

Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*

ARSENIO ORÉ GUARDIA

Profesor de Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Asociado del Estudio Oré Guardia.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL. II. LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LA CRISIS DEL PROCESO PENAL Y DE LA RESPUESTA CORRECTIVA DEL ESTADO. III. MODELOS DE COERCIÓN PERSONAL 3.1. *El modelo garantista*, 3.2. *El modelo eficientista*, 3.3. *El modelo preventivista radical*. IV. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA COERCIÓN PERSONAL. V. PRINCIPIOS 5.1. *Principio de necesidad*, 5.2. *Principio de legalidad*, 5.3. *Principio de proporcionalidad*, 5.4. *Principio de prueba suficiente*, 5.5. *Principio de provisionalidad*. VI. OPCIÓN POLÍTICO CRIMINAL. VII. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL. 7.1. *Motivación de la coerción personal*, 7.2. *Aplicación temporal de la ley procesal penal en materia de coerción personal*, 7.3. *El peligro procesal*, 7.4. *Plazo de la prisión provisional*, 7.5. *Detención domiciliaria*. VIII. REFLEXIÓN FINAL.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

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

Y es que es en el marco del proceso penal donde se puede observar con mayor claridad el grado de injerencia del Estado sobre la libertad de las personas, ya sea para asegurar la viabilidad del proceso o para garantizar la ejecución de la sentencia. En esa medida, la coerción personal constituye un instrumento, hasta el día de hoy, necesario para alcanzar los fines del proceso penal (y con ello, del Derecho penal en su conjunto)¹, aunque su determina-

* El presente trabajo recoge, en gran medida, lo expuesto por el autor el día 18 de mayo de 2006 a propósito del evento denominado «Derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

1. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 510 y ss. Sostiene lo siguiente: «Debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra».

ción y aplicación se ve limitada por aquel marco básico de principios reconocidos en las normas constitucionales.

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

II. LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LA CRISIS DEL PROCESO PENAL Y DE LA RESPUESTA CORRECTIVA DEL ESTADO

Desde una perspectiva funcional, el Derecho busca resolver un problema social². Así, en estricto, la existencia del proceso penal se funda en su capacidad de organización social a través de la (re) solución de conflictos derivados de hechos calificados o no como criminales³. En nuestro país, el proceso penal actual no constituye un medio adecuado para alcanzar tal objetivo: es un modelo colapsado que no satisface las expectativas sociales ni cumple las exigencias del artículo 44 de la Constitución; disposición que establece que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad⁴.

3. Ya sea sancionando hechos criminales o absolviendo imputaciones carentes de fundamentos. O también, aunque se haya cometido un hecho criminal, la sanción puede resultar no necesaria (por ejemplo, cuando haya prescrito la acción penal o cuando resulte pertinente la aplicación del principio de oportunidad).
4. Como lo expresara el Juez de la Corte Interamericana de DDHH, Sergio García Ramírez, «en el despacho de la justicia penal —o de la injusticia penal— existe un amplio contingente de violencias sólo comparables, acaso, con las consumadas por los delincuentes: existe un curso paralelo entre la historia del crimen y la de las reacciones ideadas para combatirlo, generalmente bajo el nombre de justicia penal» Voto Razonado. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 3771-2004-HC/TC (Caso Cornelio Sánchez), que «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». (Fundamento N.º 28)

Entre las medidas que se han venido asumiendo para corregir esta penosa situación del proceso penal, tenemos: en el plano legislativo, la publicación de un nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004); en lo judicial, la emisión de interesantes sentencias por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República (muchas de ellas con efecto vinculante), así como la realización de plenos jurisdiccionales; y, por último, en el ámbito constitucional, la emisión de elogiabiles resoluciones que dictó el Tribunal Constitucional. A todas ellas me referiré, de forma resumida, en las siguientes líneas.

En primer lugar la reforma procesal penal. Han sido varios los intentos de reforma al proceso penal⁵; actualmente estamos asistiendo a la aplicación –paulatina– del nuevo Código Procesal Penal iniciado en julio de este año en el Distrito Judicial de Huaura (conforme a la Ley 28671 del 30 de enero de 2006). Es importante que este nuevo orden rituario trascienda de la simple formulación legal, y así contrastar su viabilidad práctica.

En el ámbito judicial las Cortes Superiores y la Corte Suprema han establecido importantes criterios para la aplicación de diversas instituciones del proceso penal a través de los Plenos Jurisdiccionales, entre ellos:

- En el Pleno Jurisdiccional de 1997 (Arequipa) donde se determinó, entre otros, que el mandato de detención es procedente sólo cuando se cumplan los tres requisitos exigidos por el artículo 135 del Código Procesal Penal⁶, y que en caso se enervan alguno de estos requisitos se sustituye por la comparecencia. Asimismo se estableció que la prolongación del plazo de la detención preventiva está condicionada al cumplimiento de a) especial dificultad o especial prolongación de la investigación; y b) ausencia de peligro de que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

- En el Pleno Jurisdiccional de 1998 (Ica) se acordó, entre otros temas, la no exigencia del pago de la caución para excarcelar al imputado o levantar

5. Al respecto, vid ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Panorama del proceso penal peruano*. En: Suplemento Especial del Diario Oficial El Peruano del 14 de julio de 2004.

6. Los requisitos par dictar mandato de detención preventiva, según el artículo 135 del Código Procesal Penal modificado por Ley 28726 (Publicado el 8 de mayo de 2006), 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 o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito y 3) Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. Hasta antes de la modificatoria, y al momento de acordado el Pleno Jurisdiccional, el inciso 2 del artículo 135º del Código Procesal Penal decía lo siguiente: 2) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

las órdenes de captura dictadas en su contra. Asimismo se acordó proponer la modificación del proceso sumario a fin de instaurar el juicio oral.

- En el Pleno Jurisdiccional de 1999 (Iquitos) se trataron temas relacionados a la usurpación y ministración provisional, ejecución penal, delitos contra la libertad sexual, la reparación civil y el ejercicio privado de la acción penal.

- En el Pleno Jurisdiccional de 2000 (Chiclayo) se acordó que el principio de proporcionalidad de la pena es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Así también se acordó que la revocación del mandato de detención previsto en el artículo 135 del Código Procesal Penal es distinta a la libertad provisional del artículo 182 del Código Procesal Penal, aun cuando ambas tienen el mismo efecto de excarcelar al procesado⁷.

- En el Pleno Jurisdiccional de 2004 (Trujillo) se acordó, entre los aspectos más relevantes, que el plazo razonable de la detención preventiva resulta razonable en tanto se consoliden con la actividad probatoria los supuestos que sustentan el mandato de detención, caso contrario el juez de oficio, debe variar dicha medida por ser favorable al imputado; que el arresto domiciliario sólo es una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva; y asimismo, el tiempo del arresto domiciliario no se deberá computar para reducir la pena privativa de la libertad impuesta. De otro lado, la desvinculación de la correlación entre acusación y sentencia constituye una modificación de la calificación jurídico penal. La posibilidad que tiene la Sala para plantear la modificación de la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación es hasta antes de la sentencia, debiendo observarse plenamente la contradicción. También se abordó el tema de la prueba prohibida y prueba ilícita, y otros más.

Asimismo la Corte Suprema ha emitido valiosas sentencias que constituyen precedentes vinculantes, como las siguientes:

-
7. El último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal establece que «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». Por su parte el artículo 182 del Código Procesal Penal señala: «El procesado que se encuentra cumpliendo detención podrá solicitar libertad provisional, cuando nuevos elementos de juicio permitan razonablemente prever que: 1) La pena privativa de libertad a imponérsele no será mayor de cuatro años, o que el inculpado esté sufriendo una detención mayor a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Fiscal en su acusación escrita, 2) Se haya desvanecido la probabilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria, 3) Que el procesado cumpla con la caución fijada o, en su caso, el insolvente ofrezca fianza personal».

- Recurso de Nulidad N.º 1766-2004 (21 de septiembre de 2004) respecto del artículo 5 de la Ley 28122⁸ «Ley que regula la terminación anticipada del proceso en caso de confesión sincera». En esta sentencia se dejó en claro que la ley en referencia regula dos instituciones distintas, la conclusión anticipada de la instrucción (artículos 1 a 4) y la conclusión anticipada del juicio oral (artículo 5).

- Recurso de Nulidad N.º 224-2005 (21 de abril de 2005) respecto a los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción —o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos—, y el pleno cumplimiento del artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959 (Publicado el 17 de agosto de 2004).

- Recurso de Nulidad N.º 948-2005 (7 de junio de 2005) donde se estableció que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Ésta se determina en función al daño ocasionado por el delito.

- Recurso de Nulidad N.º 1538-2005 (20 de junio de 2005) respecto a la no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

En el ámbito constitucional: el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias que asumen correctivos respecto a instituciones del proceso penal. El tema no es del todo pacífico, pero nos ayuda a delimitar los márgenes por los que debe discurrir el *ius puniendi* estatal. Por ejemplo, a través de los procesos constitucionales (Hábeas Corpus, Amparo, Acciones de Inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional ha precisado con acierto que:

a. La tutela constitucional no solamente comprende a la detención, sino también a otras medidas menos aflictivas como por ejemplo la comparecencia, el impedimento de salida del país, cuando éstas se dictan sin cumplir los presupuestos legales necesarios. Así: «...en la medida en que el mandato de comparecencia proviene de un proceso penal irregular por las razones antes señaladas, el acto reclamado también constituye una amenaza cierta e inminente al derecho a la libertad del beneficiario...». (Sentencia recaída en el Expediente N.º 1011-2000-HC/TC. Caso Franciso Errázuriz Talavera. Fundamento jurídico - (F. J)– N.º 3. Publicada el 5 de febrero de 2002).

b. El debido proceso es una institución que comprende tanto su aspecto formal como sustantivo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconoci-

8. Publicado el 16 de diciembre de 2003.

do la dimensión sustantiva del debido proceso, en algunos casos sin hacer referencia expresa al tema, por ejemplo en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1091-2002-HC/TC (Caso Vicente Silva Checa. F. J. N.º 8. Publicada el 16 de agosto de 2002) en donde se expresó que «En la medida en que la detención judicial preventiva...es en esencia una medida cautelar...la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen». En otros casos la referencia ha sido explícita, así por ejemplo en la sentencia recaída en el expediente N.º 1223-2003-AA/TC (Caso Carlos Guffanti Medina. F.J. N.º 3, literal d. Publicada el 3 de diciembre de 2003) donde se expuso que «aunque no se está pronunciando respecto de la procedencia del recurso de casación interpuesto, ya que tal merituación sólo ha de corresponder a las autoridades jurisdiccionales competentes, considera que una decisión sancionatoria, como la aplicada inobjetablemente, desnaturaliza la idea de un debido proceso, entendido ya no sólo en términos formales, sino también sustantivos».

