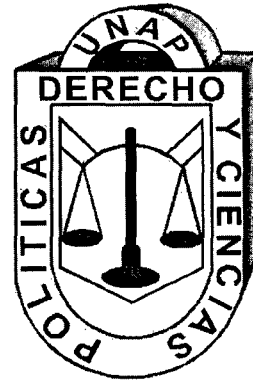
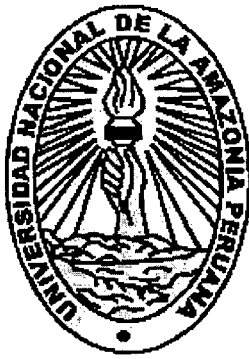


T
353.44
T89

“Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra
Diversidad”



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA
PERUANA**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

TÍTULO:

**MOTIVACIÓN DEL REQUISITO DE PELIGRO PROCESAL PARA DICTAR
EL MANDATO DE DETENCIÓN EN LOS AUTOS DE APERTURA DE
INSTRUCCIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO POR EL
PRIMER, TERCER Y SEXTO JUZGADO PENAL DE MAYNAS DURANTE
LOS AÑOS 2008 – 2009.**

ASESOR: DR. RAÚL QUEVEDO GUEVARA

BACH. CARLOS ENRIQUE TUESTA RIVERA

BACH. ANGEL ANDRES ANGULO AGUILAR

IQUITOS – PERU

2012

DONADO POR:
CARLOS E. TUESTA RIVERA
Iquitos, 13 de ENERO de 2013




00129

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA


FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

“MOTIVACIÓN DEL REQUISITO DE PELIGRO PROCESAL PARA DICTAR EL MANDATO DE DETENCION EN LOS AUTOS DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO POR EL PRIMER, TERCER Y SEXTO JUZGADO PENAL DE MAYNAS DURANTE LOS AÑOS 2008 – 2009”. Tesis presentada para optar el Título Profesional de Abogado, en Sustentación Pública, siendo aprobado por Mayoría, el día 09 de Marzo de 2012, por el Jurado Ad Hoc, nombrado por la Facultad.

Miembros del Jurado.



.....
ALBERTO NAVAS TORRES
PRESIDENTE



.....
EDWIN BELLIDO SALAZAR
MIEMBRO



.....
PEDRO VINCULACIÓN SANCHEZ RUBIO
MIEMBRO

DEDICATORIA

A mis padres Hermógenes y Jesús, por su comprensión y ayuda en momentos malos y menos malos. Me han enseñado a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi perseverancia y mi empeño, y todo ello con una gran dosis de amor y sin pedir nunca nada a cambio.

A mi mujer Eileen, a ella especialmente le dedico esta tesis. Por su paciencia, por su comprensión, por su empeño, por su fuerza, por su amor, por tal y como es, ... porque la quiero. Es la persona que más directamente ha sufrido las consecuencias del trabajo realizado. Realmente ella me llena por dentro para conseguir un equilibrio que me permita dar el máximo de mí. Nunca le podré estar suficientemente agradecido.

A mi hijo, Matías Julián. Su nacimiento ha coincidido con el final de la Tesis. Él es lo mejor que me ha pasado, y ha venido a este mundo para darme el último empujón para terminar el trabajo. Es sin duda mi referencia para el presente y para el futuro.

Ángel Andrés Angulo Aguilar.

A mi hija Génesis Amira, por ser el motivo de superación.

A mi Madre, por ser la persona quién me apoyo moralmente.

A Rubí Azucena por ser la mujer ideal.

Carlos Enrique Tuesta Rivera.

AGRADECIMIENTO

Primero y como más importante, nos gustaría agradecer sinceramente a nuestro asesor de Tesis, Dr. Raúl Quevedo Guevara, por su esfuerzo y dedicación. Sus conocimientos, sus orientaciones, su manera de trabajar, su persistencia, su paciencia y su motivación han sido fundamentales para nuestra formación como investigadores. Él ha inculcado en nosotros un sentido de seriedad, responsabilidad y rigor académico sin los cuales no podríamos tener una formación completa como investigadores. A su manera, ha sido capaz de ganarse nuestra lealtad y admiración, así como sentirnos en deuda con él por todo lo recibido durante el periodo de tiempo que ha durado esta Tesis.

