes técnicos elaborados por la Contraloría, que tienen una naturaleza jurídica particular, que una vez objeto de ratificación judicial, se convierten en medio probatorio idóneo; de modo que la elaboración argumenta inserta en las consideraciones del fallo, debe necesariamente reservar un acápite a la correcta valoración de la prueba técnica reseñada; además existe el informe pericial contable que tampoco ha sido valorado en su contexto, de cuyos informe fluye la responsabilidad penal de los procesados absueltos; y en relación al cuántum de la pena impuesta a don Juan Carlos Fernández Capcha considera que es muy benigna en relación al injusto cometido; argumentos por los cuales propone se declare nula la sentencia elevada en grado y se lleve a cabo nuevo enjuiciamiento.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS DE PROCEDENCIA TEMPORAL DEL RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad formulado por el señor Fiscal Superior, cumple con el requisito temporal de procedencia, dado que, conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de los folios cinco mil ciento sesenta y ocho a cinco mil ciento setenta y uno, al

ser consultado respecto del fallo, manifestó reservarse el derecho de impugnar, lo cual hizo mediante escrito de folio cinco mil ciento setenta y tres, cumpliendo con sustentar los agravios en el escrito de los folios cinco mil ciento setenta y nueve a cinco mil ciento ochenta y uno, dentro del término establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, por lo que esta Sala Suprema se encuentra habilitada a emitir el pronunciamiento de fondo que corresponda.

SEGUNDO: ANÁLISIS DE VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación penal, según la acusación fiscal ya indicada, los hechos materia del proceso ocurrieron en el periodo mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve por lo que considerando la pena conminada para los delitos investigados a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

TERCERO: SUSTENTO NORMATIVO

Consideraciones previas:

- I. Conforme al artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional: “(...) inc. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en virtud el cual todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional sea ordinario, constitucional, electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional ‘efectiva’ y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, independiente e imparcial entre otros derechos fundamentales”.
- II. Asimismo, el texto constitucional en el artículo ciento cincuenta y nueve establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la imputación necesaria como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (artículos 2. 24 “d” y 139.14).
- III. En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado como “(...) ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta (...)”, según el cual “al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de todos y cada uno de los imputados” (fundamento jurídico 13 de la STC Exp. N° 4989-2006-HC/TC).
- IV. La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano

jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

- V. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.
- VI. Asimismo el Acuerdo Plenario número seis-dos mil nueve/0J-ciento dieciséis, precisa que: El juez penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el fiscal requiere autorización o decisión judicial, por lo que corresponde al juez evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal; dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia ante la acusación del señor Fiscal Superior, correspondiéndole entonces a la Sala Superior efectuar el control correspondiente.
- VII. En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia; empero, ello a la vez colisionaría con el principio del plazo razonable de procesamiento como contenido implícito del debido encausamiento, expresado en la potestad de los justiciables de acceder a la tutela judicial efectiva en observancia de principios y garantías constitucionales, concluyendo en un fallo justo, razonable y proporcional (...), situación que no ha de pasar inadvertida.

Sustento normativo:

- 3.1. El artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal establece que el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido (...).
- 3.2. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por la Ley N° 26713, señala que el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones (...).
- 3.3. El artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiséis mil ciento noventa y ocho, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...). En su segundo párrafo opera la circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social

estableciendo como pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

- 3.4. El artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal sanciona a quien hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, si de su uso puede resultar algún perjuicio (...).
- 3.5. El artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal establece sanción para quien inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si lo declaración fuera conforme a la verdad (...).
- 3.6. El artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal indica será castigado quien de cualquier otro modo que no esté especificado en el Código Penal, cometa falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde (...).
- 3.9. El inciso segundo del artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales manda que el escrito de acusación que formule el fiscal de acuerdo al artículo noventa y dos, inciso cuatro de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe contener además la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad.

CUARTO: ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO

4.1. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE CONCUSIÓN

4.1.1. Encausado Fernández Capcha. Se le atribuyó en su condición de Director Ejecutivo de Administración de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el lapso veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho al mes de enero de dos mil uno, y como la máxima autoridad administrativa los siguientes hechos: i) pago indebido por racionamiento al personal contratado por servicios no personales; ii) uso y manejo de los fondos para pagos en efectivos de manera irregular con comprobantes de pagos observados por 5,139.80 nuevos soles; iii) adquisición de medicamentos sobrevaluados por el importe de 37,243.39 nuevos soles; iv) adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados por 9,157.50 nuevos soles; v) pagos por prestación de servicios que la institución no recibió por 15,500 nuevos soles; vi) pagos indebidos por concepto de pasajes aéreos no utilizados y contratados de vuelos charter sobrevaluados por 14,211.20 nuevos soles; vii) deficiencia e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparía y del Puesto de salud de Colonia del Caco por 59,146.47 nuevos soles.

4.1.2. Con relación al ítem i) en el Informe Especial cero cero uno-dos mil-CTRU-DRSSU-OAI, Examen Especial del periodo uno de enero de mil novecientos noventa y ocho a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno a la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali; se cuestiona el pago de racionamiento a servidores de la Dirección de Logística, Economía y otros y al personal contratado

por servicios no personales a través de programas de planificación familiar, Proyecto 2000 y Defensa Nacional correspondiente al ejercicio económico mil novecientos noventa y ocho; sin embargo en los folios dos mil ochocientos noventa y cuatro a dos mil novecientos treinta y cuatro corre en copia fedateada el Informe N° 53-2000-CG/P370 de la Contraloría General de la República que contiene la auditoría financiera al convenio de Donación número 527-0366 suscrito entre los Gobiernos el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud del periodo enero de mil novecientos noventa y ocho a diciembre de mil novecientos noventa y nueve; de cuyo contenido se establece, respecto al Proyecto 2000, que tuvo como objetivo mejorar la salud y el estado nutricional de niños menores de tres años y de las mujeres en edad fértil, por un plazo de ejecución de siete años; en él no se cuestiona el mencionado pago de racionamiento que la propia unidad administrativa efectuaba al personal contratado por servicios no personales y al personal administrativo de la entidad; en tal sentido, si el Órgano Superior de Control de la República ya examinó el caso submateria y no lo calificó de irregular, los órganos auxiliares de auditoría interna que dependen de la Contraloría General de la República, deberían concordar en sus dictámenes a los criterios adoptados por el órgano superior, por tanto no resulta sostenible atribuir responsabilidad penal al encausado en este extremo.

4.1.3. Respecto del ítem ii) como prueba de cargo, se hallan documentos de los folios setecientos cincuenta y dos a setecientos noventa, donde se observan comprobantes de pago con firmas de autorización y conformidad adulterados, los cuales sirvieron para efectuar pagos; empero, los aludidos documentos resultan insuficientes para establecer la existencia del delito de concusión y menos la responsabilidad del imputado, quien además ha sostenido su negativa uniforme sobre estos cargos, además no existir pericia de grafotecnia al respecto. Asimismo, con relación al cargo señalado en el ítem iii), encontrándose evidenciado en el cuadro de adquisiciones de medicamentos del año mil novecientos, se tiene que al haberse efectuado compras en forma fraccionada se habría ocasionado perjuicio por el monto indicado; sin embargo no existe prueba que determinado proveedor haya ofertado los precios indicados en el mencionado cuadro, menos aún prueba documental que haya establecido el procedimiento, forma y establecimiento comercial en que se iba a adquirir las medicinas; por tanto la conducta atribuida al encausado no se encuentra sólidamente acreditada; en todo caso su responsabilidad sería administrativa al no haber consignado la compra de los medicamentos en su plan anual de adquisiciones, en el rubro encargos.

4.1.4. Con relación a los cargos señalados en el ítem iv), si bien en el presente caso, comparando los precios de adquisición pagada por la agraviada, con las cotizaciones propuestas por los establecimientos comerciales, entre ellas existe una diferencia que aparentemente causaría perjuicio económico a la entidad agraviada, empero, no existe prueba de cómo estuvo establecido el procedimiento para la compra de dichos bienes y de esa forma determinar objetivamente el perjuicio económico que se pudiera haber causado a la entidad agraviada, por lo que la absolución en este extremo se encuentra arreglada a ley. En el mismo sentido, respecto de los cargos señalados en el ítem v), se cuestiona haberse desembolsado sumas de dinero por servicios que la entidad agraviada no recibió, tal es el caso de la reparación de veintiún microscopios de

los diferentes establecimientos de salud, en el año mil novecientos noventa y nueve, por el monto de cinco mil nuevos soles y por la reparación y mantenimiento de botes de madera de los diferentes establecimientos de salud, por el monto de diez mil quinientos nuevos soles; aun cuando en los diversos informes y actas de verificación se estableció que algunos centros de salud cuyos botes de madera no habrían sido materia de reparación porque sencillamente no contaban con esos medios de transporte, así como el procesado don Ausberto Odicio Pinedo reconoció ante el auditor de la agraviada que no fue su persona quien realizó el trabajo de la reparación de los equipos de microscopios, sino fue con la finalidad de apoyar a otro proveedor a solicitud del señor Becerra, que consignó la cantidad de doce equipos por reparación por indicación de la Dirección de Logística; sin embargo del contenido de los citados documentos se puede inferir que aparentemente los servicios de reparación de dichos equipos técnicos y reparación y mantenimiento de botes de madera no se efectuaron a favor de la agraviada, pero es el caso que estos hechos no se encuadran en los presupuestos que tipifican el delito de concusión, que exige que el funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un beneficio patrimonial.

4.1.5. Respecto del cargo señalado en el ítem vi) se cuestiona haberse cancelado a la empresa “Alfa Viajes y Servicios Generales E.I.R.L.” por pagos de pasajes que no fueron utilizados, por el monto que se indica; aun cuando aparecen haberse efectuado diversos pagos de pasajes aéreos no utilizados; empero del análisis de los citados documentos se colige que tales hechos no encuadran en el tipo penal denunciado, con el fundamento jurídico precisado en el acápite anterior.