Además, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el debido proceso comprende a la etapa pre-judicial, esto es, a la investigación policial y fiscal; así expuso que «la exigencia de su efectivo respeto (del debido proceso) no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. (Sentencia recaída en el expediente N.º 2521-2005-PHC/TC. Caso César Gonzales Arribasplata. F. J. N.º 5. Publicada el 16 de enero de 2006).

c. Ha afirmado el principio acusatorio en sus diversas expresiones; por ejemplo cuando exige la precisión de la imputación y la modalidad específica del tipo penal aplicado en el auto de apertura de instrucción. Que la imprecisión u omisión sobre estos aspectos implica una afectación del principio acusatorio y del derecho de defensa (Sentencia recaída en el expediente N.º 8125-2005-PHC/TC. Caso Jeffrey Immlet y otros. F.J N.º 11 y ss., publicada el 25 de enero de 2006. Expediente N.º 8123-2005-PHC/TC. Caso Jacob Gurman. F.J. N.º 34 y ss, publicada el 15 de mayo de 2006. Expediente N.º 3390-2005-PHC/TC. Caso Margarita Toledo Manrique. F.J. N.º 14, publicada el 11 de agosto de 2005).

Asimismo, cuando se ratifica la titularidad de la acción penal a cargo del Ministerio Público y expone que en caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el Fiscal Supremo (en el marco del proceso ordinario) o por el Fiscal Superior (para las situaciones ventiladas en el proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin. (Sentencia recaída en el

Expediente N.º 2005-2006-PHC/TC. Caso Enrique Umbert Sandoval. F. J. N.º 6 y ss. Publicado el 17 de marzo de 2006).

Se consagra el principio acusatorio cuando se exige la necesaria correlación entre la acusación y sentencia, estableciendo que su trasgresión implica indefensión (Sentencia recaída en el Expediente N.º 1939-2004-HC/TC. Caso Ricardo Gómez Casafranca. F. J. N.º 17. Publicada el 17 de octubre de 2005).

d. Reconoce el derecho constitucional de prueba, que aunque no es un derecho autónomo, se encuentra directamente relacionado al derecho al debido proceso, constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (Sentencia recaída en el expediente N.º 6712-2005-PHC/TC. Caso Magali Medina Vela. F. J. N.º 15 y ss. Publicada el 20 de enero de 2006).

e. Da contenido al principio de *ne bis in ídem* procesal de manera clara en la Sentencia recaída en el expediente N.º 8123-2005-HC/TC (Caso Jacob Gurman. F. J. N.º 25), según esta sentencia: «...En su vertiente procesal, tal principio significa que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesiva por la misma realidad histórica atribuida».

III. MODELOS DE COERCIÓN PERSONAL

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

3.1. El modelo garantista

El modelo garantista, denominado también *modelo liberal*, se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. Este modelo, explica Alberto BINDER, se caracteriza

por tomar decisiones de autolimitación y se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado⁹.

Luigi FERRAJOLI¹⁰ el más importante representante del Garantismo, expone que éste constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva que nació como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia que existía en diferentes latitudes entre los principios establecidos en la Constitución y la legislación penal ordinaria, la jurisprudencia y las prácticas administrativas o policiales. En esa línea nos dice FERRAJOLI que Garantismo designa a un modelo normativo de derecho que en el plano político supone una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico el Garantismo implica un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

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

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

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

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

3.2. *El modelo eficientista*

Este modelo, de corte autoritario, se caracteriza fundamentalmente por subordinar el valor libertad al principio de autoridad, desconociendo la idea de

9. BINDER, Alberto. *Política criminal de la formulación a la praxis*. Ad hoc. Buenos Aires, 1997, p. 36.
10. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta. Madrid. 1989. p. 852.

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

Este modelo se caracteriza por lo siguiente:

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

- h) La flexibilización del respeto a la libertad ante las necesidades coyunturales de la inseguridad ciudadana.

Por lo general el marco legal que regula estos procedimientos establece límites, pero como bien señala BINDER¹¹ la idea de límite cumple una función cosmética o decorativa, porque en cualquier momento, si el poder lo decide, tales límites pueden ser sobrepasados.

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

- a) Plano de la interpretación judicial.— Una manifestación de este modelo puede encontrarse en algunas resoluciones judiciales y del Tribunal Constitucional que justifican la coerción que incide en las «actitudes y valores morales del procesado», como si el Derecho penal estuviera en condiciones de instituir o fijar un estándar de «moralidad» oficial, que al no ser atendido u observado por el justiciable autorice su encarcelamiento preventivo. (Véase la Sentencia recaída en el expediente N.º 298-2003-HC/TC Caso Thayron Loza Munárriz. F. J. N.º 7. Publicada el 21 de agosto de 2003).
- b) Plano legislativo, por ejemplo las sucesivas leyes¹² que han aumentado el plazo de detención preventiva desde 12 meses según el texto original del Código Procesal Penal de 1991, hasta 15 y posteriormente a 18, con posibilidad de ser prolongado a 36 meses, y en algunos casos, por interpretación jurisprudencial, a 72 meses. Además se han presentado proyectos de ley que han propuesto extender el plazo hasta 108 meses (9 años)¹³.

-
11. Quien sostiene además que el modelo eficientista se caracteriza por: el desdibujamiento de la potestad persecutoria, pues en este modelo se faculta la coerción a órganos diferentes, pudiéndose afectar la libertad no sólo los jueces, sino también las posibilidades de afectación por parte de la Policía. Además, por el fomento de los juicios paralelos representados por las versiones que ofrecen los medios de comunicación. Así también por la contemporización con los insistentes discursos mediáticos y sociales de que en el proceso penal se reconoce demasiados derechos al inculminado, y no a la víctima y a la sociedad, y que por esta razón se avanza muy poco o fracasa cualquier esfuerzo de lucha contra una creciente criminalidad. Por último, por la flexibilización del respeto a la libertad ante las necesidades coyunturales de la inseguridad ciudadana. BINDER, Alberto. *Op. cit.* p. 35 y ss.
 12. Así la ley N.º 25824 (Publicada el 10 de noviembre de 1992) amplió el plazo de detención preventiva de 12 meses para procesos ordinarios (que establecía el texto original del artículo 137 del Código Procesal Penal) a 15 meses. Luego por ley N.º 27553 (Publicada el 14 de noviembre de 2001) se amplió este plazo a 18 meses. Finalmente por ley N.º 28105 (Publicada el 21 de noviembre de 2003) se facultó al Juez para que de oficio pueda prolongar el plazo de la detención.
 13. Cfr. Proyecto de ley N.º 8038/2003 propuesto por el señor congresista Carlos

3.3. El modelo preventivista radical

Este modelo busca la seguridad a cualquier costo, sobre la base de argumentos que sostienen que la actuación del Estado y del sistema de justicia penal debe estar dirigido, antes que nada, a evitar, cuanto más temprano mejor, la posibilidad siquiera de preparación de un delito. Expresión de esta posición son las duras medidas que se implementan cuando se trata de criminalidad violenta, como el terrorismo internacional. No resulta exagerado advertir el enorme riesgo de que una política de coerción caracterizada por la «tolerancia cero»¹⁴ se instrumente con facilidad en países con instituciones democráticas débiles, plagados de desigualdades que estimulan la intranquilidad, cuando no la convulsión social.

Ferrero. La exposición de motivos del proyecto señala que «La añadidura ‘un plazo igual a aquellos señalados en el párrafo anterior, según corresponda’, aclara el tema: En principio, las detenciones duran 9 y 18 meses. Por el primer párrafo, algunos casos pueden ascender a 27 y 54 meses. Por disposición del segundo párrafo, las detenciones que no hayan sido ampliadas según el primer párrafo podrán ascender a 18 y 36 meses, respectivamente. Las que ya hubiesen sido triplicadas, podrán duplicarse a 54 y 108 meses». Esta opción legislativa atenta contra los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad de la detención pues convertiría a la misma en una medida permanente durante todo el proceso posible de extenderse inclusive hasta en 9 años.

14. Algunos antecedentes de la *tolerancia cero* se remontan al debate típico de los setenta sobre la *ley y el orden*. La estrategia de *tolerancia cero* vino a representar una ruptura con el fatalismo de lo que solía llamarse el «nada funciona». No importa por qué se delinque lo importante es hacer valer la ley, y quien la transgrede se tendrá que atener a las consecuencias o en otras palabras, la vieja y conocida fórmula de «guerra sin cuartel a la delincuencia» se transfiguró lingüísticamente para convertirse en una frase más sutil (*tolerancia cero*) que trata de convencer a los ciudadanos de que es algo positivo que ayudará a recobrar las calles ahora ganadas por la delincuencia. La *tolerancia cero* es una ideología sobre el delito que abrevia de principios morales y despliega una serie de conocimientos criminológicos de carácter gerencial. Rudolph Giuliani, a quien se señala como su autor, públicamente ha señalado que el nombre no refleja lo que en realidad se realizó en Nueva York. Él prefiere utilizar el nombre de «el enfoque de las ventanas rotas». William Bratton, el primer comisionado de Giuliani se ha distanciado también del nombre, siempre que se refiere a la experiencia neoyorquina, lo hace refiriéndose a las reformas policiales en las que participó omitiendo utilizar el término en sí mismo. La razón de este distanciamiento del término «*tolerancia cero*» tiene que ver, suponemos, con las críticas que se hicieron a la estrategia, básicamente orientadas a señalar la brutalidad policiaca que acompañó su desarrollo y a las constantes demandas por violación a los derechos humanos, particularmente de grupos étnicos minoritarios y grupos sociales marginados, lo que mereció a la estrategia la etiqueta de racista o policía para los pobres. En: MARIO ARROYO. *Evaluando la estrategia Giuliani: La política de cero tolerancia en el Distrito Federal*. Centro Internacional de Estudios sobre Seguridad (CIES) México, Mayo, 2003. <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=usmex>

Una de las manifestaciones de este modelo, muy presente y característico en el Perú de los últimos años, es el fenómeno de la *emergencia penal*. La emergencia es un concepto ligado a la idea de crisis, de brevedad, de excepcionalidad, y tal vez también de imprevisibilidad¹⁵. El modelo de emergencia por definición constituye una respuesta inmediata a un determinado problema social que se presenta también de manera imprevista y que genera una gran afectación al interés público, gran alarma social y alto grado de inseguridad ciudadana. En lo que al proceso penal se refiere el modelo de emergencia privilegia, como no podía ser de otro modo, los valores de orden público y seguridad ciudadana en desmedro del valor libertad. Son manifestaciones de un modelo de emergencia penal, la legislación antiterrorista dictada en la década del 90, entre ellos los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880.

Resulta ilustrativo citar las consecuencias del atentado del 11 de septiembre de 2001¹⁶. Piénsese por ejemplo en la denominada Acta Patriótica¹⁷ aprobada un mes después del atentado a las torres gemelas, que contiene una serie de normas que inciden directamente en la afectación de derechos fundamentales y que tiene relación con normas de proceso penal; por ejemplo se autoriza al gobierno a vigilar y espiar organizaciones e individuos bajo cualquier sospecha, a realizar cateos sin previa autorización, obtener datos financieros, médicos y personales de cualquier individuo; asimismo se autoriza a los agentes de la CIA o el FBI a exigir y obtener de los bibliotecarios norteamericanos, un listado de los libros que lee cualquier persona sospechosa, o a los sitios web por los que navega en internet, o leer el texto de los correos electrónicos que envía o recibe desde computadoras puestas al servicio de los usuarios en estas instituciones¹⁸.