A nuestros profesores, compañeros de trabajo, amigos... y todos aquellos que hicieron posible la confección y elaboración de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

Muchas veces en nuestro papel de ciudadanos comunes y corrientes, nos encontramos con resoluciones, que a simple vista no es posible entender su sentido; mucho menos lo que resuelve y cuantas veces más, en el desarrollo de nuestros papeles en el mundo jurídico hemos hallado resoluciones carentes de toda fundamentación y logicidad. El problema se agrava cuando por este tipo de resoluciones se priva de un derecho fundamental a un ser humano: la libertad personal, al dictar en su contra mandato de detención. Es así que, para tan agravante disposición del Magistrado, la Ley exige que se cumplan los requisitos señalados por ella en el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal de 1991 - además de las exigencias establecidas por la Carta Magna, entre ellas; la Motivación, ya que sin ella derivaría en Nulo, como lo afirma el Tribunal Constitucional, Institución que a pesar de los lineamientos acotados para el dictado de tan agravante disposición de medida provisional en abundante y creciente jurisprudencia, es poco o nada utilizado por nuestros Magistrados. A la luz de estas resoluciones del Tribunal Constitucional, se pretende analizar los Autos Apertorios de Instrucción emitidos por la Corte Superior de Justicia de Loreto, centrando nuestra atención en la fundamentación del requisito de peligro procesal, criterio que muchas veces es analizado en base al cumplimiento de los otros dos requisitos (prognosis de pena superior al año y suficiencia probatoria), esto es que; el Juzgador ante el cumplimiento de los otros dos requisitos, los vuelve a citar o en todo caso se fundamenta en aspectos no relacionados al delito, sino a la calidad de la persona, lo cual agrava aún más la calidad de fundamentación que se expone para fundamentar el requisito de peligro procesal.

PARTE I
ASPECTOS METODOLOGICOS

CAPITULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ante la creciente Población Penal, era menester preguntarse; cuántos de ellos merecen estar "intramuros"; cuál ha sido el fundamento para que se les dicte mandato de Detención, o si se ha motivado suficientemente el cumplimiento de los tres requisitos para dictar el mismo; en respeto irrestricto del mandato Constitucional del artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco; el cual prescribe que toda resolución del Juez debe ser motivada a excepción de los decretos de mero trámite; es así que se plantea una investigación sobre la motivación y razonabilidad de los fundamentos en los cuales se basan los requisitos exigidos por el artículo ciento treinta y cinco del Código de Procesal Penal de 1991; estos son Prognosis de Pena mayor a un año de pena privativa de libertad, Suficiencia Probatoria y Peligro Procesal; revisando la calidad de fundamentación que tanto los magistrados como sus auxiliares Jurisdiccionales pueden brindar; logrando muchas veces brindar una motivación aparente, esto es fundamentos vacíos, sin fuerza, utilizando expresiones estereotipadas para ocultar la vacuidad de un razonamiento inexistente; o con inferencias no adecuadamente deducidas; llegando inclusive a no tener relación con el caso investigado; en especial en lo referente al requisito de Peligro Procesal, resultando así que se estaría vulnerando Derechos fundamentales además de Principios Penales, cuando se viola el derecho a la libertad del investigado al estársele condenando a una estadía en un Centro Penitenciario a pesar de no existir el peligro procesal requerido para dictar mandato de detención en su contra. Siendo que el resultado esperado con la presente investigación es identificar y cuantificar cuales son esos Autos Apertorios de Instrucción de la Corte Superior de Justicia de Loreto con fundamentos aparentes, y no se vuelvan a utilizar para enviar a un investigado que si bien es cierto cometió un delito, no debería enviársele a un centro penitenciario solo por la Alarma Social generada por la comisión del mismo.