4.1.6. Con relación a los cargos señalados en el ítem vii) se cuestiona deficiencias e irregularidades en la ejecución de servicios de reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de Salud de Iparia y del Puesto de Salud de Colonia del Caco; si bien para la ejecución de las obras contenidas en los distintos contratos que se mencionan en la acusación, existieron indicios de irregularidades como no contar con expedientes técnicos, no existir acta de entrega de las obras y por último, que no se ejecutó la totalidad de las obras contenida en los contratos; pero es el caso que tales hechos no se encuadran en el delito de concusión por cuanto no existe prueba de que el imputado abusando de su cargo haya obligado o inducido a los proveedores de las indicadas obras para que obtengan promesa o beneficio patrimonial a su favor.

4.1.7. Respecto de las procesadas doña Catalina Herminia GARAY DE TELLO, doña Elizabeth CHÁVEZ CRISTÓBAL y doña Norma Soledad RIVA REÁTEGUI, cabe señalar que la primera de las nombradas se desempeñaba como Directora de Personal de la entidad agraviada desde el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete y tenía como funciones el planificar, organizar, supervisar todo el desarrollo del área técnica, legal, de remuneraciones, además en la elaboración del cuadro de personal entre otras funciones; por su parte la encausada Chávez Cristóbal se desempeñó como Coordinadora del Proyecto 2000 desde el uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, encargada de organizar, programar y ejecutar actividades de cursos de capacitación, supervisar establecimientos de salud; y la tercera de las nombradas, ocupó el cargo de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar,

quienes permitieron el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales y duplicidad de pago por racionamiento al personal del equipo de gestión. Sin embargo, estando en la misma situación jurídica que su coacusado Fernández Capcha en cuanto a la imputación por este delito (concusión), por los mismos fundamentos jurídicos precisados en el acápite 4.1.1. la absolución de las precitadas se encuentra arreglada a ley.

4.1.8. Con relación a los procesados don Vladimir Imael NÚÑEZ PAREDES, don Fidel Carlos MALCA HERNÁNDEZ, don Viet LOZANO ALVÁN, doña María Elisa MORY GONZÁLES VIA, don Milton Francisco MARÍN ALIAGA, Don Juan Fernando ROJAS MATURANO, doña Josefa MORENO PÉREZ, don Edwin VILELA VARGAS y doña Carmen SALAZAR VEGA; de la acusación escrita del representante del Ministerio Público no se ha precisado en qué consisten los cargos en su contra por este delito (concusión), más aún que del informe cero uno-dos Cmil-CTARR-DRSSU-OAI, tampoco se precisa al aún hecho de contenido penal, por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

4.7.9. Respecto los procesados doña Floria RUIZ ARMAS, don Ausberto ODICIO PINEDO, don Nilson COLLANTES SILVA y don Jorge Alberto COLLANTES SILVA; se ha establecido que la procesada Ruiz Armas, fue representante de la Agenda de Viajes “Alfa” y el procesado Odicio Pinedo fue proveedor de la entidad agraviada y los dos últimos fueron representantes de la empresa “Constructora Collantes”; de la estructura típica del artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, se advierte que se trata de un delito especial, que exige determinada cualidad del agente, lo que conlleva establecer que la esfera de los autores está limitada, en este caso solo funcionarios públicos; siendo así los procesados nombrados no tenían tal calidad, por lo tanto, no se les puede atribuir dicho ilícito penal.

4.2. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE PECULADO AGRAVADO

4.2.1. Imputado a los procesados: doña Carmen SALAZAR VEGA y don Juan Carlos FERNÁNDEZ CAPCHA, a quienes se les imputó que en su condición de Directora de Economía y al segundo, Director Ejecutivo de la entidad agraviada, haber efectuado pagos indebidos en forma dolosa por racionamiento al personal contratado por servicios no personales por la suma de 7,830 nuevos soles, sin tener en consideración que la partida presupuestaria estaba destinada para pagos de gastos para alimentación de personas internas en centros hospitalarios, educativos y de reclusión. Al respecto, la Contraloría General de la República cuya función es la fiscalización de la ejecución de gastos en las entidades públicas, observó en el Informe número 053-2000-CG/P370 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación número 527-0366, los montos pagados por concepto de racionamiento a los trabajadores contratados por servicios no personales, siendo así se puede colegir que dichos pagos fueron regulares.

4.3. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE FALSEDAD GENÉRICA

4.3.1. Imputado a los procesados GARAY DE TELLO, CHÁVEZ CRISTOBAL, NÚÑEZ PAREDES, ODICIO PINEDO, RUIZ ARMAS, COLLANTES SILVA Nilson, COLLANTES SILVA Jorge Alberto, MALCA HERNÁNDEZ, MORY

GONZÁLES VÍA, MARÍN ALIAGA, ROJAS MATURANO, MORENO PÉREZ, LOZANO ALVÁN, SALAZAR VEGA Y FERNÁNDEZ CAPCHA: al respecto, conforme se ha señalado en los acápites anteriores, el representante del Ministerio Público en su acusación escrita y en la requisitoria oral, no ha precisado de manera individual, clara y concreta los cargos contra los aludidos con relación a este delito; a ello cabe añadir que el Informe N° 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI, Examen Especial del periodo uno de enero a treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, tampoco señala los fundamentos tácticos respecto de los actos irregulares de contenido penal por este ilícito; no existe información contenida en un documento con el cual se haya alterado la verdad y perjudicado a la entidad.

4.4. EXTREMO ABSOLUTORIO POR DELITO DE PECULADO

4.4.1. Imputado a los encausados: RIVA REÁTEGUI, LOZANO ALVÁN, MARÍN ALIAGA, SALAZAR VEGA, COLLANTES SILVA Nilson, COLLANTES SILVA Jorge Alberto, RUIZ ARMAS, ODICIO PINEDO, GARAY DE TELLO, MORENO PÉREZ, ROJAS MATURANO, NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ, VILELA VARGAS, CHÁVEZ CRISTÓBAL, MORY GONZÁLES VÍA y FERNÁNDEZ CAPCHA.

4.4.2. Con relación a la encausada RIVA REÁTEGUI, se le atribuyó que en su condición de Coordinadora Regional del Programa de Planificación Familiar, permitió el pago de planillas de racionamiento al personal contratado por servicios no personales, contraviniendo con ello la ley veintiséis mil ochocientos cincuenta -Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, beneficiando a terceras personas en perjuicio de la entidad agraviada; aun cuando en autos obran las planillas (veintidós en total) por distintos montos que suman 7,830.00 nuevos soles; sin embargo, analizados los medios probatorios incorporados al proceso, se ha establecido que en dicha asignación también tuvieron participación el Director Administrativo y el Director de Personal, lo que generó los comprobantes de pago visados por el Director de Economía (contador público colegiado) y el Tesorero, es decir los actos previos y posteriores para efectivizarse los pagos de racionamiento al personal contratado por servicios no personales, con la aprobación de los funcionarios antes señalados encargados de verificar el uso idóneo del presupuesto de la entidad agraviada, quienes al advertir que se trataba de un pago reglamentado no objetaron y procedieron a visar; lo cual desvirtúa los cargos imputados a la procesada Riva Reátegui.

4.4.3 Con relación a la acusada LOZANO ALVÁN, a quien se le atribuyó que en su condición de encargada de los fondos para pagos en efectivo de la Dirección, permitió hacer los pagos indebidos por distintos conceptos en beneficio de terceros; sin embargo verificadas las boletas de venta, facturas y recibos por honorarios obrante en los folios setecientos treinta y uno a setecientos cuarenta y nueve y de folios setecientos sesenta y cuatro a setecientos setenta y tres, no se evidencia que el citado procesado hubiera intervenido en tales hechos; por lo que la absolución se encuentra arreglada a ley.

4.4.4. Procesado MARÍN ALIAGA, en su condición de Asesor de Infraestructura dio conformidad al servicio prestado por contrato de locación de servicio N° 282-99 sobre Conclusión de Reacondicionamiento y Rehabilitación del Centro de Salud de Iparia;

de los medios probatorios se ha establecido que el citado encausado se constituyó in situ a la localidad de Iparia para verificar la ejecución del contrato de locación ya mencionado, para luego conjuntamente con los demás funcionarios de la entidad, suscribir el acta de conformidad; tal conducta es indiferente con los presupuestos establecidos en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, desde que no ha tenido relación funcional con la custodia o administración de los bienes de la agraviada.

4.4.5. De la procesada SALAZAR VEGA, quien se desempeñó como Directora de Economía, en tal condición efectuó pagos por la suma de 7,830.00 nuevos soles por racionamiento del personal contratado por servicios no personales; al respecto, ya se ha señalado con anterioridad que estando al Informe número 053-2000-CG/P730, desvirtuó tales cargos.

4.4.6. Respecto de los procesados don Jorge Alberto COLLANTES SILVA y don Nilson COLLANTES SILVA: el primero en su condición de propietario de la empresa Constructora Collantes E.I.R.L. y el segundo como representante de la misma; los cargos formulados por el Ministerio Público se concretan en que al realizar las obras y/o servicios y también los cobros efectuados, eludiendo su responsabilidad, utilizaron el nombre de don Juan Medina Aguirre en la rehabilitación y reacondicionamiento del Centro de Salud de Iparia y el Puesto de Salud de Colonia del Caco, produciéndose duplicidad de partidas e incumplimiento hasta por la suma de 9,411.00 nuevos soles. Revisados el Informe N° 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI, en él se mencionan las deficiencias e irregularidades en la ejecución de dichas obras, cuestionando el contrato N° 289-99, por la existencia de duplicidad de partidas ejecutadas con un contrato anterior (197-99) a nombre de don Santos Peña Encinas; sin embargo al respecto solamente existe la información contenida en el Informe Físico Técnico Financiero de la obra, confeccionado por el ingeniero civil don César Enco Paredes, sin otro medio probatorio que corrobore, sin antecedentes documentales y/o anexos del mencionado informe y de esa forma realizar el cotejo correspondiente y establecer que la entidad agraviada haya desembolsado dinero en duplicidad por servicios ya prestados; de lo que se colige que la ejecución del Contrato número 289-99, se llevó adelante previo procedimiento formal y el proveedor efectivizó el cobro por honorarios profesionales por el servicio prestado.