-
15. VASSALLI, Giuliano. *Emergencia criminal y sistema penal*. En: Derecho penal Hoy, Del Puerto, 1995, p. 427.
 16. El mayor atentado terrorista de la historia de los Estados Unidos, que culminó con la destrucción de las Torres Gemelas de Nueva York, de otro edificio aledaño y de parte del Pentágono, en Washington.
 17. El Acta patriótica es un documento de 119 páginas y 128 secciones que fue redactado, pasó por todos los sub comités y comités, y fue finalmente aprobado por la Cámara y el Senado en menos de dos semanas. Se sabe también que la inmensa mayoría de los legisladores que lo aprobaron ni siquiera lo habían leído. Su nombre completo es «Acta del 2001: Uniendo y fortaleciendo a los Estados Unidos al dotarlo de las herramientas adecuadas para interceptar y obstruir al terrorismo», conocido por las siglas en inglés de USAPA y fue puesto en vigencia desde el 26 de octubre de 2001.
 18. Según un artículo de la periodista Susan Hildreth publicado en el «San Francisco Chronicle» el 29 de mayo de 2002. «...en una biblioteca de Santa Fe, New México, un usuario que usaba una computadora de la biblioteca y participaba en una sesión de chat, fue arrestado, esposado e interrogado por haber enviado comentarios burlones sobre el presidente Bush...»

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

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

IV. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA COERCIÓN PERSONAL

Respecto a la naturaleza y finalidad de la coerción personal en la doctrina no existe criterio uniforme. Sin embargo, para un mejor entendimiento resulta necesario tratar juntos la naturaleza y finalidad de la coerción. Conforme expone Asencio MELLADO, respecto a la prisión provisional, la razón del estudio conjunto es evidente: Si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden a los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el sistema democrático¹⁹.

19. ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004. p. 204

La naturaleza de la coerción es procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo; no es posible utilizarla como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza. Ejemplos de desnaturalización de la coerción los podemos encontrar en las constantes dilaciones del plazo de la detención preventiva. En el caso Walter Chacón Málaga²⁰, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima prolongó la prisión preventiva a un año luego de cumplir el plazo máximo legal establecido de 3 años, argumentando el peligro de sustracción de la acción de la justicia que implicaría la existencia de una acusación fiscal, las condiciones personales del agente, en especial los vínculos sociales que ostenta (Expediente N.º 04-2001, del 16 de enero de 2004).

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

La incongruente apreciación y aplicación de las medidas de coerción producen confusión. Hay quienes como ODOÑE SANGUINÉ²¹, Alberto BOVINO²² y Sebastián FOGLIA²³ reconocen desde ya el límite invisible entre ambos campos (naturaleza penal y procesal de la coerción), más aún cuando de por medio se encuentra un plazo excesivo y una excusa intrascendente, en desmedro de la presunción de inocencia.

En cuanto a la finalidad de la coerción personal existen dos tendencias. De un lado las denominadas medidas de protección provisional expuesta, entre otros, por el profesor César SAN MARTÍN CASTRO, para quien estas medidas tienen por finalidad evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración²⁴. La segunda postura considera que las medidas de coerción

-
20. El ex ministro del Interior en el gobierno fujimorista y ex comandante del Ejército, General (r) Walter Chacón Málaga procesado por el delito de enriquecimiento ilícito, junto a varios de sus familiares, por presentar, supuestamente, un desbalance patrimonial.
 21. ODOÑE SANGUINÉ. *La prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003.
 22. BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia*. Publicado en www.derechopenalonline.com (junio de 2006).
 23. FOGLIA, Sebastián. *Prisión preventiva. Crisis, discrecionalidad y selectividad*. Publicado en www.derechopenalonline.com (junio de 2006).
 24. SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Segunda Edición. Lima, 2003. p. 1073.

personal tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado al proceso cuando de por medio exista peligro procesal, esto es, cuando de por medio exista riesgo de fuga o de obstrucción a la actividad probatoria. Esta última postura es la asumida por Florencio MIXAN MASS, Alberto BINDER²⁵, entre otros; así como por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N.º 2342-2005-PHC/TC (Caso Rosa María Contreras Serrano. F. J. N.º 7. Publicada el 15 de agosto de 2005), expresó que «La detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales». En el mismo sentido lo expresado en la sentencia recaída en el expediente N.º 0298-2003-HC/TC (Caso Thayron Loza Munárriz. F. J. N.º 3. Publicada el 21 de agosto de 2003) en la que el Tribunal Constitucional expone que «La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.». En este aspecto merece ser resaltada la sentencia recaída en el expediente N.º 00010-2002-AI/TC (Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos. F. J. N.º 140. Publicado el 4 de enero de 2003) que declaró la inconstitucionalidad en parte de los decretos leyes N.º 25475, N.º 25659, N.º 25708 y N.º 25880 sobre terrorismo, cuando expone, respecto a la obligación de dictar detención al momento de abrir proceso que, según ese punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o el resultado mismo del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

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

25. Para Alberto BINDER la medida de coerción sólo tiene justificación en caso de peligro de fuga. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc. Buenos Aires, 1999. pp. 198 y ss

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 dispone en su art. 253, 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 reiterancia delictiva.

V. PRINCIPIOS

La coerción personal limita un derecho fundamental reconocido como un valor superior del ordenamiento jurídico, esto es, la libertad; su regulación normativa y la actuación jurisdiccional no debe ser una tarea empírica y refleja; debe guiarse por los principios de la coerción. En esta oportunidad nos ocuparemos sólo de algunos de ellos.

5.1. Principio de necesidad

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

El principio de necesidad armoniza con la Constitución en cuanto éste tutela la presunción de inocencia (artículo 2.24 «e») y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 9 inciso 3 establece que la libertad es la regla y la detención es la excepción.

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

- a. En el plano legislativo: en este ámbito existe una marcada tendencia de afectar el principio de necesidad. Ello no sólo puede demostrarse con la maleabilidad normativa de los criterios de aplicación de las medidas de coerción personal (ampliación de los plazos de detención preventiva²⁶ y la posibilidad de aplicarlo retroactivamente, por citar dos ejemplos), sino también en el marco del Derecho penal sustantivo.

26. El artículo 137 del Código Procesal Penal que establece el plazo de duración de la detención preventiva establecía en su versión original el plazo de 12 meses para los procesos ordinarios y 9 para los sumarios, posteriormente con el Decreto Ley N.º 25824 de 10 de noviembre de 1992, el plazo de la detención preventiva en los procesos ordinarios se amplió a 15 meses, luego mediante Ley N.º 27553 de 14 de noviembre de 2001, se amplió a 18 meses, admitiéndose la posibilidad de duplicar el plazo en caso de delitos cometidos en agravio del Estado.

- b. En el plano judicial: Son frecuentes los mandatos de detención o su continuidad que obedecen a criterios ajenos a los fines procesales. Así podemos citar los siguientes ejemplos:
- Prolongación de la detención preventiva hasta por 48 ó 60 meses (Caso Eduardo Calmell Del Solar²⁷. Sentencia recaída en el expediente N.º 290-2002-HC/TC. F. J. N.º 6. Publicado el 4 de junio de 2003)
 - Detención domiciliaria sin posibilidad de salir a trabajar o estudiar (Caso Héctor Chumpitaz y el de los hermanos Moisés y Alex Wolfenson²⁸).
 - Impedimento de salida del país o detención domiciliaria ilimitado (Caso Laura Bozzo quien estuvo 36 meses con arresto domiciliario sin que se hubiera emitido sentencia²⁹),
 - Entender como criterio de peligro procesal los vínculos familiares o profesionales (Caso Alejandro Rodríguez Medrano³⁰).

-
27. El señor Eduardo Calmell Del Solar estaba siendo procesado por delito de peculado, cuando el Tribunal Constitucional, en una demanda de Hábeas Corpus, decide que «sin perjuicio de precisar que en la actualidad el recurrente se encuentra en calidad de no habido, el Tribunal se remite a su doctrina jurisprudencial según la cual, tratándose de una medida cautelar de prisión preventiva, dictada en casos de delitos complejos, como es el caso del demandante, el plazo máximo de duración es de 30 meses, susceptible de prolongarse por uno igual, motivo por el cual debe desestimarse la pretensión en tal extremo». Es decir, que sobre el plazo de 15 meses, vigente en ese entonces como tiempo máximo de detención preventiva, se podía duplicar y sobre ella prolongar por un tiempo igual, lo que daba un total de 60 meses con detención preventiva, sin sentencia.
28. Estas tres personas estaban siendo procesadas y se les había impuesto detención domiciliaria, sin embargo no se les permitía salir a trabajar. El señor Héctor Chumpitaz era regidor de la Municipalidad de Lima y a su vez entrenador de fútbol en una academia deportiva, respecto a los hermanos Wolfenson, ellos eran propietarios de diario. En ambos casos se les impidió, en primera instancia salir a trabajar, so pretexto de existir peligro procesal.
29. En el caso de la señora Laura Bozzo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció que al no existir un plazo para la detención domiciliaria, esta se tenía que aparejar al máximo fijado para la detención preventiva, esto es, de 18 meses prolongado a 36. Así, en base a esta resolución, la Tercera Sala Penal Especial (Expediente N.º 31-2002) otorgó, al vencerse el plazo de 36 meses, la libertad a la señora Bozzo, quien continuó asistiendo al juicio oral en esa calidad.
30. El señor Alejandro Rodríguez Medrano fue magistrado supremo del Perú, procesado por la justicia penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios. En la Sentencia recaída en el Expediente 1567-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional expuso que el peligro procesal se configura principalmente con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor. (Fundamento N.º 6)

Una lectura detenida de los casos antes mencionados nos llevará a la conclusión de que algunos magistrados confunden su rol y equivocan su posición supra-partes en desmedro del imputado. En muchos casos se imponen medidas de coerción sin necesidad. Hay que tener en consideración que incluso la menos aflictiva significa ya una invasión a la esfera personal de quien se ve seleccionado por el aparato estatal³¹. No es posible imponer una medida restrictiva de la libertad cuando no existen los mínimos elementos ni la necesidad de la misma.

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

- a. Custodia policial en la detención domiciliaria. A julio de 2005 eran 78 procesados los que sufrían esta medida de coerción, lo cual implicaba el resguardo a cargo de 260 policías³².
- b. La detención de personas que han cumplido con prestar su declaración instructiva, que han participado en todas las diligencias que les habían programado, que han colaborado en cuanto diligencia se les ha llamado, sin que existan más pruebas que actuar y que no haya peligro procesal.
- c. Los impedimentos de salida del país que se imponen o se prolongan sin ninguna real necesidad de limitar el derecho de locomoción; tanto más si como en algunos casos se dicta contra procesados residentes en el extranjero o cuyo trabajo implica el desplazamiento fuera del país.
- d. Cuando luego de haberse cumplido el plazo máximo de detención preventiva, sin existir peligro procesal, se les ordena detención domiciliaria.

31. Es más, la medida de comparecencia simple también implica una medida de coerción procesal en cuanto importa una limitación a la libertad individual del imputado. La restricción de la libertad consiste en la obligación de presentarse ante el magistrado en el lugar, día y hora establecido. Así: GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO, Tourón y GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los Procesos Penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. Tomo 4, Barcelona, 2000, p.3. Sostienen que la citación «para ser oído» tiene una doble naturaleza: de un lado, es un *acto coercitivo de comunicación* con el imputado, quien bajo el apercibimiento de ser detenido, se le emplaza para que acuda al Juzgado en un día determinado; de otro lado, el cumplimiento de esa citación permite la declaración espontánea del imputado, no tanto para la averiguación del hecho y su autoría, cuanto para posibilitar su exculpación frente a una imputación determinada, por lo que más que un acto de investigación, nos encontramos ante un *acto de defensa*, que, si triunfa, puede permitir que el imputado sea desvinculado de la instrucción mediante su no procesamiento.