1.1. JUSTIFICACIÓN

Es relevante llevar a cabo la investigación del problema planteado; pues de esta se derivarán beneficios no solo personales; como es el dominio del tema de investigación; así como el dominio de las técnicas de investigación, sino también en el estudio teórico y los logros del trabajo de campo van a originar beneficios a la comunidad científica jurídica así como a la no científica; pues se pretende dejar huella de un camino hacia el cambio jurídico de la figura de la detención judicial provisional; así como dejar un indicio de cómo resolver el problema social del hacinamiento en las Cárcenes del Perú, fenómeno que también afecta a nivel internacional; logrando una mayor rigurosidad en el dictado del mandato de detención, una mejor fundamentación; siendo este un tema conveniente y trascendente pues de este modo se ayudará a cumplir los fines de la Prevención Especial Positiva; esto es la resocialización, rehabilitación y reeducación del penado; pues al haber menos presos se va a poder destinar mayores recursos a los internos que realmente necesitan resocializarse; abriéndose así la posibilidad del efectivo cumplimiento de los fines de la pena; siendo así trascendente a la comunidad mundial que tampoco delimita ni le da la rigurosidad al criterio del peligro procesal y sufre el mismo problema del hacinamiento dentro de las cárceles.

1.2. ANTECEDENTES NACIONALES Y EXTRANJEROS

En el ámbito interno no existe estudio alguno que contenga el mismo título, orientación y desarrollo, que se le ha dado a ésta tesis; igualmente ocurre en el ámbito externo. Sin embargo se debe anotar que existen trabajos muy bien logrados que ofrecen, desde otra perspectiva de la investigación Jurídica, alcances destacables de la problemática de la detención a nivel policial e inclusive a nivel Fiscal; más no a nivel Judicial. Siendo que estos trabajos previos nos servirán como base; para un mayor análisis crítico a nivel de la detención judicial; debiendo agregar que las certezas y los desaciertos serán destacados en sus acápites pertinentes, dando así en primer lugar una

visión amplia de la institución Jurídica de la detención, en sus diferentes niveles, para luego; en segundo lugar, incursionar con mayor análisis crítico sobre la detención a nivel judicial y su problemática actual.

1.3. FUENTES DEL PROBLEMA

1.3.1. GENERAL

¿El mandato de detención en el Auto de Apertura de Instrucción en los delitos Contra el Patrimonio y Contra la Libertad Sexual, en el Distrito Judicial de Loreto es consencuencia de una incorrecta motivación respecto al requisito de peligro procesal?

1.3.2. ESPECIFICO

- ¿El mandato de detención en el auto de apertura de instrucción en los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto, en el Distrito Judicial de Loreto es consecuencia de una incorrecta motivación respecto al requisito de peligro procesal?
- ¿El mandato de detención en el auto de apertura de instrucción en los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Robo, en el Distrito Judicial de Loreto es consecuencia de una incorrecta motivación respecto al requisito de peligro procesal?
- ¿El mandato de detención en el auto de apertura de instrucción en los delitos contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual en menores de edad, en el Distrito Judicial de Loreto es consecuencia de una incorrecta motivación respecto al requisito de peligro procesal?

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. GENERAL

Estudiar el mandato de detención en el auto de apertura de Instrucción respecto al requisito de peligro procesal en los delitos contra el Patrimonio y contra la Libertad Sexual en el Distrito Judicial de Loreto emitido por el Primer, Tercer y Sexto Juzgado Penal de Maynas durante los años 2008 – 2009.

1.4.2. ESPECIFICOS

- Determinar los fundamentos fácticos y jurídicos del mandato de detención en los autos de apertura de instrucción, respecto al requisito de peligro procesal con relación al indicador de Perturbación Probatoria, en los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto y Robo y contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual, en el Distrito Judicial de Loreto emitido por el Primer, Tercer y Sexto Juzgado Penal, durante el período 2008 - 2009.
- Determinar los fundamentos fácticos y jurídicos del mandato de detención en los autos de apertura de instrucción, respecto al requisito de peligro procesal con relación al indicador de Colaboración con la Justicia, en los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto y Robo y contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual, en el Distrito Judicial de Loreto emitido por el Primer, Tercer y Sexto Juzgado Penal, durante el período 2008 - 2009.
- Determinar los fundamentos fácticos y jurídicos del mandato de detención en los autos de apertura de instrucción, respecto al requisito de peligro procesal con relación al indicador Sobre el Delito, en los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto y Robo y contra

la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual, en el Distrito Judicial de Loreto emitido por el Primer, Tercer y Sexto Juzgado Penal, durante el período 2008 - 2009.