4.4.7. Respecto de la procesada RUÍZ ARMAS; en su condición de representante de la empresa “Alfa” Viajes y Servicios Generales, se le atribuye que como proveedora haber cobrado pasajes por servicios de transporte de los funcionarios de la entidad que no fueron utilizados y a la vez cobró en exceso por el servicio de vuelo charter, ocasionando perjuicio por la suma de 14,211.20 nuevos soles. Analizados los medios probatorios pertinentes al caso, si bien en el cuadro ilustrativo de pagos indebidos de pasajes efectuados en el año mil novecientos noventa y nueve, se indicó que en las fechas se encontraban prestando servicios en lugares distintos, sin embargo no obra medio probatorio que acredite tal afirmación, de ahí que el cobro efectuado por la empresa proveedora es legal, tampoco se ha acreditado que la citada empresa se haya beneficiado económicamente efectuando cobros excesivos, en perjuicio de la entidad agraviada.

4.4.8. Respecto del procesado ODICIO PINEDO, propietario de la empresa “Servicios múltiples” a quien se le atribuyó haberse beneficiado económicamente por servicios no prestados de reparación y mantenimiento de botes de madera de los diferentes establecimientos de salud; al respecto, en el folio novecientos trece, obra la orden de servicio número 3024, emitida por la Dirección Regional de Salud de Ucayali, suscrito por el Director Ejecutivo de Administración a favor del procesado Odicio Pinedo, por servicio de reparación y mantenimiento de dos botes de madera de los establecimientos de salud de Cunchuri y Galilea, especificando las medidas como el ancho, largo y alto; y en el folio doscientos noventa y cinco obra la respectiva acta de conformidad de cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve; asimismo en el folio novecientos diecinueve, corre la orden de servicio número 2603 de quince de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, por el mismo servicio respecto de los establecimientos de salud de Abujao y Vinuncuro, así como en el folio novecientos veintuno, se hallan la respectiva acta de conformidad de dieciocho de octubre del mismo año, suscrita por la Coordinadora del Programa de Salud Básica para Todos y por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento; por tanto, estando a los documentos señalados se colige que el citado proveedor cumplió con el contrato.

4.4.9. Respecto de la procesada GARAY TELLO; a quien se le imputó que en su condición de Directora de Personal de la Dirección Regional de la entidad agraviada, permitió el pago de planilla de racionamiento al personal del equipo de gestión; obrando la relación de funcionarios que recibieron dicho concepto en el folio quinientos sesenta y cuatro, apreciándose que en el periodo de mil novecientos noventa y ocho, se efectivizó el pago por la suma de dos mil seiscientos noventa y cinco nuevos soles y en mil novecientos noventa y nueve, por la suma de tres mil doscientos noventa y cinco nuevos soles; sin embargo, de la remisión del Informe tantas veces citado N° 053-2000-CG/P370 que contiene la Auditoría Financiera al Convenio de Donación N° 527-0366, suscrito por los gobiernos del Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, administrado por el Ministerio de Salud periodo 1998-1999, en su página diecisiete no se cuestiona el mencionado pago de racionamiento, por lo que es válido concluir que dichos pagos fueron regulares.

4.4.10. Respecto de la acusada MORENO PÉREZ; quien se desempeñó como cajera-pagadora, facilitó el pago a los procesados hermanos Collantes Silva; sin embargo, estando al análisis efectuado en el rubro que correspondió a los mencionados procesados, se estableció que dichos pagos se efectuaron en atención a los contratos de locación de servicios 282-99 y 544-99, correspondiente a reacondicionamiento y rehabilitación del Centro de atención médica del Centro Modelo de Iparia y de Colonia del Caco, con lo que queda acreditada la existencia de dichos contratos y luego del servicio prestado, los escalones respectivos de la agraviada confeccionaron los comprobantes de pago y órdenes de servicio del proveedor don Juan Medina Aguirre, quien fue representado por el mérito de los poderes firmados notarialmente otorgado por los hermanos Collantes Silva.

4.4.11. Respecto del procesado ROJAS MATURANO; en su calidad de Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, imputándosele haber suscrito el acta de recepción de la obra del contrato 544-2000, por servicio de mantenimiento y reparación de

infraestructura a todo costo del Centro Modelo de Iparia; al respecto, como ya se ha señalado, en la ejecución de dicha obra no se ha detectó irregularidades de contenido penal; además el procesado no actuó solo en el acta de conformidad de dicha obra, sino conjuntamente con otros funcionarios en cumplimiento de sus respectivas funciones, previa verificación in situ.

4.4.11. Respecto de los procesados NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ Y VILELA VARGAS; atribuyéndose al primero y segundo en sus calidades de Directores de Logística, en distintos periodos, y el tercero en su condición de Coordinador Regional del Programa Seguro Escolar Gratuito, que permitieron la adquisición de medicamentos sobrevalorados, repuestos y otros bienes con precios igualmente sobrevalorados; evaluado el cuadro de adquisición de medicamentos adquiridos en mil novecientos noventa y nueve, ingresaron al almacén de la Dirección Regional de Salud de Ucayali, donde los responsables de cada área procedieron a dar su conformidad, sin que de ello emerja prueba idónea que acredite el pago en exceso a los proveedores; si bien el Informe Especial N° 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI del órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, conforme al cuadro de adquisiciones, de folio ochocientos setenta y uno obra la orden de compra-guía de internamiento número 1120 de ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve a favor de Representaciones “Hanley Toyorep” E.I.R.L., por la compra de cuatro llantas, cuatro cámaras y un guarda cámaras, conforme a la orden de compra-guía de internamiento N° 1547, de siete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, así como la orden de compra-guía de internamiento N° 1546 a favor de la citada empresa, así como la orden de compra-guía de internamiento N° 2883 de siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve a favor de Factoría Sánchez E.I.R.L., por servicios de reparación y mantenimiento a todo costo de una camioneta por la suma de 1921.00 nuevos soles; y la orden de compra-guía de internamiento N° 2401 a favor de “World” E.I.R.L., por la compra de seis carpas de campaña; de todo ello se desprende que no existen suficientes elementos probatorios para establecer que el procesado Núñez Paredes en su condición de Jefe de Logística haya sobrevalorado los precios de bienes adquiridos, los cuales a su vez fueron registrados como ingresados a los almacenes de la entidad.

4.12. Respecto de la procesada CHÁVEZ CRISTÓBAL; a quien se le atribuyó que en su condición de Coordinadora del Proyecto 2000, permitió el pago de planillas de racionamiento a personal contratado por servicios no personales. Estando al Informe de Contraloría N° 053-2000-CGIP370, los cargos que se le atribuyó se encuentran desvanecidos.

4.4.13. Respecto de la procesada MORY GONZALES VÍA; Coordinadora del Programa de Salud Básica Para Todos, firmó las actas de conformidad referente a la reparación y mantenimiento de microscopio y botes de distintos establecimientos; al respecto en los folios novecientos dos y novecientos tres obran las órdenes de servicio de la Dirección Regional de Salud a favor de don Ausberto Odicio Pinedo por la reparación de veintidós microscopios autorizada por el Director Ejecutivo de Administración, por el Jefe de Adquisiciones, por el Director de Logística, por la Jefatura de Abastecimientos y por la procesada en su calidad de Coordinadora y en el folio

novecientos siete, obra el acta de conformidad, de veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, suscrito por la Unidad de Abastecimiento y Logística, por el Jefe de la Oficina de Ingeniería y Mantenimiento, por el Jefe de Taller de Mantenimiento y por la procesada Gonzáles Vía, sugiriendo su cancelación por el servicio prestado, de lo que se colige que el pago fue regular, aunado a ello la versión del procesado Odicio Pinedo en el folio mil trescientos ochenta y dos donde refirió haber realizado la labor de reparación y mantenimiento de veintiún microscopios, lo cual desvirtúa los cargos imputados a la citada procesada. Asimismo, con relación a la reparación y mantenimiento de los botes de madera, dichos cargos ya fueron analizados en el acápite 4.4.8 al analizar la situación jurídica del procesado Odicio Pinedo.

4.4.14. Respecto del procesado FERNÁNDEZ CAPCHA; en su condición de Director Ejecutivo Administrativo de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali, en el periodo veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho hasta el mes de enero de dos mil uno a quien se le atribuyó que mediante memorándums autorizó la adquisición de medicamentos sobrevaluados por la suma de S/. 37,243.39 nuevos soles; al respecto en el folio ochocientos cincuenta y cinco obra el oficio número 001-01CF-HAN 2-YC de veintitrés de febrero de dos mil uno, remitido al Director Ejecutivo el Hospital de Apoyo N° 2 Yarinacocha, donde informó cuáles son los criterios técnicos que se deben tomar en cuenta para la adquisición de medicamentos para la Farmacia y Seguro Escolar Gratuito (Medin), los que se formulan en base a las directivas enviadas por DIGEMID y S.E.G. (como la descripción del producto, presentación del producto, laboratorio fabricante, país de procedencia, descripción del envase inmediato y mediato, número de registro sanitario, vigencia del mismo, farmacopea de referencia, fabricación nacional o extranjera).

Con base en dichos documentos se tiene que todos los medicamentos adquiridos en el año 1999 y 2000 que están consignados en el Cuadro de Adquisiciones de Medicamentos ingresaron al Almacén de la entidad agraviada, donde los funcionarios responsables de cada área procedieron a dar su conformidad; si bien el Informe Especial N° 001-2000-CTRU-DRSSU-OAI del órgano de Control Interno, cuestionó haberse fraccionado las adquisiciones pese a la prohibición de la norma; en todo caso se trata de una irregularidad administrativa.