32. Ver: El Comercio 15 de julio de 2005, p. A8

- e. Las órdenes de detención basadas únicamente en la gravedad de la pena sin atender a las circunstancias concretas del caso
- f. En aquellos casos de exceso de detención domiciliaria, como por ejemplo cuando no se otorga la libertad por exceso de detención, so pretexto de resguardar los intereses de la sociedad o por un supuesto deber judicial de velar por la seguridad ciudadana.
- g. Asimismo, existen casos donde las resoluciones judiciales responden a juicios mediáticos, influenciados por la prensa.
- h. Cuando no se permite las salidas para trabajar o estudiar a quien tiene orden de detención domiciliaria.
- i. En este mismo orden, parece innecesario poner como limitación el no concurrir a lugares de dudosa reputación, como si alguien pudiera establecer con precisión cuáles son estos lugares³³.

Estas medidas suelen emplearse por costumbre o inercia, como si la labor del Juez fuera automática e irreflexiva. A lo antes mencionado debe agregarse la influencia negativa mediática que muchas veces desnaturaliza la finalidad de la coerción, imponiendo como aspiración ciudadana las detenciones prolongadas sin reparar en la razonabilidad y necesidad de la medida. Lamentablemente, algunos jueces condicionan su actuación a las expectativas y exigencias de la prensa. La prensa debe formar la conciencia social, basada en valores positivos, no en criterios de venganza o de represión desmedida³⁴.

Somos testigos de cómo algunos periodistas increpan y sancionan a ciudadanos como si aquéllos fueran fiscales o jueces. En otras oportunidades,

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

34. BINDER, Alberto. «La importancia y límites del periodismo judicial». En: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Ad Hoc. Buenos Aires. 1993. pp. 270 y 271. Sostiene que «el periodista debe evitar caer en maniobras que respondan a las campañas de sensación de inseguridad o las campañas de la ley y el orden. En Latinoamérica existe una tendencia muy fuerte a generar entre la población una sensación de inseguridad continua; se transmite el mensaje de que 'todos estamos en peligro', de que en cualquier momento las ciudades van a ser invadidas por los delincuentes que habitan en los cinturones de la pobreza y que, por tanto, tenemos que encerrarnos en nuestras casas y poner candados y rejas por todos los lados, transformándolas en pequeños castillos feudales. Frecuentemente la prensa comete el tremendo error de prestarse a este juego. En Latinoamérica estamos hartos de este tipo de discurso porque, cada vez que viene alguien con mano dura, quedamos peor que como estábamos antes. Si no están alerta, pues, frente a este tipo de maniobras, el periodismo judicial puede convertirse en un canal de políticas más nefastas de nuestra sociedad».

reprochan la actuación de algún Magistrado por otorgar la libertad a un ciudadano o simplemente por no haber respondido a sus reclamos. Pretender que la actuación judicial se encuentre supeditada a las exigencias o cuestionamientos de la prensa, supone no sólo una clara intromisión en sus funciones, sino el desborde del normal desarrollo de un Estado de Derecho.

5.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad³⁵ de las medidas de coerción personal tiene sustento constitucional en el artículo 2 numeral 24 literal «b», conforme al cual no está permitida «forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley». Esta norma constitucional debe interpretarse de acuerdo a los parámetros que fija la propia Constitución, especialmente, cuando en su artículo 2 numeral 24 literal «f», que establece que la detención se produce por orden judicial o flagrancia. Por tanto, al Juez no le estará permitido «inventar» medidas cautelares, sino, por el contrario, elegir, según el caso concreto, dentro del elenco que la ley estipula, la restricción más conveniente, eficaz y, en cuanto sea posible, la menos afflictiva para los derechos del imputado.

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este principio en el caso Cesti Hurtado cuando expuso que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto formal), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto material)³⁶.

-
35. En la actualidad empieza a ganar cuerpo la idea de que el tradicional principio de legalidad debe extenderse al ámbito procesal, pudiendo denominarse, como lo hizo la doctrina francesa, principio de legalidad de la represión o de la persecución penal, aplicables a supuestos esenciales en la relación como ocurre con la fijación de límites respecto a los cuales los poderes públicos pueden recurrir a las medidas de coacción. Véase ODOÑE SANGUINÉ. *Op. cit.* pp. 350 - 351.
 36. Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N.º 16, párr.

A su vez, el Tribunal Constitucional ha establecido de manera categórica que «de conformidad con el artículo 2º, inciso 24), literal «f» de la Constitución, la detención de una persona sólo procede bajo dos circunstancias: por un lado la existencia de un mandato judicial escrito y motivado y, por otro, en el supuesto de flagrancia de delito. Esta norma constitucional debe ser interpretada de manera teleológica, vale decir, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual; desde tal perspectiva, resulta inconstitucional la habilitación de cualquier supuesto no contemplado bajo las dos circunstancias antes mencionadas» (Sentencia recaída en el expediente N.º 1318-2000-HC/TC. Caso Cornelio Lino Flores. F. J. N.º 2. Publicada el 13 de abril de 2001).

Es importante tener en consideración que este principio no sólo exige la positivización de la facultad de coerción sino que ésta se realice atendiendo a las garantías previstas en la ley. En este esquema ¿Cómo entender la Ley 27934³⁷ que permite la detención sin flagrancia?. Considero que esta ley resulta disfuncional con el esquema garantista de la coerción, ya que se convierte en una herramienta de represión de corte autoritario que exige los mismos requisitos para la imposición de detención preventiva o comparecencia, aun cuando no medie flagrancia y durante la etapa de investigación preliminar. Si ya se tienen los elementos previstos en el artículo 135 del Código Procesal Penal, sería mejor proceder cuando antes a la apertura de instrucción.

Podemos citar como ejemplo de vulneración de este principio, las denominadas retenciones o puestas a disposición policial, ambos de claro carácter inconstitucional. Al respecto el Tribunal Constitucional ha expuesto que la conducción compulsiva de cualquier persona a un local policial y su retención en esta sede sin que exista contra ella mandato escrito y motivado del juez o la circunstancia de comisión de flagrante delito, constituye un atentado contra la libertad individual en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º inciso 24) acápite «f» de la Constitución Política del Estado (Sentencia recaída en el expediente N.º 849-2000-HC/TC. Caso James Louis King. Fundamentos N.º 5 y 6. Publicada el 3 de agosto de 2001). En igual sentido, declaró que la detención por mera sospecha policial carece de legitimidad constitucional (Sentencia recaída en el expediente N.º 1324-2000-HC/TC. Caso Florencio Chávez Abarca. F. J. N.º 2 «f». Publicada el 27 de marzo de 2001)³⁸.

47. Argumento citado por la Corte en el Caso Cesti Hurtado. Sentencia del 29 de septiembre de 1999 Serie C. N.º 56.

37. Ley que regula la intervención de la policía y el ministerio público en la investigación preliminar del delito. Publicado el 12 de febrero de 2003.
38. Al respecto, en el artículo 205 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957. Publicado el 29 de julio de 2004), se estableció la figura denominada «control

Finalmente, debe tenerse en consideración que el principio de legalidad cobra sentido, también, respecto a la finalidad de las medidas de coerción personal. Tal como lo hemos apreciado éstas tienen fines procesales, de orden cautelar, por tanto no ingresan en este criterio los supuestos que intentan justificar la detención preventiva en base a la alarma social, reincidencia o habitualidad del agente, ya que estas, de por sí, llevan implícito una finalidad de orden penal.

5.3. Principio de proporcionalidad

Por el principio de proporcionalidad debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. Como expone ODONE SANGUINÉ³⁹ el principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz.

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

Cabría analizar, también, los casos que no obstante ser de menor entidad delictiva, por ejemplo el delito de difamación, hurto simple o el delito de daños, se impone una orden de detención; más aún si con la ley N.º 28726, que modifica el artículo 135 inciso 2 del Código Procesal Penal, el legislador ha añadido la *habitualidad* del agente como uno de los elementos que puede tomar en cuenta el Juez para disponer un mandato de detención. Al hacerlo de manera alternativa (... o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente) algunos operadores podrían interpretar que en los casos de habitualidad el Juez ya no atendería a la gravedad del delito desde el punto de vista de la pena probable, sino a la mera condición o características del autor.

de identidad policial» (*Sic*), que legitimaba la conducción de los personas a una dependencia policial, en caso de que éstas no pudieran exhibir sus documentos de identidad cuando así les requiriese la policía en el marco de una operación practicada para la prevención del delito o para obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. Esta acción policial procedía sin orden del Fiscal o del Juez. Cabe precisar que se tejieron muchos argumentos en contra de esta norma, referidos a su cuestionada constitucionalidad, como a los riesgos de su aplicación en una realidad como la peruana, en la que existe un elevado número de personas indocumentadas.

39. ODONE SANGUINÉ. *Op. cit.* p. 638.

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

5.4. Principio de prueba suficiente

La primera exigencia legal para fundar un mandato de detención está contenida en el art. 135, Inc. 1). En él se prescribe que, deben existir «suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo». Efectivamente, para dictar mandato de detención o comparecencia con restricciones se requiere principio de prueba (*fumus boni iuris*) tanto sobre el hecho imputado, cuanto sobre la vinculación del mismo con el procesado. La suficiencia probatoria no se refiere únicamente a un criterio cuantitativo, sino fundamentalmente cualitativo.

Sobre esta materia, nuestro ordenamiento procesal ha tenido variaciones positivas. Mediante la ley N.º 27226⁴⁰ se modificó el artículo 135 del Código Procesal Penal en dos aspectos:

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

Esta modificación implica que el Juez no puede realizar un juicio subjetivo de peligro procesal, sino valorar suficientes elementos probatorios, que le permitan hacer ese juicio de peligro. Además de ello, la ley N.º

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

27226 introduce la posibilidad de que el Juez Penal pueda revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida.

En contraste con lo antes expuesto, por ejemplo, en algunos casos la justicia nacional ha denegado la libertad de una persona en base al principio de presunción de culpabilidad, a pesar de reconocer que no existen medios probatorios que avalen la medida de coerción (Expediente N.º 31-2002. «Z», Caso Laura Bozzo. Primera Sala Penal Especial de Lima).

Se debe precisar que, primigeniamente, esta presunción de culpabilidad fue establecida en el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863⁴¹. En este Código se hacía referencia al mandato de captura y detención por precaución de los presuntos reos, siempre que exista cuerpo de delito e indicios de su culpabilidad. Asimismo, prescribió la presunción de culpabilidad como exigencia para que el Juez ordenase la continuación de la detención cuando de las primeras diligencias del sumario así lo demostrara.

Similar disposición se repitió con el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920⁴² que prescribió la detención definitiva durante la instrucción en caso se la presuma culpabilidad y en el Código de Procedimientos Penales de 1939 que, en su versión original, se refería a la *presunción de culpabilidad* como elemento suficiente para dictar la detención⁴³.

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

-
41. El artículo 70 del Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863 expresaba «en las causas en que tiene la obligación de acusar el Ministerio Fiscal, se decretará por precaución, la captura y detención de los procesados reos, siempre que haya cuerpo de delito e indicios de culpabilidad. En ese mismo sentido, el artículo 71 exponía «si de las primeras diligencias del sumario resultare presunción fundada de culpabilidad, mandará el juez que continúe la detención: en caso contrario, podrá decretar la libertad del detenido».
 42. El artículo 62 del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 expresaba «Si evacuada la instructiva o en su caso las primeras diligencias pedidas por el Ministerio Fiscal, el Juez presume la culpabilidad del acusado, dictará orden de detención definitiva que durará toda la instrucción, salvo el caso de libertad provisional, bajo caución o fianza».
 43. El artículo 79 del Código de Procedimientos Penales aprobado en 1939, vigente desde 1940, establecía «El Juez instructor puede dictar orden de comparecencia o detención al que presume culpable».