- Determinar los fundamentos fácticos y jurídicos del mandato de detención en los autos de apertura de instrucción, respecto al requisito de peligro procesal con relación al indicador de Sobre el Sujeto Investigado, en los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto y Robo y contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual, en el Distrito Judicial de Loreto emitido por el Primer, Tercer y Sexto Juzgado Penal, durante el período 2008 - 2009.
- Proponer lineamientos fácticos y jurídicos respecto al requisito de peligro procesal en delitos contra el patrimonio y contra la Libertad Sexual para la aplicación de los magistrados.

1.5. APORTES

1.5.1. APORTE CIENTIFICO: a este nivel se espera contribuir con un estudio analítico y crítico; sobre la detención judicial, los errores que se están cometiendo, demás decir violatorios de los principios penales como procesales reconocidos a nivel nacional como internacional, obteniendo con ello el respeto al debido proceso.

1.5.2. APORTE SOCIAL: se espera lograr la toma de conciencia de la actitud de los jueces ante la comisión de un delito y con el investigado, además de propiciar con el resultado de la investigación una mejor indagación a nivel Pre-Jurisdiccional para aportar mejores medios probatorios, dejando un sistema meramente acusatorio sin prueba suficiente.

1.5.3. APOORTE ECONÓMICO: se espera contribuir a la concentración de gastos en los institutos penitenciarios; esto es, que lo invertido por el Estado para el cumplimiento de la ejecución de la pena, no sea desviado para internos que solo ingresan a cumplir una estancia corta y sin sentido, que no solo perjudica al interno sino que afecta a la Sociedad también; pues saldrá de dicha corta estancia con nuevas "habilidades" adquiridas intramuros.

1.5.4. APOORTE HUMANISTICO: con la aplicación de los resultados de campo se podrá ampliar su efecto hacia la comunidad internacional jurídica; pues es bien sabido, que el problema penitenciario es a nivel internacional, llegándose inclusive a reformar la Institución de la Detención.

1.6. HIPOTESIS

1.6.1. HIPOTESIS

No existe una correcta motivación respecto al requisito de Peligro Procesal, para dictar mandato de detención en los Autos Apertorios de Instrucción en los delitos Contra el Patrimonio y la Libertad Sexual en el Primer, Tercer y Sexto Juzgado Penal de Maynas en el Distrito Judicial de Loreto.

1.7. UNIVERSO

Para esta Investigación se establece como Universo, los Autos de Apertura de Instrucción emitidos por el Tercer Juzgado Penal con reos en Cárcel; Primer y Sexto Juzgado Penal con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Loreto, durante los años 2008 y 2009.

1.8. MUESTRA

De este universo delimitado se va a tomar como muestra aquellos Autos que cumplan los siguientes criterios:

- a. Haber sido expedidos en el año judicial del dos mil ocho y dos mil nueve.
- b. Haber sido Aperturados por la presunta comisión de delito contra el Patrimonio en las modalidades: Hurto, Robo y Contra la Libertad Sexual en su modalidad de Violación Sexual en menores de edad.
- c. Que se le haya dictado al denunciado mandato de detención.

1.9. VARIABLES

1.9.1. DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

a. VARIABLE INDEPENDIENTE:

Peligro Procesal

b. VARIABLE DEPENDIENTE.

Mandato de detención en los delitos contra el Patrimonio y la Libertad sexual.

b.1. INDICADORES.

- Perturbación Probatoria.

1. Brindó otro nombre.
2. Poseía documento de identificación.
3. Poseía domicilio fijo.

- Colaboración con la Justicia.

1. Recuerda los hechos.
2. Explica la sindicación.
3. Intentó fugar al ser detenido.

- Sobre el Delito.
 1. Suficientes elementos de juicio.
 2. Forma ó circunstancia de comisión del delito.
 3. Pluralidad de agentes.
 4. Utilización de arma.
 5. Relaciona el cumplimiento de los otros dos requisitos para fundamentar el peligro procesal.