Asimismo, respecto de la adquisición de repuestos y otros bienes, este punto ya se trató ampliamente en el apartado 4.4.11. Al analizar la conducta de los procesados NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ Y VILELA VARGAS, a quienes se les imputó los mismos cargos.

Igualmente sobre los cargos de haber autorizado pagos indebidos a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales; este extremo ya se analizó en el acápite 4.4.9 al abordar la conducta atribuida a la procesada GARAY TELLO, a quien también se le imputaron los mismos cargos.

4.5. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Revisados de manera exhaustiva los medios probatorios adjuntados como anexos al Informe Especial N° 001-2000-CTARU-DRSSU-OAI y los actuados a nivel

jurisdiccional, la acusación fiscal se apoya en copias simples, circunstancia que imposibilitó la actuación de una pericia de grafotécnica sobre los documentos cuestionados, siendo así, los cargos atribuidos por este motivo resultan sin fuerza acreditativa.

4.6. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE FALSEDAD IDEOLÓGICA, atribuida a los procesados: RIVA REÁTEGUI, VILELA VARGAS, CASTRO RONCEROS, TACANGA LÓPEZ Y FERNÁNDEZ CAPCHA; estando a los mismos defectos, en la acusación escrita del representante del Ministerio Público, no existe un hecho concreto atribuido a los encausados que indique en qué documentos se habría plasmado la falsedad o en todo caso la alteración de la verdad respecto al hecho ocurrido, lo que imposibilita analizar en concreto la conducta de los procesados para establecer configuración del tipo penal de falsedad ideológica, porque se debe acreditar el documento donde se haya consignado un hecho que en la realidad no ocurrió o en todo caso que haya acaecido de manera distinta.

4.7. EXTREMO ABSOLUTORIO RESPECTO DEL DELITO DE COLUSIÓN, imputado a los procesados FERNÁNDEZ CAPCHA, CHÁVEZ CRISTÓBAL, RIVA REÁTEGUI, NÚÑEZ PAREDES, MALCA HERNÁNDEZ, MORY GONZÁLES VÍA Y VILELA VARGAS, estando al análisis efectuado en los acápite anteriores respecto de cada uno de los contratos de ejecución de obra y de servicios, llevados a cabo dentro de los cánones regulares, no se acreditó la responsabilidad penal de los procesados, más aún ante una débil acusación sin mayor sustento fáctico del representante del Ministerio Público carente de medios de acreditación, que incuestionablemente conduce a la absolución de los imputados.

4.8. EXTREMO CONDENATORIO: PROCESADO FERNÁNDEZ CAPCHA Se atribuye al procesado que en su condición de Director Ejecutivo, autorizó mediante memorándums en los años 1998 y 1999, pagos por movilidad local en las planillas de viáticos, por montos mayores en relación a los días realmente utilizados; al respecto en autos obran dichos documentos autorizados por el procesado y remitidos al Director de la Oficina de Logística, ordenando se elaboren las planillas por concepto de viáticos por movilidad, consignando en ellos el nombre de los beneficiarios, el monto de viáticos por día a favor del personal considerado en el Cuadro de Resumen de Pagos de “Movilidad Local” que deben ser entregados a favor de funcionarios y servidores en desmedro de la economía de la entidad agraviada.

Cabe señalar las comisiones que efectuaron tanto los funcionarios y servidores para percibir la asignación de viáticos, conforme se puede apreciar del contenido de los memorándums, fueron dirigidas a supervisar los Centros de Salud ubicados en poblaciones pequeñas, como es el caso de Pachitea, Maisea, Nuevo San Juan, Iparia, Campo Verde y otros, por lo que no se justifica razonablemente que en dichos lugares pequeños, se pueda efectuar gastos de movilidad local, toda vez que los viáticos de manera regular que se les asignó debían entenderse como gastos por alimentación, hospedaje y movilidad propiamente dicha para constituirse a dichos lugares; empero el concepto de “movilidad local” constituyó un exceso, solo con la finalidad de beneficiar económicamente a terceros en detrimento a la entidad agraviada, contraviniendo además la Resolución Directoral N° 041.97-EF/76.01, ya que en su condición de

máxima autoridad de la entidad agraviada tenía el deber de controlar y administrar el dinero de la entidad, lo que acredita su responsabilidad penal.

4.8.1. Respecto del cuántum de la pena recurrida por el representante del Ministerio Público, es de destacar que el uso de la facultad discrecional, atendiendo a la primacía del valor justicia y desde la perspectiva de la prevención especial, en concordancia con lo establecido en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, la pena impuesta responde a su grado de responsabilidad y de afectación al bien jurídico dañado.

4.9. En consecuencia, habiéndose precisado los alcances del principio de imputación necesaria en el acápite: TERCERO: Consideraciones previas: puntos II a VI; corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación del inciso uno del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, **ACORDAMOS**:

- I. DECLARAR NO HABER NULIDAD** en la sentencia de tres de febrero de dos mil once, obrante en los folios cinco mil treinta y cinco a cinco mil ciento sesenta y siete; que: 1) absolvió a doña Norma Soledad Riva Reátegui y a don Edwin Vitela Vargas, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 2) absolvió a doña Catalina Herminia Garay de Tello, doña Elizabeth Chávez Cristóbal, don Vladimir Imael Núñez Paredes, don Ausberto Odicio Pinedo, doña Floria Ruiz Armas, don Nilson Collantes Silva y don Jorge Alberto Collantes Silva, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general–, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado; 3) absolvió a don Fidel Carlos Malca Hernández, doña María Elisa Mory Gonzáles Vía, don Milton Francisco Marín Aliaga, don Juan Fernando Rojas Maturano, doña Josefa Moreno Pérez y don Viet Lozano Alván, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general–, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 4) absolvió a don Walter Manuel

Castro Ronceros y don Pacífico Cosme Tacanga López, de la acusación fiscal por delito contra la fe pública –falsedad ideológica–, en agravio de la Dirección de Salud de Ucayali y del Estado; y a doña Carmen Salazar Vega, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia, peculado y peculado agravado; y por delito contra la fe pública –falsificación de documentos en general– en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación y falsedad genérica, en agravio de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali y del Estado; 5) absolvió a don Juan Carlos Fernández Capcha, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en los tipos de concusión, concusión impropia y peculado (por adquisición de medicamentos sobrevaluados, adquisición de repuestos y otros bienes con precios sobrevaluados, pagos indebidos por racionamiento a funcionarios y a personal contratado por la modalidad de servicios no personales, uso y manejo de los fondos para pagos en efectivo de manera irregular con comprobantes de pago observados, pagos de viáticos por servicios no realizados, pago de viáticos por montos mayores en relación a los días realmente utilizados); y peculado agravado y contra la fe pública –falsificación de documentos en general–, en la modalidad de falsedad, simulación, alteración o usurpación; falsedad genérica y falsedad ideológica, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Ucayali y del Estado.

- II. NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en cuanto condenó al nombrado don Juan Carlos Fernández Capcha, como autor del delito contra la Administración Pública, en el tipo de peculado (por pagos indebidos por concepto de “movilidad local”, utilización de unidades de transporte de la institución para el traslado de la comisión a diversos lugares, pese a la asignación de asignación por movilidad, en el periodo mil novecientos noventa y nueve); y le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida por el término de un año; inhabilitación por igual plazo, conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijó en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor de la entidad agraviada.
- III. EXHORTAR** a los jueces superiores Boza Olivari, Rivera Berrospi y Guzmán Crespo, poner mayor celo en el desempeño de sus funciones.
- IV. CONSTITUIR** precedente vinculante con la presente ejecutoria suprema en lo concerniente a las precisiones y alcances del principio de imputación necesaria en contraposición con el principio de “plazo razonable” que se detallan en los puntos II al VI, del acápite Tercero: “consideraciones previas” de la presente resolución.
- V. MANDAR** se publique el presente fallo en el diario oficial *El Peruano*, con lo demás que contiene y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Morales Párraguez, por periodo vacacional del señor juez supremo Pariona Pastrana. Notifíquese conforme a ley.

VILLA STEIN; RODRÍGUEZ TINEO; SALAS ARENAS; NEYRA FLORES; MORALES PÁRRAGUEZ

Anexo V
Doctrina jurisprudencial
de la Corte Suprema
de Justicia en
materia procesal penal

CASO: PERCY BELLIDO HURTADO

Principio acusatorio, sobresimiento y prescripción de la acción penal

- 1.- Queja : N° 1678-2006
- 2.- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

Lima, 13 de abril de 2007

VISTOS: Oído el informe oral; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de queja excepcional interpuesto por la parte civil Percy Bellido Hurtado en representación de COMERCIAL INMOBILIARIA SANTA TERESA SOCIEDAD ANÓNIMA contra la Resolución de fojas setecientos treinta y cuatro, del diecinueve de octubre de dos mil seis, que declaró improcedente el recurso de nulidad que promovió contra la sentencia de vista de fojas setecientos cinco del siete de agosto de dos mil seis, que en un extremo confirmó la sentencia de primera instancia de fojas quinientos uno, del cuatro de noviembre de dos mil dos, que sobreseyó la causa contra Hilda Bellido Hurtado por delito contra la fe pública-falsedad genérica en su agravio y en otro revocó la referida sentencia en cuanto absolvió a la citada acusada por delito contra la fe pública-falsedad material en agravio del Estado y reformándola, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada por ese delito y agraviado; con lo expuesto por la señora Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero.- Que la parte civil en su recurso de queja excepcional de fojas setecientos treinta y cinco alega que la sentencia de vista infringió derechos constitucionales materiales y procesales, así como diversos artículos del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales; que, al respecto, precisa que indebidamente se confirmó el sobresimiento aplicando incorrectamente la doctrina del Tribunal Constitucional materia de su sentencia número dos mil cinco -dos mil seis - PHC/TC, del trece de marzo de dos mil seis referida al principio acusatorio, puesto que el presente caso es distinto al que se decidió por el Tribunal Constitucional; que, asimismo, acota que no se extinguió la acción penal por prescripción porque según la Ejecutoria Suprema que definió el punto el delito fue continuado debido a que la imputada utilizó el nombre de Hilda Bellido Hurtado hasta el año mil novecientos noventa y seis, y cuya maniobra delictiva importó lo apropiación fraudulenta de la propiedad, acciones y bienes de la entidad agraviada –por lo demás, a su juicio, se trata de un delito permanente, cuya consumación se extiende hasta la actualidad–; que, por último, sostiene que mediante escrito de fojas seiscientos cuarenta y nueve del principal, presentado en el curso del procedimiento recursal de apelación, solicitó la ampliación del auto de apertura de instrucción y la nulidad de la sentencia recurrida, pese a lo cual esa petición no fue resuelta.