5.5. Principio de provisionalidad

Las medidas de coerción personal son provisionales, se cumplen por determinado plazo (artículo 137 del Código Procesal Penal). Además se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación —en tanto perdura el proceso declarativo— estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial⁴⁴.

Según el Tribunal Constitucional, «una vez investigados los hechos, el contenido garantizado de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados»⁴⁵.

El mantenimiento de la medida de coerción debe concordar con el principio de proporcionalidad. Ello significa que se debe mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, sólo puede deberse a la necesidad de asegurar «la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo»⁴⁶.

En este aspecto, cabe preguntarse, ¿Por qué el trato con dureza al imputado cuando es objeto de exceso de detención, y antes bien, no se analiza el cumplimiento de las obligaciones del Estado para impedir esa situación?; como si el desenvolvimiento del proceso dependiera exclusivamente del imputado. ¿No tiene acaso el Estado el deber de procesar a una persona dentro de un plazo razonable?. Resulta más grave aún justificar la ampliación de la coerción cuando el imputado utiliza los recursos que su derecho de defensa le permite (impugnar, recusar, deducir medios de defensa técnico, etc.), entendiéndolos como manifestaciones de dilación maliciosa.

Al respecto, en la sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-HC/TC (Caso Tiberio Berrocal Prudencio. F. J. N.º 26. Publicada el 25 de

44. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Editorial Grijley. Lima, 2003. p. 1080.

45. Sentencia recaída en el expediente N.º 791-2002-HC/TC (Caso Grace Mary Riggs Brousseaut. F. J. N.º 10. Publicada el 7 de Octubre de 2002)

46. Sentencia recaída en el expediente N.º 1091-2002-HC/TC (Caso Vicente Silva Checa. F.J. N.º 14. Publicada el 16 de agosto de 2002)

noviembre de 2004), el Tribunal Constitucional expuso que en lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite) de la denominada «defensa obstruccionista» (signo inequívoco de la mala fe del procesado, y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En este mismo caso (F. J. N.º 30), el Tribunal Constitucional estableció que no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, incluso en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las condiciones de un país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones legales establecidas en este Tratado, salvo en los casos que ella misma establece⁴⁷.

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

-
47. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 recaída en el caso de Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas detenidos en 1995 y 1991, respectivamente, por la Policía sin orden judicial y sin encontrarse en una situación de flagrancia. Fueron incomunicados y su investigación, procesamiento y juzgamiento fue llevado a cabo por fiscales y jueces «sin rostro» conforme a las disposiciones del Decreto Ley N.º 25475 de 5 de mayo de 1992, y con serias limitaciones e impedimentos para ejercer su derecho de defensa. Los señores García y Ramírez fueron condenados a penas privativas de libertad de veinte y veinticinco años, respectivamente, como presuntos «autores del delito de terrorismo». En razón a la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, los procesos en su contra fueron anulados, volviendo a ser procesados. Sin embargo, la Comisión consideró que algunas de las violaciones cometidas en el primer juicio subsistían en el nuevo proceso y añadió que si bien el Estado había modificado la legislación antiterrorista a partir del año 2003, en el presente caso dichas modificaciones «no habían reparado las violaciones sufridas por las presuntas víctimas sino que, por el contrario, habían significado su subsistencia».

VI. OPCIÓN POLÍTICO CRIMINAL

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

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

A manera de ejemplo podemos citar las siguientes leyes:

- a) Decreto Ley N.º 25745. «Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio» (Publicado el 5 de mayo de 1992): Esta disposición preveía la prohibición de la libertad para los delitos de terrorismo.
- b) Decreto Ley N.º 25708. «Normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria» (Publicado el 2 de septiembre de 1992): Dispuso que en los casos de traición a la patria se aplicara el proceso sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones, donde el Juez tenía que expedir sentencia en un término máximo de 10 días. Asimismo, estableció restricciones para la procedencia del recurso de nulidad.
- c) Decreto Legislativo N.º 895 «Ley de Terrorismo Agravado» (Publicado el 26 de mayo de 1998): Esta disposición tipificó el delito de terrorismo agravado y la competencia. Asimismo estableció en su artículo 7 literal «c» que durante la instrucción no procede, sin excepción alguna, ningún tipo de libertad.
- d) Decreto Legislativo N.º 897 «Ley de Procedimiento Especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados que tipifica el Decreto Legislativo N.º. 896⁴⁸» (Publicado el 26 de mayo de 1998): Respecto a las medidas cautelares, no procedía la concesión

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

de libertad alguna, con excepción de la libertad incondicional, asimismo los secuestros e incautaciones permanecían en custodia del Ministerio del Interior.

- e) Ley N.º 28726 «Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal (Publicada el 9 de junio de 2006): que incorpora la reincidencia y habitualidad en el Código Penal. Asimismo, modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal estableciendo como mínimo de pena probable 1 año, para imponer detención preventiva.

Paradójicamente, estas leyes, de corte represivo, se dieron en un contexto garantista, configurándose una yuxtaposición de modelos. Por un lado, el Código Procesal Penal de 1991 regula un mecanismo de coerción personal sustentado en la necesidad y racionalidad procesales; del otro, en los últimos años se han ido acumulando normas prohibitivas de excarcelación, como por ejemplo el artículo 13 literal «a» de la Ley N.º 25475 (Delitos de terrorismo) que establecía «Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el Auto 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»

Al final, lo que resultó fue una expansión de la legislación de emergencia que preponderó el valor «eficacia» a través del empleo de mecanismos intimidatorios (la pena) o la flexibilización de las garantías mínimas del debido proceso. Sin embargo, la inconsistencia de estas leyes de endurecimiento penal hizo que fueran objeto de serias críticas, a tal punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia N.º 52, Serie C, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú declaró que las normas internas que hacen aplicable a civiles la justicia militar son violatorias de los preceptos de la Convención Americana. Por ello, el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar dichas normas y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna (Párrafo 222)⁴⁹.

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

Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las leyes de seguridad ciudadana (Sentencia en el expediente N.º 005-01-AI/TC⁵⁰. Caso Decreto Legislativo N.º 895 y otras disposiciones. Publicada el 17 de noviembre de 2001) así como las leyes antiterroristas (Sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC⁵¹. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos. Publicada el 4 de enero de 2003). Actualmente se vienen realizando nuevos juicios por anulación de los efectuados bajo las leyes declaradas inconstitucionales, lo cual ha venido a agravar el problema de la sobrecarga procesal que ya afectaba al Poder Judicial y sobretudo al erario público que tiene que asumir los costos de los nuevos procesamientos.

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

La ley N.º 28726 que modifica el inciso 2 del artículo 135 del Código Procesal Penal estableciendo en su nuevo texto como requisito de la deten-

-
50. En esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de inconstitucionalidad y estableció la inconstitucionalidad, por la forma, de los Decretos Legislativos N.os 895 y 897, en sus disposiciones aún vigentes (*a ese momento*), y, además y complementariamente, la inconstitucionalidad, por el fondo, de los artículos 1º, 2º, literal a), numeral 6), 6º, incisos b), c) y d), 7º, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8º del Decreto Legislativo N.º 895, del artículo 2º de la Ley N.º 27235, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 897.
 51. En esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: declaró inconstitucionales el artículo 7 (delito de apología) y el inciso h) del artículo 13º (imposibilidad de recusar a magistrados) del Decreto Ley N.º 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 20º (lugar de ejecución de penas y visitas) del Decreto Ley N.º 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12º (incomunicación absoluta del detenido) del mismo Decreto Ley 25475. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1º, 2º (delito de traición a la patria), 3º (pena en delito de traición a la patria), 4º (competencia militar), 5º y 7º del Decreto Ley N.º 25659. También la frase «o traición a la patria» del artículo 6º del mismo Decreto Ley N.º 25659 y los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Ley N.º 25708; los artículos 1 y 2º del Decreto Ley N.º 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto Ley N.º. 25744.

ción 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. El artículo 46 «C» del Código Penal incorporado por la referida norma, configura la habitualidad en los siguientes términos «Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.»

Nos preguntamos, cómo puede seguirse apostando por el endurecimiento del sistema penal, si toda la legislación anterior no dio resultados positivos. Es más, cómo puede existir coherencia si de un lado existe una saturación penitenciaria donde 23,318 internos que representan el 68% de la población carcelaria no tienen condena⁵² y, del otro, se aumentan las penas (por ejemplo, en los casos de hurto simple) disminuyéndose los márgenes para permitir una detención preventiva.

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

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

Cuando la respuesta del Derecho penal convencional resulta insuficiente para asegurar el ejercicio de la libertad o no sirve para evitar que se realicen conductas que amenacen bienes jurídicos de gran trascendencia social entonces se recurre a minimizar las garantías propias del Derecho penal liberal. Cuando sucede ello, se crea otro orden social: la de los individuos (o de

52. Según datos oficiales del INPE, la población penal para febrero de 2006 está compuesta por el 63% de hombres procesados, el 5% de mujeres procesadas, el 30% de hombres sentenciados y el 2% de mujeres sentenciadas. Datos en www.inpe.gob.pe.

«enemigos» en palabras de JAKOBS⁵³ a quienes se les aplica reglas (materiales y procesales) ajenas al Derecho penal ordinario (por más que formalmente se incluyan en los cuerpos normativos tradicionales).

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

VII. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

7.1. Motivación de la coerción personal

Las medidas de coerción personal tienen por objetivo resguardar la eficiencia del proceso, por tanto su imposición debe cumplir el requisito de motivación que debe importar un análisis minucioso del caso con observancia de los principios que rigen la coerción personal.

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

El Tribunal Constitucional, ha confirmado que dos son las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser «razonada», es decir que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada. Por ello, de conformidad con el artículo 135° del Código Procesal Penal, es preciso que se haga referencia a los presupuestos legales que determinan la imposición del mandato de detención, y a las características y la gravedad del delito imputado, así como de la pena que se imponga. Del mismo modo, deberá tenerse en cuenta las circunstancias concretas del caso y personales del imputado. (Sentencia recaída en el expediente

53. El «Derecho penal del enemigo», es un concepto puesto en el tapete de la discusión académica, por Gunther JAKOBS, en la ponencia que presentó en un Congreso realizado en Berlín en 1999, la que llevó el título de «»Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendendenwende and Ausblick - 2000".

N.º 1084-2005-HC/TC. (Caso Artemio Ramírez Cachique. Fundamentos N.º 15 y 16. Publicada el 5 de enero de 2006).

A pesar de todo, es en la prisión preventiva en que se incurre en las mayores insuficiencias en la motivación de las resoluciones en el proceso penal. Como anota Perfecto Andrés Ibáñez: «en estos casos la motivación podría ser sustancialmente eludida en la práctica mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la rutinaria repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación»⁵⁴.