- Sobre el Sujeto Investigado.
 1. Se le halló infraganti o es reconocido.
 2. Es considerado reincidente.
 3. Es considerado como habitual.
 4. Cuenta con trabajo u oficio conocido.
 5. Afirma haber participado.

1.10. METODOLOGIA

1.10.1. MÉTODO: Se empleará el método teórico de análisis y síntesis; lógico razonado, deductivo e inductivo.

1.10.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo y explicativo. Descriptiva porque se recogerá información de manera independiente o conjunta sobre cada una de las variables y explicativa porque va responder a las causas de los sucesos.

1.10.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:

- No experimental porque no se manipula las variables, solo se observan los fenómenos en su ambiente natural.

- Longitudinal: Porque los datos se recolecta a través del tiempo.

1.10.4. FUENTES DE INFORMACIÓN: La Corte Superior de justicia de Loreto; creada en 1906 con más de 103 años de funcionamiento, con competencia territorial en Nauta, Caballo Cocha, Daten Del Marañon, Contamana, Requena, siendo que las condiciones sociales de esta zona son disímiles, desde las zonas más empobrecidas hasta substratos de economía media baja. Los expedientes serán la fuente de información, con sus Autos Apertorios de Instrucción, los cuales servirán para acopiar la información atinente a la investigación que nos ocupa. Se va a considerar para el recojo de datos y la verificación de las variables; un año judicial; considerando la puesta en vigencia del artículo 4 de la Ley N° 28726; publicada el 9 de mayo del 2006 y cuyo texto modifica el segundo requisito para dictar el mandato de detención, esto es reduce la prognosis de pena de "superior a cuatro años" a "superior a un año" de pena privativa de libertad; siendo que dicha fecha será verificada en la fecha de recepción del Atestado Policial ante Instancia Fiscal. El universo de estudio serán todos los autos Apertorios de instrucción durante el año judicial propuesto de los juzgados correspondientes como son el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal con reos en cárcel y el Primer y Sexto Juzgado Especializado en lo Penal con reos libres de la C.S.J.L; siendo la recopilación de datos vaciado en el formato pertinente y limitándose a estos tres juzgados, y de ahí tomado el muestreo; por ser los destinos de todos aquellos expedientes en los cuales se han dictado mandato de detención en los Autos Apertorios de Instrucción, esto es; si por ejemplo

el Primer y Sexto Juzgado Penal de Loreto dicta mandato de Detención este será posteriormente remitido al Tercer Juzgado Penal con Reo en cárcel. La información recopilada de los Juzgados ya señalados va a ser vaceada en el formato preparado para luego ser analizado y representado en gráficos estadísticos que refuercen la posición de la tesis y proporcionen datos relevantes para la comparación necesaria. Resultando que las etapas de la investigación va a ser primero la adquisición del conocimiento teórico necesario, esto es marco teórico, luego la recopilación de información, esto es el levantamiento de información mediante formato adjunto: luego la comparación y análisis.

1.11. TÉCNICAS DE RECOJO DE DATOS

Se aplicará la técnica de lectura, fichaje, la recopilación, análisis documental y estadístico, y por supuesto la investigación bibliográfica y de campo. Esto último se logrará con la aplicación de un formato de llenado sobre información de los expedientes penales a cargo del Tercer Juzgado Penal con Reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Además de contar con el Sistema Interno de Información de los expedientes, el cual se tiene a disposición; además de contar con la previa autorización del Presidente de la Corte Superior de Loreto.

1.12. RECURSOS

1.12.1. EQUIPO: materiales de escritorio como papel, bolígrafo, resaltador, post it, etc; computadora Pentium IV, impresora.

1.12.2. MATERIAL: expedientes penales de los Juzgados señalados, formato para recolección de información, programa de información de expedientes de la CSJL y

SPIJ. Además de Internet, cuya información será verificada antes de ser utilizada en la tesis.