Segundo.- Que la Fiscalía Provincial en su dictamen de fojas doscientos treinta y tres, del nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete, solicitó el sobresimiento de

la causa respecto al delito de de falsedad genérica en agravio de la quejosa y formuló acusación por el delito de falsedad material en agravio del Estado, a cuyo efecto estimó que la encausada Hilda Bellido Hurtado adulteró la fecha de su partida de Bautismo –que en función a la fecha que consignó, antes de mil novecientos treinta y seis, acreditaba su identidad–, haciendo incurrir en error al Tribunal Eclesiástico Regional de Lima que ordenó la rectificación de lo mismo –en cuanto al nombre y lugar de nacimiento– lo que presentó en el juicio de contradicción de sentencia de declaratoria de herederos que inició el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y cuatro –en él recayó la Ejecutorio Suprema del veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, que declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia que amparó la referida demanda; que el juzgado penal en su sentencia de fojas quinientos uno, del cuatro de noviembre de dos mil dos, declaró sobreseída la causa por el delito de falsedad genérica y absolvió a la imputada de la acusación fiscal por el delito de falsedad material; que apelada la causa por el quejoso y la Procuradora Pública del Estado, el Tribunal Superior en su sentencia de vista de fojas setecientos cinco, del siete de agosto de dos mil seis, confirmó el extremo del sobreseimiento –se invocó al respecto la vigencia del principio acusatorio– y revocó la absolución por el delito de falsedad material declarando empero extinguida por prescripción la acción penal por el referido delito –entendió que la falsedad cometida por la imputada se llegó o acreditar y que la partida de bautismo falsa la presentó en sede judicial para lograr derechos hereditarios que no le correspondían–.

Tercero.- Que dos son los aspectos objeto de análisis recursal: a) la correcta aplicación de la doctrina jurisprudencial referida a los alcances del principio acusatorio; y, b) el ámbito del objeto procesal y la aplicación de la regla de prescripción de la acción penal.

Cuarto.- Que, en cuanto al principio acusatorio, es evidente –según doctrina procesalista consolidada– que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal (conforme: GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, Madrid, página setenta y nueve); que, entre las notas esenciales de dicho principio, en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, en primer lugar, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal –que a su vez debe relacionarse, aunque con un carácter relativa en orden o lo propio evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto opertorio de instrucción–. Que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos; y, en segundo lugar, que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine accusatore*, que si el fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al fiscal que acuse y, menos, asumir un

rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la fiscalía: el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del fiscal; que, son tanto, si el órgano judicial está conforme con el dictamen no acusatorio del Fiscal Provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación, con motivo del recurso de apelación de la parte civil, el Fiscal Superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del Fiscal Provincial —es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del superior jerárquica y si este coincide con lo decidido por el fiscal inferior concreta y consolida la posición no inculpativa del Ministerio Público— no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de Alzada dicte una resolución de imputación; que, no obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible —asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto— una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a prueba de la parte civil —que integra la garantía constitucional de defensa procesal— o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias contradicciones o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omita valorar determinados actos de investigación o de prueba, no se analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no son de cargo de aquella; que, en el presente caso, no se ha producido ninguna de las situaciones de excepción ancladas en el derecho o la prueba o a la completa valoración de los hechos que integran la instrucción judicial, por lo que la invocación del principio acusatorio como motivo suficiente para confirmar el sobreseimiento, es legalmente correcta y no infringe precepto constitucional alguno.

Quinto.- Que, como se ha dejado expuesto, el objeto del proceso se concreta en el dictamen final del Ministerio Público, que cuando es acusatorio introduce la pretensión penal, que a su vez está definida, en su aspecto objetivo, por la denominada “fundamentación fáctica”, esto es, el hecho punible, el hecho histórico subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo —esos hechos son formulados por el Ministerio Público a una persona determinado—, y en su definición o concreción no puede intervenir el órgano jurisdiccional; que el escrito de acusación formaliza la pretensión penal y en función a ese marco fáctico debe pronunciarse el órgano jurisdiccional; que los hechos delimitados en la acusación fiscal de fojas doscientos treinta y tres se circunscriben, en su esencia, a la falsificación de una partida de bautismo que se presentó en un proceso jurisdiccional y, mediante ella, se logró un fallo que sirvió para afectar derechos patrimoniales de la agraviada Comercial Inmobiliaria Santa Teresa Sociedad Anónima; que el citado documento falso se utilizó el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y cuatro y dio lugar a sendas sentencias jurisdiccionales que culminaron con la Ejecutoria Suprema del veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, tal como se indica o fojas quinientos ocho de la sentencia penal de primera instancia

—dato de hecho que no ha sido objetado por el quejoso—; por tanto, es a partir de esa fecha —es obvio que durante la tramitación del proceso civil y hasta que no culminara no era posible promover la acción penal pues de acuerdo al artículo ochenta y cuatro del Código Penal estaba vigente una causal de suspensión del plazo de prescripción— que empieza a correr el plazo de la prescripción extraordinaria, en tanto que el delito de falsedad es de comisión instantánea y se consuma, en todo caso, cuando a sabiendas se utiliza el documento falso —un supuesto típico distinto de la confección, alteración o modificación falsaria del documento y que, asimismo, puede concurrir con él y ser perpetrado por el propio autor de la elaboración del documento falso o por un tercero—, el cual en el presente caso sustentó una demanda y dio lugar a una sentencia que consolidó el propósito criminal del agente —es de insistir que el uso de un documento falso es un delito de estructura instantáneo aunque sus efectos puedan prolongarse más allá, por lo que, en principio, el plazo de prescripción empezará a contarse desde el momento de su utilización—: que si cuenta el plazo desde el veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve hasta la fecha de la sentencia de vista del siete de agosto de dos mil seis ha transcurrido más de quince años, en tanto se calicó que el documento falso era de carácter público, por lo que la declaración de prescripción es legalmente correcta.

Sexto.- Que si bien es cierto que en el curso del procedimiento se dedujo una excepción de prescripción y, finalmente, este Supremo Tribunal la desestimó mediante Ejecutoria de fojas trescientos cuarenta y siete, del ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, bajo el argumento que con la partida de bautismo falsa promovió una serie de demandas civiles de desalojo en los años mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis, a partir de las cuales debe computarse el plazo de prescripción, es de precisar que la acusación fiscal delimitó el objeto procesal a la alteración de la partida de bautismo y su utilización en el proceso de contradicción de sentencia —dato que es compatible con las denuncias fiscales formalizadas de fojas cientos treinta y cinco y doscientos treinta y uno—, en consecuencia, es ese el marco de referencia bajo los precisos contornos del principio acusatorio, cuya esencia en virtud de su jerarquía constitucional debe respetarse en todo momento por el órgano jurisdiccional, de suerte que una resolución interlocutoria no puede, en esos estrictos ámbitos, definir anteladamente el contenido táctico y, luego, la apreciación jurídica del órgano de mérito cuando deba dictar sentencia, siempre que esté de por medio la vigencia de las garantías procesales constitucionalizadas.

Sétimo.- Que, por último, alega el quejoso que en el curso del procedimiento recursal solicitó la ampliación del objeto procesal y pidió la consiguiente nulidad del fallo de primera instancia; que, en principio, se trata de unas alegaciones extemporáneas que no guardan coherencia con los agravios expuestos en su recurso de apelación de fojas quinientos quince, que son los que en último caso determinan el principio de correlación que en la sentencia de apelación se circunscribe a responder los agravios objeto de la pretensión impugnatoria; que, por lo demás, el Tribunal Superior estimó que la acción penal había prescrito y, por ende no era del caso que por esos hechos continuará vigente la persecución penal; además, en armonía con el principio acusatorio, la introducción de cargos, en suma, la persecución del delito corresponde al Ministerio

Público –artículo ciento cincuenta y nueve numeral cinco de la Constitución– y es a ese órgano que en todo caso debió acudir la parte civil para instar la ampliación del auto de apertura de instrucción, de suerte que esa petición no ameritaba una decisión expresa del Tribunal con riesgo de incurrir en nulidad de actuaciones o de dictar un fallo como causante de incongruencia *citra petita*; que, por tanto, no se incurrió en causal de nulidad insanable que generó indefensión material al recurrente.

Octavo.- Que, dado el carácter general de la interpretación de los alcances del principio acusatorio contenidos en los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto, que en todo caso desarrollan y precisan su contenido esencial en armonía con la Sentencia del Tribunal Constitucional número dos mil cinco - dos mil seis - PHC/TC, del trece de marzo de dos mil seis, corresponde disponer su carácter de precedente vinculante, en aplicación a lo dispuesto en el apartado uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° novecientos cincuenta y nueve.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de queja excepcional interpuesto por la parte civil Percy Bellido Hurtado en representación de Comercial Inmobiliaria Santa Teresa Sociedad Anónima contra la resolución de fojas setecientos treinta y cuatro, del diecinueve de octubre de dos mil seis, que declaró improcedente el recurso de nulidad que promovió contra la sentencia de vista de fojas setecientos cinco, del siete de agosto de dos mil seis, que en un extremo confirmó la sentencia de primera instancia de fojas quinientos uno del cuatro de noviembre de dos mil dos, que sobreseyó la causa contra Hilda Bellido Hurtado por delito contra la fe pública - falsedad genérica en su agravio y en otro revocó la referida sentencia en cuanto absolvió a la citada acusada por delito contra la fe pública - falsedad material en agravio del Estado y, reformándola, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada por ese delito y agraviada;

MANDARON se transcriba la presente ejecutoria al Tribunal de origen.