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

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

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

Resulta importante determinar también los alcances de los fallos de los jueces constitucionales cuando encuentran que el mandato de detención, materia de hábeas corpus, no está motivado. Considero que en este supuesto se debe declarar la nulidad de la resolución cautelar, tal como lo establece artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando prescribe que todas las resoluciones «(...) son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan (...)». Asimismo, el artículo 122 del Código Procesal Civil que sanciona con nulidad la infracción de la garantía de motivación de resoluciones judiciales⁵⁵.

54. Citado por SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.* p. 547.

55. Artículo 122 del Código Procesal Civil: «Las resoluciones contendrán 4) La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los

Sobre este particular, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido variados. Así por ejemplo en los casos José Dellepiani Massa (Sentencia recaída en el expediente N.º 1753-2003-HC/TC. Publicada el 4 de febrero de 2005) y Alex Wolfenson Woloch (Sentencia recaída en el expediente N.º 2712-2002-HC/TC), a pesar de advertirse la carente o deficiente motivación, se ordenó al órgano jurisdiccional emplazado que corrigiera la deficiencia y dictara una nueva resolución suficientemente razonada, sin declararse nula la resolución que establecía la medida cautelar impuesta al recurrente.

Posición distinta fue la asumida por el Tribunal Constitucional en el caso Jeffrey Immelt y otros, donde adoptó una decisión diferente y evolutiva, cuando estableció que el incumplimiento de la garantía de la motivación genera como consecuencia la anulación del auto que impone la medida de coerción. En base a la inexistencia del marco de imputación que causaba indefensión, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus y, lo más importante, declaró nulo el auto de apertura de instrucción que contenía el mandato de detención impuesto a los beneficiarios de esta demanda, en consecuencia, se dispuso la suspensión de las órdenes de captura dictados contra todos los afectados (Sentencia recaída en el Expediente N.º 8125-2005-PHC/TC. Publicada el 25 de enero de 2006). Esa misma posición jurisprudencial ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 8123-2005-HC/TC. (Publicada el lunes 15 de mayo de 2006).

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

Considero que el Juez debe cumplir a cabalidad su deber de motivar las resoluciones judiciales, especialmente la que dispone la detención y cualquier

puntos controvertidos... La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula».

medida de coerción personal, en tanto afecta la libertad de un ciudadano. La libertad por ser un valor supremo debe ser resguardada en sus máximas expresiones, es por ello que no se puede dejar de exponer las razones que existen para limitarla o restringirla. Omitir esta tarea, implica una actuación irresponsable del Juez.

7.2. Aplicación temporal de la ley procesal penal en materia de coerción personal

La aplicación temporal de la ley procesal penal ha sido un tema muy debatido con motivo de determinar la ley aplicable para imponer la detención preventiva o fijar el plazo de la misma.

Sobre la aplicación temporal de la ley procesal penal existen dos principios: la regla del *Tempus comissi delicti* y la regla del *Tempus regit actum*. La primera de ellas referida a que las normas procesales aplicables son aquellas que se encuentran establecidas, mediante ley, con anterioridad a la comisión del delito; la segunda se refiere a que las normas aplicables son aquellas que se encuentran vigentes al momento de la realización del acto procesal.

En la doctrina, las posiciones son diversas. Entre quienes postulan la extractividad benigna de las normas procesales se encuentran, Fairén Guillén para quien «si una nueva ley procesal penal, concede más garantías al sujeto pasivo— vinculado, acusado, incluso recién condenado— lo lógico es aplicarla retroactivamente. Lo que no puede hacerse es lo contrario; admitir una retroactividad de la ley «*in peius*» del sujeto pasivo (por tratarse de un nuevo proceso con menos garantías, menos recursos, etc.)»⁵⁶. Para Luis Jiménez de Asúa «Como principio general, las leyes de organización, competencia y procedimiento que se modifiquen en bien de la justicia, pueden ser retroactivas. En particular, en cuanto a *organización judicial* y competencia, es necesario, no obstante, que observemos el caso excepcional de que se creen tribunales especiales o comisiones *ad hoc*. Estas jamás podrán tener *efectos retroactivos ni ultractividad*. En orden a la *acción para perseguir el delito*, hay que atender a lo favorable al reo; Tampoco serán retroactivas las nuevas disposiciones sobre *pruebas*, salvo en lo favorable, si afectan a elementos del tipo o si versan sobre culpabilidad o intención, y menos todavía si una prueba útil al reo se suprime. No hay inconveniente en que el rito sea retroactivo, salvo si refluye contra la defensa del reo. Y, finalmente, no podrán ser retroactivas aquellas leyes que supriman un recurso, pero sí las que lo creen»⁵⁷.

56. En: *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Librería Bosch. Barcelona. 1990. p. 68.

57. En: *La Ley y el Delito, Principios de Derecho penal*, Abeledo Perrot. Editorial Sudamericana. Tercera edición. Buenos Aires. 1958. p. 158.

En esta misma línea, Alberto BINDER manifiesta lo siguiente: «Observamos que de nada serviría que el Estado dijera que nadie podrá ser encerrado en una cárcel si previamente no se ha establecido el delito por el cual se condena y si no se realiza previamente un juicio, si luego la ley procesal penal puede ser modificada a antojo del legislador, dándose efecto inmediato a una nueva modalidad de juicio y de proceso de la cual resultara eventualmente, una condena», para el profesor argentino «La irretroactividad de la ley procesal es una manifestación más —muy importante— del intento común de ponerle frenos al Estado para evitar que las personas sean encarceladas por motivos distintos de la comisión de un hecho punible. (...). Por lo tanto el principio garantista fundamental consiste en la irretroactividad de la ley procesal. (...). La ley procesal penal es irretroactiva cuando altera el sentido político — criminal del proceso penal»⁵⁸.

En la postura contraria, esto es, quienes admiten la retroactividad de la norma procesal tenemos a MAURACH, para quien «La prohibición de retroactividad sólo rige para aquellas normas que fijan las consecuencias jurídicas de un hecho cometido»⁵⁹. En ese mismo orden JESCHECK, quien sostiene que «En el actual Derecho, la prohibición de retroactividad no rige para los preceptos procesales, y por tanto, tampoco es aplicable a los presupuestos del proceso»⁶⁰. Por su parte, GARCÍA RADA, afirma que «En el procedimiento, no puede hablarse de retroactividad, pero los realizados conforme a la ley anterior conservan su validez y surten sus efectos legales en forma completa»⁶¹. Finalmente, César SAN MARTÍN sostiene que «La retroactividad benigna siempre ha sido entendida desde la lógica del castigo y la pena estatal, nunca desde el proceso. La retroactividad de la ley más benigna sólo esta proclamada respecto de las leyes penales, esto es, normas sancionadoras, más no aquellas que restringen derechos individuales o fundamentales»⁶².

Para determinar los efectos de la ley penal es necesario acudir a los principios generales, los mismos que son reconocidos —dentro de un Estado de Derecho— como garantías del individuo: «el principio de la irretroactividad» (se prohíbe aplicar de manera retroactiva la ley penal desfavorable), prevista en el artículo 103º de la Constitución, y «el principio de favorabili-

58. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Op. cit. pp. 151 y ss

59. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1994, p.197

60. JESCHECK y Tomas WEIHEND. *Tratado de Derecho penal*. Parte General. Editorial Comares. Universidad de Granada. España. 2002. p. 186.

61. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Octava edición. Lima 1984. p. 17

62. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Gaceta Jurídica (Actualidad Jurídica)*; 2002 Agosto, Tomo 105; Lima - Perú. pp 15 - 36

dad» (se debe de aplicar de manera retroactiva una ley penal favorable), previsto en el artículo 139º inciso 11 de la Constitución. Lo polémico del tema se centra en determinar si esta última excepción alcanza a la ley procesal penal cuando ella es una ley restrictiva de derechos fundamentales.

Además, no hay que olvidar que el artículo 137 del Código Procesal Penal, no debe de ser interpretado de manera aislada, sino en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del código en referencia que establece lo siguiente: «La Ley procesal penal es de orden público y se aplica en el territorio nacional desde el comienzo de su vigencia, inclusive para lo que resta del proceso por un delito cometido con anterioridad y cuya sentencia no ha quedado firme, siempre que se trate de disposiciones más favorables al imputado». De esta manera se consagra el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley procesal penal, desde que se declara que la aplicación a lo que resta del proceso se supedita a que se trate de disposiciones más favorables al imputado⁶³.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N.º 83/00 que resuelve el caso 11.688 (Alan García-Perú) del 19 de octubre de 2000, ha establecido que (considerando 46): « (...) El principio de retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y a *contrario sensu*, la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto a 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* 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».

Para desarrollar el tema de la aplicación temporal de la ley procesal penal es necesario diferenciar las leyes de organización del proceso, es decir, aquellas que regulan el mero transcurso formal del proceso y las leyes que aunque se apliquen durante el proceso, restringen derechos fundamentales. A las primeras les rige el principio en virtud del cual las normas procesales son aquellas vigentes al momento de realización del acto procesal. A las segundas, en cambio, le rige el principio de la ley vigente al momento de la comisión delictiva.

El tratamiento de la aplicación temporal de la ley procesal penal se hizo debatible con la promulgación de leyes que ampliaban el plazo de la detención preventiva, de 12 a 15 meses, luego a 18 y finalmente las posibilidades

63. Véase CASTILLO ALVA, José Luis. *La aplicación favorable de la Ley en materia penal. El problema de la Ley N.º 27770*. En *Actualidad Jurídica* 123/2004. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2004, p.30.

de hasta 36 ó 72 meses⁶⁴. Una de las leyes que mayor cuestionamiento originó fue la ley N.º 27553, pues en la Disposición Transitoria Única se establecía que ella «se aplica a los procedimientos en trámite», a pesar de constituir una norma más restrictiva, al extender los plazos establecidos para configurar el exceso de detención y provocar la excarcelación.

El valor supremo de la libertad, debe estar por encima del interés del Estado, tal como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N.º 873-2000-HC/TC (Caso Luis Alberto Heraldo Jaramillo. F. J. N.º 5. Publicada el 19 de enero de 2001) cuando afirma que en toda interpretación normativa se debe anteponer la persona al Estado: «No puede dejar de relevarse que cuando el artículo 137 del Código Procesal Penal, otorga la libertad por exceso de detención, lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficiencia en la administración de justicia, optando por el mal menor de que un culpable salga libre, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado en espera de su tardía absolución definitiva. En tales circunstancias es obvio hacer prevalecer que el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal cual lo proclama el art. 1 de la Constitución».

Algunos operadores de la justicia penal interpretaron el concepto de «salvo en materia penal», a que hace referencia el artículo 103 de la Constitución⁶⁵, restringiéndolo al campo del Derecho penal sustantivo, posibilitando la aplicación retroactiva de una norma procesal más aflictiva al imputado. Las consecuencias de esta interpretación resultan demasiados peligrosas si atendemos que lo que busca nuestra Constitución es dar el marco adecuado a fin de abandonar el criterio inquisitivo que tenemos del proceso penal, buscando alcanzar uno de corte más garantista.