1.12.3. RECURSOS HUMANOS: un estadista, un tipeador, el asesor.

CAPITULO II
ASPECTOS TEORICO

2. MARCO TEÓRICO

2.1. EL AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN

2.1.1. CONCEPTO

El auto de apertura de Instrucción, viene a ser la resolución por la cual el Juez ordena la iniciación de la instrucción en contra de determinada persona o personas con motivo de la comisión de un delito, disponiendo la realización de las diligencias importantes para su esclarecimiento.

Esta resolución constituye la primera que dicta el órgano jurisdiccional determinando formalmente el inicio del proceso penal en sede jurisdiccional, luego de admitida la denuncia del Ministerio Público.¹

Claria Olmedo expresa que este Auto: *“consiste en la declaración jurisdiccional que, haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de la investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquel contra quién va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga”*.²

También llamado el Auto Cabeza de la Investigación, da por terminada la investigación preliminar a cargo de la Policía o del Fiscal, correspondiendo ahora la investigación al Juez Penal conforme a las normas preestablecidas en el Código de Procedimientos Penales. La misma resolución puede ser dictada en los casos de ejercicio privado de la acción penal, ante la presentación directa de la denuncia a su despacho.

El auto de apertura de instrucción, tradicional y jurisprudencialmente llamado “Auto Apertorio” constituye la primera resolución jurisdiccional que admite a trámite la denuncia

¹ Jerí Cisneros, Julián Genaro. Teoría General de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de Instrucción por el agraviado. Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal. Lima Perú. 2002.

² Claria Olmedo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1962, Tomo V, Pág. 388.

del Fiscal, del particular si se trata del ejercicio privado de la acción penal y da inicio a la investigación del delito por la autoridad jurisdiccional. Mediante esta resolución el Juez Penal implícitamente declara promovida la acción penal ejercitada por el Fiscal y su trascendencia radica en las consecuencias procesales que tiene.³

2.1.2. DENOMINACIONES

La resolución que da inicio a la etapa de investigación del proceso penal ha recibido diferentes denominaciones, tanto en la legislación procesal penal extranjera como en la nuestra.

2.1.2.1. EN LA LEGISLACION EXTRANJERA

En la legislación extranjera recibe nombres como:

- En España se le llama “auto de incoación del sumario” o “auto de imputación formal”.
- En Chile se le denomina “Auto de Cabeza de Proceso”.
- En Argentina se le llama “Auto de Procesamiento”.
- En México se le llama “auto de radicación” o “auto de imputación formal”.

2.1.2.2. EN LA LEGISLACION NACIONAL

Así por ejemplo:

- En el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863 se denomina “auto cabeza del proceso”.
- En el Código de Procedimientos Penales de 1940 recibe el nombre de “auto apertura de Instrucción”.
- En el Proyecto del Código Procesal Penal de 1997 (no vigente) se denomina “resolución de apertura de Investigación”.

³ Sánchez Velarde, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA, Mayo, 2004, Lima – Perú. Pág. 461.

2.1.3. IMPORTANCIA

Se debe considerar que al ser el Auto Cabeza del Proceso, debe contener el acto de análisis y aplicación de los principios constitucionales que rigen los derechos de los ciudadanos, pues antes que una norma de inferior categoría, debe primar la norma constitucional es deber de aplicar el denominado Control Difuso, y ser el magistrado quien dicte personalmente el auto de apertura, no delegando como hoy es común en el especialista, la redacción y fundamentación de una resolución, esto sucede en especial en los Juzgados de Turno, donde el magistrado, debido a su alta carga procesal, no hace sino, leer raudamente el atestado policial, no quedándole tiempo suficiente para analizar detenidamente cada caso, y haciendo las cosas más fáciles para él y su personal, disponiendo el mandato de detención, y solo en casos excepcionales los fundamentos, que debe contener la resolución, correspondiéndole al Asistente redactarlas; según el lineamiento dispuesto por el magistrado, recayendo la responsabilidad de una debida fundamentación en este servidor, quién se limita a su capacidad y conocimientos adquiridos para redactarlas, resultando a veces no acorde a la Constitución, y las propias normas, por ello existe resoluciones que son revocadas por los Órganos Superiores.