II. **DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto de la presente ejecutoria constituyen precedente vinculante; **ORDENARON** que este fallo se publique en el diario oficial *El Peruano* y se inserte en la página web del Poder Judicial; hágase saber y archívese.-

SS.

SALAS GAMBOA; SAN MARTÍN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRÍNCIPE TRUJILLO;
URBINA GANVINI

CASO: FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA

Realización de la audiencia de prisión preventiva sin la presencia del imputado (artículos 268 y 271 del Nuevo Código Procesal Penal)

- 1.- Casación : N° 01-2007
- 2.- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

Lima, veintiséis de julio de dos mil siete.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de norma procesal interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete –y no dos mil seis como erróneamente se ha consignado–, que revocando el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis, declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del incidente en primera instancia

Primero.- El señor Fiscal Provincial de Huaura mediante requerimiento de fojas ochenta y seis, del veinte de diciembre de dos mil seis, cursado al señor Juez de la Investigación Preparatoria de Huaura, solicitó se dicte la medida de coerción personal de prisión preventiva contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez, Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez, al amparo de los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, quienes tienen formalizada investigación preparatoria, el primero, por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O; y, las dos restantes, por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado.

Segundo.- El señor juez de la Investigación Preparatoria mediante decreto de fojas noventa y seis, del veintiuno de diciembre de dos mil seis señaló fecha para la audiencia de prisión preventiva. La audiencia se realizó al día siguiente sin la concurrencia de los imputados, pero con la asistencia de sus abogados defensores de confianza. Intervino en la audiencia el señor Fiscal Provincial requirente.

El debate se concretó en la posibilidad de realizar la audiencia de prisión preventiva sin la concurrencia de los imputados y sin antes haberse dictado o en su caso efectivizado mandato de detención preliminar. Contra el imputado Cavero Ramírez, previamente se había dictado mandato de detención preliminar –sin que haya podido concretarse–. Las encausadas Ramírez Ramos y Cavero Ramírez no han sido pasibles de tal medida provisionalísima porque el correspondiente requerimiento fiscal fue rechazado por el juez de la causa.

Tercero.- El señor juez de la Investigación Preparatoria, en ese acto, dictó el auto corriente a fojas ciento tres que declaró infundado el pedido de la Fiscalía Provincial de realización de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, sin presencia de los imputados.

Contra esa resolución recurrió la citada Fiscalía Provincial por escrito de fojas ciento seis y el actor civil por escrito de fojas ciento trece. Ambas impugnaciones fueron concedidas.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Cuarto.- El Superior Tribunal por resolución de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de enero de dos mil siete, señaló fecha para la audiencia de apelación. Esta se realizó, conforme al acta de fojas ciento cuarenta y cinco, del veintiséis de enero de dos mil siete, con la intervención del Fiscal Superior, el abogado defensor de oficio del imputado, la defensora de confianza de las encausadas, y la asistencia de estas últimas: Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez. En la audiencia se expidió tanto el auto de fojas ciento cuarenta y siete, del veintiséis de enero de dos mil siete, que declaró inadmisibles la apelación del actor civil, cuanto el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, de la misma fecha, que absolvió el grado.

Quinto.- El auto de vista recurrido en casación, por mayoría, revocó la resolución del juez de la Investigación Preparatoria que declaró infundado el pedido del fiscal para la realización de la audiencia de prisión preventiva; y, reformándola, lo declaró improcedente. Preciso, a su vez, que el señor fiscal puede instar la prisión preventiva en su debida oportunidad con arreglo a ley.

El voto singular estimó, en principio, la procedencia del pedido del Ministerio Público, pero como no se había notificado a las partes en forma oportuna, debía anularse la resolución de primera instancia y disponerse que el juez de la Investigación Preparatoria realice nueva audiencia de prisión preventiva con el emplazamiento oportuno a las partes.

III. Del trámite del recurso de casación de la señora Fiscal Adjunta Superior

Sexto.- Notificado el auto de vista, la señora Fiscal Adjunta Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento setenta. Introdujo dos motivos de casación: errónea interpretación de la ley penal y defecto de logicidad. Concedido el recurso por auto de fojas ciento setenta y ocho, del quince de febrero de dos mil siete, y presentados argumentos adicionales por escrito de fojas ciento noventa y tres, aceptados por resolución de fojas doscientos uno, del veintiuno de febrero de dos mil siete, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha siete de marzo de dos mil siete.

Sétimo.- Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del diecisiete de mayo de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, solo admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de norma procesal –previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve

del Nuevo Código Procesal Penal–, así como declaró inadmisibile el citado recurso por el motivo de defecto de legicidat.

Octavo.- Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Noveno.- Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaria de la Sala el día seis de agosto próximo a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas catorce, del cuaderno de casación, del diecisiete de mayo de dos mil siete, el único motivo de casación admitido es el de inobservancia de norma procesal. Al respecto, la señora Fiscal Adjunta Superior sostiene en sus recursos formalizados de fojas ciento setenta y ciento noventa y tres –más allá de su confusa argumentación– que no es necesario para requerir prisión preventiva que antes se haya solicitado y obtenido mandato de detención preliminar; que los presupuestos materiales del pedido de prisión preventiva no incorporan la necesidad de que el imputado esté presente o haya sido previamente detenido; y, que lo único consustancial a la audiencia de prisión preventiva es que se garantice el derecho de defensa.

Segundo.- El auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

- A. Que el Fiscal Provincial requirió la medida de detención preliminar contra el imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez el dieciocho de noviembre de dos mil seis, la cual fue concedida ese mismo día por el Juez de la Investigación Preparatoria. Con fecha catorce de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra el citado imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O. y contra Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado, no obstante que el día anterior había requerido contra las dos últimas mandato de detención preliminar y que había sido rechazado. El veinte de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial solicitó al juez de la Investigación Preparatoria mandato de prisión preventiva para los tres imputados –que no fue aceptado–, y con fecha nueve de enero de dos mil siete formuló acusación contra los tres encausados, sin que al dictar la primera Disposición haya ordenado la realización de diligencias de investigación.
- B. Que, ahora bien, conforme al artículo doscientos sesenta y cuatro apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal, para que el fiscal requiera prisión preventiva el imputado debe encontrarse detenido –en flagrancia por la Policía, arresto ciudadano o preliminarmente por orden judicial–.

- C. Que contra el imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez, el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal Provincial, dictó mandato de detención preliminar, pero no se efectivizó, al punto que el citado encausado se fugó al extranjero. Contra las encausadas Anyela Cinthia Cavero Ramírez y Margarita Ramírez Ramos, el fiscal también solicitó mandato de detención preliminar, pero fue rechazado por el juez de la Investigación Preparatoria, mediante resolución que no fue impugnada por el fiscal requirente.
- D. Que para que se requiera prisión preventiva por primera vez es necesario que el imputado esté detenido por la Policía mediando flagrancia o por orden de detención preliminar del juez. Además, la audiencia de prisión preventiva se debe celebrar con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor. Si bien el artículo doscientos setenta y uno apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal establece que cuando el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el de oficio, debe entenderse que tiene que encontrarse detenido y en esa condición negarse a concurrir a la audiencia. Distinta es la situación –insiste el Tribunal de Apelación– cuando ya existe formalización de la investigación preparatoria y al imputado se le ha impuesto medida de comparecencia, en cuyo caso se podrá solicitar la diligencia de variación de dicha medida por la de prisión preventiva. Además –entiende el Tribunal Superior–, si se rechazó la medida de detención preliminar o no se solicitó medida alguna contra un imputado ya no se puede requerir mandato de prisión preventiva al no tener la condición de detenido, solo puede instarse la medida de comparecencia restrictiva o impedimento de salida del país.

Tercero.- La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida; y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, variarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris*. Por lo demás, la denominada “casación formal o por quebrantamiento de forma” está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes.

Por consiguiente, para el análisis del recurso se tiene lo siguiente:

- A. Que el Fiscal Provincial había iniciado diligencias preliminares a raíz de un secuestro y ulterior abuso sexual violento que sufrió la menor R.K.R.O., de dieciséis años de edad, en la que comprendió tanto a Jimmy Edinho Cavero Ramírez, sindicado como el secuestrador y agresor sexual, cuanto a Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez, por proporcionar a sabiendas versiones falsas para confundir a la justicia acerca del paradero del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez.
- B. Que, en sede de diligencias preliminares, el fiscal solicitó la medida de detención preliminar contra los tres imputados, pero el juez de la Investigación Preparatoria

solo aceptó dictarla contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez, orden que finalmente no se efectivizó, al punto que el citado encausado pudo huir hacia la Argentina.

- C. Que, posteriormente, el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra los tres inculpados, luego requirió mandato de prisión preventiva –objeto de recurso de casación– y, finalmente, formuló acusación contra los tres.
- D. Que a la audiencia de prisión preventiva, en primera instancia, no asistieron los encausados –imposible de parte del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez por haber huido a la Argentina– pero sí sus abogados de confianza. En la audiencia de apelación asistieron las encausadas por delito de falsedad en juicio, el abogado defensor de oficio del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez y la abogada de confianza de las otras dos inculpadas. En ambas audiencias el debate se circunscribió a la posibilidad legal de solicitar la prisión preventiva y al debido u oportuno emplazamiento de las dos encausadas.

Cuarto.- La medida de coerción personal de prisión preventiva está regulada en el Título III de la Sección III del Libro Segundo del Nuevo Código Procesal Penal. Concretamente, los presupuestos materiales y formales, que determinan su imposición, a la vez que el trámite para dictarla, están previstos en el Capítulo I del referido Título, que consta de cuatro artículos: del doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno.