Esta situación se agravó cuando el Tribunal Constitucional, en su momento, no asumió una posición clara con respecto a la retroactividad o ultractividad de la ley procesal penal⁶⁶. En este sentido, cómo se entiende que

64. Ver pie de página 12 del presente documento.

65. Constitución del Perú: «Artículo 103: (...) 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 (...)».

66. Cabe mencionar algunas sentencias: «No puede aplicarse (Ley N.º 27553) a los casos de personas cuya detención ya cumplió el plazo original establecido por el art.137 CPP en su versión derogada (15 meses) sin que fuera prorrogado judicialmente, antes del 14/11/02, fecha de entrada en vigencia de la Ley N.º 27553, pues tales personas ya habían adquirido previamente el derecho de excarcelación... tampoco puede aplicarse la nueva ley a los casos en que al 14/

el Tribunal Constitucional peruano haga suya la posición de la retroactividad de la ley procesal penal cuando perjudica al procesado bajo el argumento que la referencia a «ley penal» en la Constitución, sólo se refiere a la de carácter sustantiva y no procesal, así por ejemplo en la Sentencia recaída en el expediente N.º 2496-2005-PHC/TC (Caso Valencia Gutiérrez. F. J. N.º 12 y 13. Publicada el 3 de junio de 2005), donde estableció como precedente constitucional «*Con relación a la aplicación de las normas penales,... 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 (FJ N.º 12). Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1º de la Ley N.º 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137º 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 (FJ N.º 13);*

11/02, existía un auto de prórroga de la detención fijándola en 15 meses más, y no en 18. Lo contrario significaría una aplicación retroactiva de una disposición penal, que perjudicaría al imputado...» Sentencia recaída en el Expediente N.º 365-02-HC/TC. (Caso Walter Barraza Suárez. F. J.N.º 1. Publicada el 13 de diciembre de 2002).

«No habiendo transcurrido el Plazo Máximo de detención al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, esto es, los 30 meses que prevé el art. 137 del CPP, modificado por el DL 25824, disposición legal que en este caso resulta aplicable en virtud del principio de ultraactividad benigna en la aplicación temporal de la ley penal...» Sentencia recaída en el expediente N.º 321-02-HC/TC. (Caso Robert Rosas García. F.J.N.º 4. Publicada el 19 de enero de 2003).

«Según la sentencia se trata de un procesado por tráfico de drogas que se encuentra más de 24 meses detenido, sin haber recibido sentencia de primer grado o existir prórroga de detención. Al declarar fundado el hábeas corpus, el TC indica que una vez constatado el transcurso del plazo de 15 meses y que no existe mandato de prórroga de detención, la judicatura a cargo debió disponer la libertad del procesado»⁶⁷. Sentencia recaída en el expediente N.º 798-02-HC-TC. (Caso Carlos Vega Ardila. F. J. N.º 3 a 5. Publicada el 17 de septiembre de 2002).

«...en consecuencia, no habiendo transcurrido el plazo máximo de detención al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, esto es, los 36 meses, la pretensión debe desistirse...» Sentencia recaída en el expediente N.º 330-02-HC/TC. (Caso James Ben Okoli. F. J. N.º 4. Publicada el 22 de septiembre de 2002).

«...si la acción judicial del accionante recién se ha ejecutado desde el 11 de abril del 2001, aplicable al caso de autos la norma procesal vigente en dicho momento, esto es, el Decreto Ley 25824, cuyo texto establece que el plazo de la detención no durará más de 15 meses prorrogables a 30 meses en los procedimientos especiales...» Sentencia recaída en el expediente N.º 2166-02 (Caso Luis Delgado Arenas. F. J. N.º 2. Publicada el 18 de marzo de 2003).

En otra sentencia, establece que «Si bien la única disposición transitoria de la citada ley establece que ella ha de aplicarse «a los procedimientos en trámite», dicha disposición debe interpretarse de conformidad con la Constitución y, en particular, con el principio de irretroactividad de las normas establecido en el artículo 103 de la Norma Fundamental, aplicable a hipótesis penales cuando la nueva ley no favorece al imputado. Esto implica: a) que el nuevo y más amplio plazo de detención no puede aplicarse a los casos de personas que cumplieron el plazo original de detención establecido en el art. 137° del Código Procesal Penal en su versión derogada (quince meses), sin auto de prórroga de detención, antes del catorce de noviembre del dos mil uno, fecha de entrada en vigencia de la citada ley N.º 27553, pues tales personas habían ya adquirido previamente el derecho de excarcelación, b) que tampoco puede aplicarse la nueva ley a los casos en que, al catorce de noviembre del dos mil uno, existía un auto que prorrogaba la detención fijándola en quince meses más, y no en dieciocho. Lo contrario significaría una aplicación retroactiva de una disposición penal, que perjudicaría al imputado...». (Sentencia recaída en el expediente N.º 309-2002-HC-TC (Caso Roberto Poémape Chávez. F. J. N.º 1. Publicada el 16 de agosto de 2002).

En este contexto, considero que la aplicación retroactiva de la norma procesal penal en desmedro de los derechos fundamentales del procesado y al amparo de una interpretación restrictiva del principio de retroactividad benigna de la ley penal previsto en el artículo 103 de la Constitución, supone una perniciosa afectación al modelo garantista de coerción personal.

7.3. El peligro procesal

El presupuesto más importante de la coerción personal es el peligro procesal. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 1091-2002-HC/TC (Caso Silva Checa. F. J. N.º 15. Publicada el 16 de agosto de 2002) «[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el **peligro procesal** que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia».

Respecto al contenido y amplitud del peligro procesal, podemos señalar tres posturas. La primera de ellas, de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga. En efecto, la tendencia más reciente ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que la Convención Americana de Derechos

Humanos (en su artículo 7, numeral 5) sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar «su comparecencia al juicio», y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 9 numeral 3) que autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar «la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales». Al respecto, expresa Alberto BINDER que «el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia»⁶⁷.

La segunda postura que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro procesal de fuga que: «se reconoce a cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado —referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes—; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales» (SS-TEDH, Asuntos B; del 28 de marzo de 1990, párrafo 44; Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafo 43; y Stögmüller del 10 noviembre de 1969, párrafo 15).

Siguiendo esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, respecto del peligro de entorpecimiento, que se requiere que tal peligro sea concreto y no abstracto (Informe 2/97 Párrafo 33).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más específico, pues señala que el contenido del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que devalen su intención de suprimir la prueba (STEDH, Asunto Wenhoff, del 27 de junio de 1968, párrafo 14). Este mismo Tribunal ha indicado que si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o imputados (STEDH, Asuntos Tomasi, del 27 de agosto de 1992, párrafo

67. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. Op. cit. p. 199.

92/95; asunto Kemmache, del 12 de diciembre de 1991, párrafos 46/47; asunto Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafos 37/38).

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

Justificar la medida de coerción sobre la base de la **gravedad de los hechos incriminados**, supone atribuirle a ésta un carácter ajeno a su naturaleza cautelar. Ejemplo de esta desnaturalización de la coerción la encontramos en la Resolución N.º 29 (Sala Penal Especial– Anticorrupción del 03 de mayo de 2001) que impone una medida de coerción personal afirmando lo siguiente: «...Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos incriminados y las dimensiones sociales, que los mismos han adquirido... se torna necesario imponérsele al encausado la medida de Impedimento de Salida del País.».

Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido con acierto que «Si ese fuera el sentido..., esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, «podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley. Informe N.º 02/97, párrafo 51» (Sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC. F. J. N.º 126).

Respecto a la imposición de una medida de coerción personal atendiendo al **peligro de reiteración delictiva**, considero que constituye un grave error que atenta contra los fines de las medidas cautelares. Este supuesto está contenido en una exhortación del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC cuando estableció que: «... además de las razones previstas en el artículo 135 del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tiene que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público». No obstante, el Tribunal Constitucional, citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 02/97, párrafo 32) consideró

que «no debe olvidarse que cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad».

A propósito de ello la ley N.º 28726 que incorpora al Código Penal dos agravantes genéricos: la reincidencia (artículo 46 B) y la habitualidad (artículo 46 C)⁶⁸. La reincidencia constituye una vieja figura incluida ya en el artículo 10 del Código Penal de 1863⁶⁹ y reproducida en el Código de 1924⁷⁰. El Código Penal de 1991 proscribió la reincidencia, sin embargo, el legislador lo restableció para los casos de terrorismo, conforme se estipula en el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 921 (el Decreto Ley N.º 25475 también la regulaba).

Es cierto que la reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia, Argentina, entre otros.) y que en doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a fundar su existencia: unos basados en la mayor culpabilidad, otros en la mayor capacidad criminal, otros, en la mayor peligrosidad del sujeto, otros en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, otros en que es causa de agravación del injusto, etc⁷¹. Sin embargo, el rechazo a esta forma de agravación es doctrina dominante⁷² (en Alemania se suprimió esta agravante en 1986).

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

69. Se establecía. «Artículo 10: son circunstancias agravantes: inciso 14. Ser culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie».

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

71. Cfr. SERRANO GOMEZ. «La reincidencia en el Código Penal». En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1976, p. 71-72. También GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA. *Comentarios a la legislación penal*. Tomo II. Edersa. Madrid. 1983. pp. 23 y ss.

72. QUINTERO OLIVARES se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia como circunstancia agravante, si bien reconoce que atendiendo a

Considero inconstitucional la institución de la reincidencia [y la habitualidad] pues atentan contra el principio de resocialización de las penas consagrado en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución (se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado), y el de presunción de inocencia pues comporta una presunción de peligrosidad que agrava la pena prescindiendo de actividad probatoria alguna. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha declarado que «ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente» (Sentencia recaída en el expediente N.º 019-2005-AI/TC. Caso Arresto Domiciliario: Ley N.º 28568. Fu. J. N.º 41. Publicada el 21 de julio de 2005).

La reincorporación de la reincidencia por el legislador, sin embargo, no constriñe al Juez a que las aplique en todos los casos y sin excepciones. Esta institución asume, pues, un carácter facultativo. Eso se desprende del verbo empleado por el legislador: El Juez «podrá». Finalmente, pero no por ello menos importante, debemos tener en consideración la modificación del artículo 69 por la ley N.º 28730 (Publicada el 9 de mayo de 2006), cuando al incorporar el último párrafo establece que «La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena». Con lo cual se está desconociendo la naturaleza de la rehabilitación y el cumplimiento íntegro de la condena.

Aunado a ello, a partir de la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, se ha discutido la legitimidad de la incorporación de la **alteración del orden público** como presupuesto para ordenar la detención. Esta sentencia del Tribunal Constitucional insinúa la inclusión de orden público como presupuesto de la detención: «en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y con-

razones político-criminales, «ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad» Ver más: Parte General del Derecho penal. Aranzadi, Navarra, 2005, p.728. Ya advierte GRACIA MARTÍN que «pena y medida, culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención son conceptos contrapuestos e incompatibles». En: «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española». Actualidad Penal 1993 p.568. Igualmente CEREZO MIR: «Es opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho penal española que la peligrosidad no puede servir nunca de fundamento a una agravación de la pena sino que puede dar lugar únicamente a la aplicación de medidas de seguridad.» en «Consideraciones político-criminales sobre el Borrador de Anteproyecto de nuevo Código Penal Parte General de octubre de 1990» en Presupuestos para la Reforma Penal. Universidad de la Laguna, 1992. También MUÑOZ CONDE, Francisco.» Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español. En: Estudios Penales y Criminológicos VI, 1983. Universidad de Santiago de Compostela. 1983. p. 218.

cluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal» (F. J. N.º 145)⁷³.

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

También en la indicada sentencia el Tribunal Constitucional, citando el Informe 02/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró como criterio válido para ponderar la existencia de peligro procesal «la **historia personal, la evaluación de la personalidad y el carácter del acusado**» (F. J. N.º 143).