Podemos resumir en ocho puntos la Importancia del Auto de Apertura de Instrucción:

- a. Controla la Legalidad de la acción penal. Tiene demasiada importancia, pues en términos generales, constituye el control de la legalidad sobre el ejercicio de la acción penal.
- b. Da inicio al proceso penal. Si no hay auto apertorio no hay proceso, el cual debe concluir estableciendo si existen o no elementos para pasar a la fase del Juzgamiento. Se trata de una resolución indispensable. El proceso penal nace con el auto apertorio de Instrucción. No nace con la denuncia, porque ésta puede ser desestimada por el Juez, tampoco

nace con la investigación preliminar del Ministerio Público o de la Policía, porque ella puede llegar a la conclusión de que no hay base para suponer la comisión de un delito o que no hay motivos para formalizar una denuncia. El proceso se inicia pues, cuando hay una imputación con caracteres de verosimilitud y ante la noticia calificada de un delito.

- c. Sin él no se podría condenar. Una garantía importante en el proceso penal, es que debe existir cierta identificación entre el auto apertorio de instrucción y el fallo. No se puede condenar o absolver a una persona por delito distinto al que ha instruído ni debe dejar de pronunciarse sobre un punto considerado como objeto de la investigación. De ahí su importancia y el cuidado que debe tenerse para expedirlo. Así como no se puede condenar sin juzgar, tampoco se puede juzgar sin instruir.
- d. Determina al imputado o procesado. Desde este momento, el sospechoso adquiere la calidad de imputado o procesado.
- e. Determina el curso de la instrucción. Determina el curso de la instrucción tanto en su desarrollo como en su conclusión. El auto de apertura de instrucción fija los parámetros de la instrucción.
- f. Fija las pautas para el juicio oral. El juicio oral no puede apartarse de los marcos fijados por el auto de apertura de instrucción. Durante el curso de la instrucción, en la fase intermedia, o en la audiencia, se puede ampliar o modificar el auto de apertura según las necesidades del proceso.
- g. Decide la medida de coerción. Decide el grado de sujeción o la medida de coerción que ha de imponerse al inculpado, determinando si estará sujeto a mandato de detención, comparecencia simple o con restricciones (Arts. 135º y 143º vigentes del Código Procesal Penal de 1991).

2.1.4. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos del auto de apertura de instrucción se encuentran determinados en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales cuando expresa que “recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal ...” y que son los mismos presupuestos que tiene en cuenta el Fiscal para formalizar su denuncia.

2.1.4.1. QUE EL HECHO DENUNCIADO CONSTITUYA DELITO.

Este presupuesto tiene sustento constitucional pues ninguna persona puede ser procesada por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (artículo 2° inciso 24 apartado d), lo que exige del Juez una calificación jurídica de los hechos que son materia de la denuncia fiscal, incluso de la tipificación que dicha autoridad ha realizado, así como de los elementos probatorios que contiene la investigación policial o fiscal.

La conducta que se denuncia como delito debe tener una ubicación dentro de la Ley Penal común o especial; debe estar taxativamente prevista como infracción punible; de allí que la derogatoria de ésta antes de la calificación jurídica por el Juez impide dictar el auto de apertura del proceso y si éste ya se encuentra en trámite,

se debe sobreseer la causa vía excepción de naturaleza de acción⁴.

Exige la Ley que el hecho denunciado constituya delito, es decir, que reúna los presupuestos del tipo penal, no exige entonces que el hecho delictivo se encuentre probado, pues esta calificación corresponde a otro momento procesal. Conlleva ello la posibilidad de análisis de cada uno de los presupuestos del tipo penal a fin de establecer su adecuación inicial. Si faltare un elemento del tipo o se tratara de una clara excusa absolutoria o resulta evidente una acción bajo la eximente de la legítima defensa, o el hecho tiene una firme connotación extra-penal, el Juez podrá dictar un auto de no ha lugar a abrir proceso, fundamentando su decisión.

También es posible introducir calificaciones jurídicas sobre el *iter criminis* o proceso ejecutivo del delito (actos preparatorios, tentativa, consumación) o sobre la participación delictiva (autoría mediata, coautoría, complicidad, instigación, inducción), sin embargo, su relevancia no es mayor en tanto se trata de una calificación inicial susceptible de modificación posterior o de confirmación con ocasión de la acusación y/o sentencia penal.