No constituye presupuesto material de dicha medida personal, como claramente fluye del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención, en cualquiera de sus modalidades. La ley solo exige implícitamente, por la propia naturaleza de una medida de coerción procesal de intensa limitación de derechos fundamentales, de presupuestos materiales más rigurosos, y de efectos temporales más intensos, como es la prisión preventiva, que solo pueden tener lugar en los ámbitos de una investigación preparatoria formal, vale decir, que se haya dictado la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria a que hace referencia el artículo trescientos treinta y seis del Nuevo Código Procesal Penal (solo por esa circunstancia es lógico que el artículo doscientos sesenta y cuatro, apartado uno, del Nuevo Código Procesal Penal, insista que luego de la detención policial de oficio o preliminar judicial el pedido de prisión preventiva está condicionada a la “(...) continuación de las investigaciones (...)”, esto es, como no puede ser de otra forma, a la mencionada Disposición fiscal); y, además, para que el fiscal pueda obtener una decisión favorable del juez de la Investigación Preparatoria, se debe probar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el apartado uno, y en su caso el dos, del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal. No existe, ni puede configurarse pretoriana o judicialmente, presupuesto adicional, al que dicha norma prevé.

Por consiguiente, el imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones procesales. Así, puede estar detenido policialmente en los supuestos de flagrancia delictiva o por previo arresto ciudadano o detenido preliminarmente por orden judicial, conforme a los artículos doscientos

cincuenta y nueve, doscientos sesenta y doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, puede encontrarse, de facto, en la condición de no habido –sea que se hubiera fugado antes de ser capturado en flagrancia por la policía o que esta, pese al mandato judicial de detención preliminar, no haya podido capturarlo– o sin medida coercitiva personal alguna porque el fiscal no la solicitó ante el juez de la Investigación Preparatoria, sea por la razón que fuere.

Quinto.- El Tribunal de Alzada, como fluye del auto recurrido, traza una vinculación estricta entre detención y prisión preventiva, y a partir de ese entendimiento estima que es imprescindible a la prisión preventiva –y condición para su imposición– la medida de detención, de suerte que si esta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, no es posible solicitar aquella y menos concederla.

Ese entendimiento no es correcto. La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima –caracterizada por su brevedad y su limitación temporal– de naturaleza estrictamente cautelar –evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia– y dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables –por ejemplo, y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses–, amén de sustentada en supuestos notorios de evidencia delictiva, tales como la flagrancia, o, según el caso, razones plausibles de comisión delictiva (sospechas o indicios concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito); no es, en principio, un medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva.

La prisión preventiva, como fluye de las normas antes citadas, es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo). Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un periodo de tiempo más lato, a requisitos más exigentes –cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él–, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican –sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y de motivación–.

Siendo así, tal y como está prevista la detención en el Título II de la Sección III “Las medidas de coerción procesal”, responde tanto a la necesidad imperiosa de poner fin a la ejecución de un delito o hacer cesar sus efectos lesivos inmediatos, como a la urgencia de garantizar la presencia judicial del imputado –evitando su fuga– y de realizar con el concurso de aquellos actos de investigación y de aseguramiento inaplazables –carácter adicional de erigirse en un acto de investigación indirecto–. En consecuencia,

esta medida cautelar personal y provisionalísima será o no necesaria según las características y entidad del caso concreto, y su pedido judicial –detención preliminar y, de ser el caso, ulterior convalidación extensiva, a que hace referencia el artículo doscientos sesenta y seis del Nuevo Código Procesal Penal– corresponderá exclusivamente a la estrategia y planteamiento de la investigación que autónomamente, y bajo su responsabilidad, decida el Fiscal Provincial.

Sexto.- Es cierto, desde luego, que una vez que se detenga policialmente a una persona –ver artículos doscientos cincuenta y nueve y doscientos sesenta apartados dos del Nuevo Código Procesal Penal– o cuando el juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del fiscal, **dicte y se ejecute** una medida de detención preliminar –ver artículo doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal–, el régimen legal o situación jurídica del imputado y de las diligencias preliminares –dada la limitación del derecho fundamental a la libertad personal– están severamente circunscriptas y sometidas a reglas de procedimiento específicas, a tenor de los artículos doscientos sesenta y cuatro y siguientes del Nuevo Código Procesal Penal –que incluso puede dar lugar a un pedido de convalidación de la detención, a su extensión temporal, conforme al artículo doscientos sesenta y seis–. Sin embargo, ello no da pie a inferir que siempre es del caso pedir detención preliminar en aras, luego, de instar la prisión preventiva; y, menos, que si se intenta esa medida provisionalísima y el juez no la acepta, está vedado requerir la medida de prisión preventiva en una oportunidad posterior de incorporarse –claro está– más elementos de investigación o de prueba en orden a los presupuestos que la condicionan –artículo doscientos cincuenta y cinco apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal–. Como se ha indicado, el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que regula los presupuestos materiales para dictar dicha medida provisional personal, no lo impone, ni por su propia lógica institucional podía hacerlo.

Sétimo.- La audiencia de prisión preventiva, regulada por los apartados uno y dos del artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, prevé varias exigencias para que pueda emitirse válidamente un mandato de prisión preventiva o, alternativamente, una medida de comparecencia restrictiva o simple –ver apartado cuatro–. Son: a) requerimiento o solicitud del Ministerio Público; b) realización de la audiencia de prisión preventiva dentro del plazo legal de las cuarenta y ocho horas siguientes a su requerimiento; y, c) concurrencia a la audiencia del fiscal requirente, del imputado y de su defensor –si no asiste el defensor de confianza o el imputado no lo tiene se le reemplaza en el acto o interviene el defensor de oficio–.

Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: “(...) Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso”. No es, pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado–, o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido (con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional –en cuanto acceso al proceso– y se afirma,

a su vez, la garantía de defensa procesal). Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad material del juez para emplazarlo– o porque, sencillamente, no quiere hacerlo –en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal–, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio.

Lo expuesto permite entender en su justo alcance: (i) la situación del imputado previa al pedido de prisión preventiva –puede estar o no detenido–, (ii) los presupuestos para la expedición de la resolución de citación para la realización de la audiencia respectiva –el juicio de admisibilidad está condicionado a la existencia de un imputado en estricto sentido, que contra él se haya dictado una Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria–, y (iii) las exigencias para la propia instalación y desarrollo de la audiencia –citación debida, presencia obligatoria del fiscal y del abogado defensor, y, en caso de ausencia del imputado, constatación previa de una situación de inasistencia voluntaria por razones derivadas de su actitud anterior a la convocatoria a la audiencia (ausencia, contumacia, fuga o no presencia pese a su emplazamiento a los actos de investigación) o como consecuencia de una decisión, intencional o negligente, de inconcurrencia ante la citación judicial–.

Octavo: En virtud de lo precedentemente expuesto, es de concluir que el Tribunal de Alzada, al igual que el juez de la Investigación Preparatoria, inobservaron las exigencias establecidas por el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal y tergiversaron los alcances de los artículos doscientos sesenta y uno y doscientos sesenta y cuatro del mismo Código en relación con la norma anteriormente citada [el Tribunal de Apelación, incluso, asumió la existencia de un presupuesto formal del pedido de prisión preventiva: el previo mandato ejecutado de detención preliminar, sin base legal que lo ampare]. Sobre esa consideración, el juez de la Investigación Preparatoria limitó indebidamente el ámbito de la audiencia de prisión preventiva y no decidió sobre el fondo del asunto, sin dar pie además, pese a ser el objeto central de la misma, a un debate oral sobre el mérito del requerimiento fiscal. Por ello, y como hace falta realizar en forma la audiencia de prisión preventiva con las citaciones correspondientes, la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente –artículo cuatrocientos treinta y tres apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal–.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de norma procesal –artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Nuevo Código Procesal Penal– interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista que revocando el auto de primera instancia declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva. En consecuencia: **NULO** el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete, e **INSUBSISTENTE** el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis.

- II. **ORDENARON** que el juez de la Investigación Preparatoria realice la audiencia de prisión preventiva y, cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una resolución sobre el fondo del asunto.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.
- IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

SS.

SALAS GAMBOA; SAN MARTÍN CASTRO; PRÍNCIPE TRUJILLO; CALDERÓN CASTILLO;
URBINA GANVINI

CASO: LUIS ALBERTO CELIS CHECA

No procede la variación del mandato de detención cuando el reo es declarado ausente

- 1.- R.N. : N° 862-2012
- 2.- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
- 3.- Procedencia : Lima
- 4.- Antecedentes:

Lima, veinticuatro de enero de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado Luis Alberto Celis Checa contra la resolución de vista de fojas ciento cincuenta, del seis de diciembre de dos mil diez, que declaró improcedente la variación del mandato de detención por el de comparecencia formulado por el recurrente; en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado, en agravio de Paulino Cayo Ccoriñaupa y otros; interviniendo como ponente el señor juez supremo Villa Stein; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, la defensa técnica del procesado Luis Alberto Celis Checa en su recurso de nulidad fundamentado a fojas ciento cincuenta y siete, invoca el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal de mil novecientos noventa y uno, señalando que una persona se encuentra limitada cuando está sujeta a una regla de aseguramiento de su presencia en el proceso penal, como es la detención, no aludiendo la norma a que primero deben cumplirse efectivamente los meses de encierro sin sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente número dos mil novecientos quince guión dos mil cuatro guión HC/TC donde el referido órgano se refiere al plazo de detención, mas no el tiempo que efectivamente el procesado pueda o no estar detenido, habiéndose interpretado el citado artículo en la forma mas dañosa a los derechos del encausado; agrega que el mandato de detención en sí y por sí, independientemente que se haya hecho o no efectivo, constituye una carga para el procesado, su familia, y su desarrollo personal: finalmente refiere que la medida de detención se dictó solamente con el atestado policial y la formalización de la denuncia, sin evaluarse las condiciones, calidades y cualidades personales, no habiendo meritado que en estos más de cuatro años en los que recae sobre él mandato de detención, se ha limitado a proteger su libertad, sin realizar acciones o actos procesales tendientes a perturbar la acción de la justicia. **Segundo.-** Que, a manera de introducción cabe precisar que es facultad del juzgador ordenar la restricción o limitación de la libertad de una persona siempre y cuando se cumplan con los requisitos que la ley procesal establece, estas limitaciones se dan a través de las llamadas medidas cautelares personales o coercitivas o de aseguramiento que en esencia constituyen medidas judiciales, que tienen por finalidad garantizar la presencia del imputado al proceso penal y la efectividad de las sentencias; postura que es sostenida por Gimeno Sendra, quien señala que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, la etapa instructoria puede dilatarse en términos de tiempo durante el cual el imputado podría ocultarse a la actividad

de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia, para garantizar estos efectos o la ejecución de la parte dispositiva de la “sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares” (GIMENO SENDRA V. *Proceso penal*. T. II, página trescientos cincuenta y tres); además, es menester precisar que dichas medidas deben sustentarse en los principios de excepcionalidad, provisionalidad, taxatividad, proporcionalidad, razonabilidad y reformabilidad. **Tercero.**- Asimismo, la parte *in fine* del artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal (mil novecientos noventa y uno), permite que el juez revoque el mandato de detención previamente ordenado, cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de los pruebas que dieran lugar a la medida: en este entender, la solicitud de variación del mandato de detención debe fundarse en la actuación de nuevos elementos probatorios o hechos que cuestionen esencialmente o enerven los argumentos -suficiencia probatorio que inicialmente existió sobre el delito y el nexo de causalidad con su presunto autor y que justificaron su imposición; además el artículo ciento treinta y siete del referido cuerpo normativo establece los plazos máximos en que un procesado puede permanecer privado de su libertad ambulatoria. **Cuarto.**- En este contexto, de la revisión de autos se puede advertir que el recurrente pretende la variación de su mandato de detención alegando vencimiento del plazo, de detención; sin embargo, se debe señalar que el referido encausado tiene la condición de reo ausente, es decir, no ha existido en contra de él privación efectiva de libertad individual; por lo que no ha cumplido con el presupuesto procesal establecido en el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal –permanecer privado de su libertad ambulatoria–; asimismo, no se aprecian nuevos elementos probatorios que permitan amenegar o poner en cuestión los elementos que vinculan a este encausado con el ilícito penal investigado e imputado; sobre todo si se aprecia que se encuentra con dictamen acusatorio con un pedido de sanción de años de pena privativa de libertad, calificando los hechos como delitos de lesa humanidad, obrando declaraciones testimoniales que justifican el fáctum de imputación –véase fojas ciento dieciocho–; a mayor abundamiento, se tiene que con relación al peligro procesal permita concluir razonablemente que el encausado obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización o perturbar la actividad probatoria) o rehúya a la acción de la justicia (peligro de fuga), el recurrente se ha mostrado renuente a ponerse a disposición de la justicia; en consecuencia debe reiterar la desestimación a lo solicitado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas ciento cincuenta, del seis de diciembre de dos mil diez, que declaró improcedente la variación del mandato de detención por el de comparecencia formulado por Luis Alberto Celis Checa; en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado, en agravio de Paulino Cayo Ccoriñaupa y otros; con lo demás que contiene y es materia de recurso; y los devolvieron.- VILLA STEIN; PARIONA PASTRANA; SALAS ARENAS, BARRIOS ALVARADO; TELLO GIRALDI



Índice general

Índice general

Dedicatoria.....	5
Agradecimiento.....	7
Prólogo.....	9

CAPÍTULO I **Finalidad y principios rectores**

Introducción	13
I. Finalidad.....	17
II. Principios rectores que orientan las medidas cautelares restrictivas de la libertad individual	19
1. Motivación de las resoluciones judiciales	21
2. Principio de legalidad	29
3. Principio de proporcionalidad.....	33
3.1. Idoneidad.....	36
3.2. Necesidad	37
3.3. Subsidiariedad.....	38
3.4. Proporcionalidad en sentido estricto	38
4. Principio de provisionalidad	40
5. Principio de jurisdiccionalidad	43
6. Principio de variabilidad o reformabilidad	45
7. Principio de excepcionalidad.....	46
8. Principio de presunción de inocencia	47

CAPÍTULO II **Derechos fundamentales y medidas cautelares**

I. Aspectos generales	53
-----------------------------	----

CAPÍTULO III

Clasificación

I.	La detención policial	61
1.	La flagrancia delictiva.....	63
2.	La flagrancia delictiva y el Tribunal Constitucional.....	65
3.	La flagrancia delictiva y su relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio	68
II.	El arresto ciudadano	72
III.	La detención preliminar judicial	76
1.	El plazo de la detención preliminar	80
2.	Convalidación de la detención.....	85
IV.	Detención preliminar comunicada	86

CAPÍTULO IV

La prisión preventiva

I.	Naturaleza jurídica	91
II.	Los presupuestos materiales.....	95
III.	Factores externos al peligro procesal	114
IV.	Audiencia de prisión preventiva.....	118
V.	Prolongación de la prisión preventiva.....	119
VI.	El plazo razonable en la prisión preventiva	124
VII.	La cesación de la prisión preventiva	129

CAPÍTULO V

La comparecencia

I.	Naturaleza jurídica	133
II.	Comparecencia simple	134
III.	Comparecencia con restricciones.....	134
IV.	La caución	135
V.	La detención domiciliaria.....	136
VI.	Impedimento de salida del país	144

CAPÍTULO VI
Hábeas corpus

I.	La evolución histórica del hábeas corpus en el Perú.....	149
II.	Clasificación o tipología del hábeas corpus	154
III.	Las actuaciones del Ministerio Público pueden ser reguladas a través del hábeas corpus	158
	1. La función del Ministerio Público conforme a nuestra legislación vigente.....	158
	2. Las funciones del Ministerio Público conforme al nuevo Código Procesal Penal de 2004	159
IV.	Las actuaciones y/o decisiones del Ministerio Público pueden ser controladas en sede constitucional	161

ANEXO I

**Precedentes vinculantes en materia procesal penal
emitidos por el Tribunal Constitucional**

De conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional

•	CASO: GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE Plazo razonable de la detención en relación con los graves crímenes y violaciones de los derechos humanos.....	173
•	CASO: MIGUEL CORNELIO SÁNCHEZ CALDERÓN Criterios para determinar la razonabilidad de la detención judicial.....	183
•	CASO: ENRIQUE JOSÉ BENAVIDES MORALES Conducta obstruccionista por parte del imputado	190
•	CASO: EVA ROSARIO VALENCIA GUTIÉRREZ Duplicación del plazo de duración de la detención.....	192
•	CASO: ALÍ GUILLERMO RUIZ DIANDERAS Alcances sobre la duración de la detención policial	196

ANEXO II

Doctrina jurisprudencial vinculada con las medidas cautelares personales emitida por el Tribunal Constitucional

- CASO: FLORENCIO CHÁVEZ ABARCA
La simple cercanía del lugar donde se está realizando el hecho delictivo no es por sí misma un elemento que configure la flagrancia delictiva 211
- CASO: MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS
La naturaleza constitucional del mandato de detención y su relación con el principio de presunción de inocencia 216
- CASO: LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO
Criterios de valoración de los presupuestos de la detención y su relación con el principio del *in dubio pro reo* 277
- CASO: VLADIMIR CARLOS VILLANUEVA
La reincidencia sí puede ser tomada en cuenta para determinar el peligro procesal 281
- CASO: FREDDY DANIEL ZEVALLOS LÓPEZ
Invalidez de la detención ordenada por órganos administrativos..... 284
- CASO: MOISÉS WOLFENSON WOLOCH WOLOCH
La naturaleza del arresto domiciliario 286
- CASO: PABLO MAMANI PARI
La revocación del mandato de comparecencia exige emitir previamente una resolución que requiera al procesado el cumplimiento de las reglas de conducta..... 311
- CASO: LILIANA VANESSA BUSTAMANTE DÍAZ
Una persona solo puede ser detenida cuando medie una requisitoria judicial 317
- CASO: LUZ EMÉRITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Definición de domicilio, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la flagrancia delictiva al interior del domicilio..... 320
- CASO: EVA BRACAMONTE FEFER
La debida motivación de las resoluciones judiciales que dictan mandato de detención..... 330

ANEXO III

Circulares administrativas emitidas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y directivas de la Fiscalía de la Nación

- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 325-2011-P-PJ
Circular sobre la prisión preventiva 341
- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 029-2011-SP-CS-PJ
Precisan y establecen disposiciones sobre la medida de detención domiciliaria en el proceso penal..... 348
- RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN N° 3182-2013-MP-FN
Aprueban Directiva N° 002-2013-MPFN “Actuación fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal de 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076” 351
- DIRECTIVA N° 002-2013-MP-FN
Actuación fiscal en el procedimiento de prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal de 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076..... 353

ANEXO IV

Casaciones vinculantes emitidas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia

- CASO: KAREN HAPUC CHAMBA TABOADA
La interpretación teleológica y sistemática que suspende los efectos de la Ley N° 29499, que establece la vigilancia electrónica personal, y su vigencia respecto a la modificación del último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal..... 359
- CASO: CANOS ANTONIO TABOADA TOLENTINO
La aplicación de la vigilancia electrónica personal..... 367
- CASO: NORMA SOLEDAD RIVA REÁTEGUI Y OTRO
Principio de imputación necesaria..... 375

ANEXO V

**Doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia
en materia procesal penal**

- CASO: PERCY BELLIDO HURTADO
Principio acusatorio, sobreseimiento y prescripción de la acción
penal 399
- CASO: FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA
Realización de la audiencia de prisión preventiva sin la presencia del
imputado (artículos 268 y 271 del Nuevo Código Procesal Penal)..... 404
- CASO: LUIS ALBERTO CELIS CHECA
No procede la variación del mandato de detención cuando el reo es
declarado ausente 413

- Índice general..... 417