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

Otro de los supuestos previstos por el Tribunal Constitucional para determinar el peligro procesal consiste en 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 (Sentencia recaída en el expediente N.º 1567-2002-PHC/TC (Caso Rodríguez Medrano. F. J. N.º 6)). Este intento de justificar el peligro procesal, se enmarca dentro de un Derecho penal de autor, proscrito por el ordenamiento jurídico nacional.

Otras sentencias del Tribunal Constitucional para justificar la detención preventiva o su prolongación resultan preocupantes, en cuanto se exponen como argumentos, la no admisión de cargos, la no colaboración con la justicia, las declaraciones contradictorias o atentar contra la viabilidad del sistema democrático. Podemos citar los siguientes:

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

En la sentencia recaída en el expediente N.º 1091-2002-PHC/TC (Caso Silva Checa. Fundamento N.º 11. Publicada el 16 de agosto de 2002), se afirma: «No se afecta la libertad física del recurrente, pues el actor obstaculizó la investigación judicial al **ocultar hechos relevantes** para culminar con éxito el proceso penal que se le sigue. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que existe base objetiva y razonable que justifica la decisión de la emplazada para no variar el mandato de detención en su contra.». Esta argumentación lesiona el derecho a la no autoincriminación; tanto más si se tiene en cuenta que la supuesta omisión se refería a hechos que en el caso citado no eran materia de la imputación fiscal y del auto de apertura de instrucción.

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

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

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

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

7.4. Plazo de la prisión provisional

El derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido. El contenido del derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable se expresa en el adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad⁷⁴.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el plazo razonable de la detención preventiva no puede ser establecido en abstracto, sino que se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso (Informe 12/97, párrafos 19 y 22; Informe 12/96, párrafos 69 y 70). Por ello, la referida razonabilidad no puede derivar del solo hecho de que el plazo en juego se ajuste a lo que prescriba la ley.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando establece que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al referir que «el

74. Ver: Expediente 2915-2004-HC/TC. Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de diciembre de 2004.

plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito» (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4). La imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario (Sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-PHC/TC (Caso Federico Berrocal Prudencio. F: J. N.º 14 a 17. Publicada el 25 de noviembre de 2004).

Los convenios internacionales se abstienen de establecer los plazos máximos concretos que deben durar la prisión provisional. La fórmula empleada es acudir a la expresión «plazo razonable» para delimitar el tiempo que una persona puede estar sometida a prisión antes de haber sido condenada. Así, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales dispone en su artículo 5 inciso 3 que «toda persona detenida preventivamente o internada (...). tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento»⁷⁵.

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

a. Plazo razonable de la detención: «Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso». (artículo 7 inciso 5)

b. Plazo razonable del proceso: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial...» (artículo 8 inciso 1)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso 11.245. Informe N.º 12/96. Jorge A. Jiménez vs Argentina, de 1 de marzo de 1996) ha establecido que ambos artículos persiguen el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente

75. En esa misma línea el Tribunal Constitucional Español en la STC 41/96 de 12 de marzo afirma que «toda situación de prisión provisional que supera dicho plazo razonable vulnera directamente el derecho a la libertad protegido por el art. 17.4 *in fine* de la Convención Europea y hace nacer un deber imperativo de poner en libertad al encausado».

en el tiempo y causen daños permanentes. Sin embargo, señala la Comisión, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias. En el plazo razonable de la detención, la especificidad del artículo 7 inciso 5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene derecho a que su caso sea resuelto con la debida prioridad, en forma expeditiva y conducido con diligencia especial. Además, su objetivo es limitar el tiempo de detención y no que la causa sea juzgada en un lapso breve. De otro lado, el plazo razonable para la duración del proceso previsto en el artículo 8 inciso 1 debe medirse con relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. En suma, la duración de un proceso penal podría ser considerada razonable, más no la de la prisión preventiva dispuesta en ese mismo proceso.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-PHC/TC (Caso Berrocal Prudencio. F. J. N.º 7. Publicada el 25 de noviembre de 2004), el Tribunal declaró que «es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto –tanto en su contenido como en sus presupuestos– del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad».

Hasta antes de la entrada en vigencia del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 no existía un límite para la duración de la detención preventiva, lo cual ocasionaba que a menudo los procesados sufrieran detenciones sin condena por muchos años. Esta forma de administrar la coerción era una clara violación a la presunción de inocencia y al plazo razonable, consagrados en la Constitución de 1993 y en los Convenios Internacionales a los cuales está vinculado el Perú.

La regulación del plazo de la detención preventiva en el artículo 137 del Código Procesal Penal guarda relación con los principios de la coerción y es una legislación que corresponde a un Estado Democrático de Derecho; responde a una opción garantista de respeto al debido proceso y a los derechos humanos.

Los problemas que se presentaron en la aplicación del artículo 137 fueron los siguientes:

- a. No obstante, la excesiva duración de la prisión preventiva, resultaba imposible que los procesados fueran liberados, por cuanto el Estado no quería dar una imagen de ineficiencia al ordenar la libertad de los detenidos.
- b. La situación de los internos que al haberse declarado nulos sus procesos y pese al tiempo extremadamente prolongado de sus detenciones,

razón por la cual debían ser excarcelados, sin embargo, el Estado no admitía liberar a los procesados por delito de terrorismo.

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

En el plano jurisprudencial, se han expuesto las siguientes soluciones para evitar la excarcelación por exceso de detención, así por ejemplo en la sentencia recaída en el expediente N.º 290-2002-PHC/TC (Caso Calmell Del Solar. F. J. N.º 6. Publicado el 4 de junio de 2003), se reconoce – peligrosamente– que la duplicidad opera autónomamente a la prolongación, es decir que en un caso es posible duplicar la detención y además prolongarla.

El motivo de estas decisiones parte de una interpretación equivocada de las denominadas dilaciones indebidas, por cuanto el procesado tiene todo el derecho a impugnar, deducir medios de defensa técnica, solicitar postergaciones de diligencias, aportar pruebas, etc; sin que éstas generen menoscabo al proceso.

Finalmente, debemos exponer que en algunos casos los procesos se acumulan sin justificación suficiente. Este tipo de acumulaciones implica que un procesado, con una imputación simple resulte involucrado en un mega proceso con gran cantidad de imputados. En estos casos, el imputado en procesos no complejos resulta perjudicado por la demora del proceso acumulado.

7.5. Detención domiciliaria

Dentro de las diferentes medidas coercitivas personales la detención domiciliaria es la más grave después de la prisión provisional. Así lo recono-

ció el Tribunal Constitucional en el caso Bueno Aceña, que por lo demás es el primer caso conocido de detención domiciliaria⁷⁶, al señalar que dicha medida «... después de la detención es una de las más aflictivas dentro de la escala coercitiva que prevé nuestro ordenamiento legal razón por la cual la necesidad de su aplicación y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado...» (Sentencia recaída en el expediente N.º 066-2000-HC/TC. F. J. N.º 6. Publicada el 16 de junio de 2000). Este mismo criterio fue luego reiterado en los casos Laura Bozzo Rotondo (Sentencia recaída en el expediente N.º 376-2003-HC/TC) y Héctor Chumpitaz Gonzales (Sentencia recaída en el expediente N.º 1565-2002-HC/TC).

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

También pueden citarse los casos de prohibición para salir a trabajar o estudiar, desconociéndose con ello otros derechos fundamentales. Si bien la norma no establece este supuesto, es posible sostener su procedencia. Así, lo reconoció el Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Expediente N.º 027-98. Caso Román Bueno Aceña) en el que se dispuso el permiso de trabajo bajo la consideración de que «...la detención domiciliaria en ningún caso determina el enclaustramiento total del justiciable en su morada, pues su apartamento de un espacio con barrotes no es el elemento diferenciador de su reclusión efectiva...». En esa misma orientación la resolución emitida por

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

la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente 12-2001 (Caso Pedraza Barreda) en el que se estableció que la detención domiciliaria «...no se debe contraponer a los demás derechos constitucionales que no han sido limitados, como es el derecho a trabajar libremente garantizado así por la Constitución Política...».

Otro de los problemas aplicativos de la detención domiciliaria es el relacionado a su plazo. Si bien el Código Procesal Penal no establece cuánto tiempo debe estar una persona con detención domiciliaria, se entiende que por un criterio de proporcionalidad y provisionalidad, ésta debe durar mientras persistan los elementos que le dieron lugar, o hasta que surjan nuevos elementos que hagan variar su situación, en especial el peligro procesal. En el Caso Bueno Aceña el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de hábeas corpus estableciendo que «...la necesidad de su aplicación [de la detención domiciliaria] y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado...» (Sentencia recaída en el expediente N.º 066-2000-HC/TC. F. J. N.º 6).

Además, el plazo previsto para la detención preventiva, constituye un referente necesario para determinar el plazo de la detención domiciliaria. En el caso Villanueva Chirinos (Sentencia recaída en el expediente N.º 731-2004-HC/TC) el Tribunal Constitucional ha fijado pautas generales de índole cualitativo para la limitación temporal de la detención domiciliaria que son del caso anotar. Señala el Tribunal que «...tomando en cuenta lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139º de la Constitución, y, a fin de salvar este vacío legal, el Tribunal considera importante resaltar dos premisas: a) la existencia del plazo máximo, no resulta el único criterio determinante para constatar que una detención deviene en desproporcionada y arbitraria luego de vencido el plazo, pudiendo tornarse en tal, inclusive antes del cumplimiento del mismo cuando por ejemplo, desaparezcan las razones que motivaron el propio mandato... b) la inexistencia de un plazo máximo legal, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos, de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien ser valorado en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes...» Indica asimismo esta sentencia que «...el exceso de detención domiciliaria puede verificarse en cada caso concreto atendiendo a una serie de elementos, dentro de los cuales, la existencia de un plazo máximo como referente derivado del principio de proporcionalidad sólo es uno de ellos y no el único determinante...» Finalmente, el Tribunal Constitucional establece dos criterios «con carácter vinculante»: 1) Peligrosidad Procesal y, 2) La razonabilidad. (F. J. N.º 13 y 14. Publicada el 31 de mayo de 2005)

Tratamiento diferente merece el supuesto de acumulación de los días de detención domiciliaria y detención preventiva para obtener la libertad por

exceso de detención, según los plazos fijados en el artículo 137. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia recaída en el expediente N.º 1725-2002-HC/TC. (Caso Arbulú Seminario. F. J. N.º 2. Publicado el 22 de mayo de 2003) 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 137º del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (Sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2002-HC, F. J. N.º 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 obstructivista del imputado.

Por último, a propósito de la ley N.º 28568, que modificaba el artículo único del artículo 47 del Código Penal referido al abono de la detención preliminar, preventiva y domiciliaria para el computo del descuento de la pena privativa de libertad; el Tribunal emitió una sentencia normativa de trascendental relevancia (Sentencia recaída en el expediente N.º 0019-2005-PI/TC. Caso Arresto Domiciliario. Publicada el 21 de julio de 2005). En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional expuso que «en modo alguno puede sostenerse que la detención preventiva y la detención domiciliaria tengan la misma incidencia sobre la libertad personal, pues con ello se estaría afectando el principio de igualdad. Además, que la homologación de un día de detención domiciliaria por un día de privación de libertad vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. La norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La ten-

dencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad».

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

VIII. REFLEXIÓN FINAL

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

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

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

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

Lima, junio de 2006.