Entendemos que el auto de apertura de instrucción conlleva a una primera tipificación de los hechos que se denuncian, que puede mantenerse durante el proceso, pero también puede ser objeto de modificación, pues depende de los actos de investigación propios de la instrucción y de la calificación que pueda realizarse con la apreciación de las pruebas.

⁴ Sánchez Velarde, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA, Mayo, 2004, Lima – Perú. Pág. 462.

2.1.4.2. QUE SE HAYA INDIVIDUALIZADO AL PRESUNTO AUTOR

El proceso penal debe seguirse contra la persona cierta e identificada. Este presupuesto exige la debida identificación de la persona denunciada, a la cual se abre el proceso, específicamente de sus nombres y apellidos.

Es necesario saber no sólo que el imputado existe, sino determinar quién es. El término identificación es más amplio que el de individualización que prevé el Código. No se admite iniciar el proceso penal contra persona desconocida o como se estilaba hace algunos años “contra los que resulten responsables”; tampoco se podrá abrir proceso contra persona a quién sólo se conoce uno de sus apellidos⁵ ni contra quién sólo se le conoce con su apelativo o “alias”.

Para efecto de la identificación debida del imputado, es necesario que en la investigación policial o fiscal se comprueben sus datos identificatorios. No es suficiente anotar el nombre y apellidos del investigado, se requiere de la verificación de sus datos personales o mediante el documento oficial respectivo. Si careciera de su documento de Identidad, ha de solicitarse información al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), o también verificar sus datos con la información que proporcione en su manifestación (domicilio, centro de trabajo, estudios, etc.)

Por último, la policía puede hacer uso de medios técnicos como la toma de huellas digitales a fin de lograr su identidad o antecedentes del investigado. Estas medidas de previas identificación impedirá el inicio del proceso penal

⁵ Por ejecutoria suprema de 11 de julio de 1986 se declaró Nula la sentencia consultada, insubsistente el dictamen Fiscal y Nulo el auto apertorio de Instrucción que comprendió a Francisco Gallegos y Carlos Aguirre como inculpados por delito de TID (II S.P. Consulta Exp. Nº 65-86, Puno).

contra la persona que afirma una identidad que no le corresponde.

2.1.4.3. QUE LA ACCIÓN PENAL NO HAYA PRESCRITO

Satisfechos los dos presupuestos anteriores habrá de verificarse que la acción penal por el delito denunciado no haya prescrito por efecto del transcurso del tiempo. Esto significa la realización del cómputo temporal desde la fecha de la comisión del delito según las reglas que se establecen en el artículo 80º y siguiente del Código Penal que tratan de la prescripción ordinaria, extraordinaria y en aquellos casos donde se afecte el patrimonio del Estado. Si la acción penal por el delito que se denuncia hubiera prescrito, deberá expedirse auto de No Ha Lugar, con los fundamentos que correspondan.

2.1.5. CONTENIDO DEL AUTO⁶

El Código no dedica disposición específica destinada al contenido y formalidades de esta resolución y es por ello que debemos buscar en el resto del articulado algunas de sus características: “El auto apertura de Instrucción contendrá: 1.- El nombre y apellidos del procesado; 2.- Indicación del delito por el cual se abre instrucción, etc.” Con el tiempo han surgido cuestiones jurídicas que ya no es posible tomar al pie de la letra el planteamiento de dicho proyecto. Así se expresa que los puntos que necesariamente debe contener todo auto de apertura de instrucción son:

⁶ Jerí Cisneros, Julián Genaro. Teoría General de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de Instrucción por el agraviado. Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal. Lima Perú. 2002. Sin numeración.

a. Lugar y Fecha de expedición.-

Aunque el Código no da pautas sobre el particular, son de aplicación las disposiciones del Código Procesal Civil, esto es, que no se deben utilizar números ni abreviaturas, sino que deben ser extendidas en letras.

b. Motivación.-

Esta es, la razón o el fundamento que determina la apertura. Unas veces es a mérito de la denuncia del Ministerio Público y el Atestado Policial correspondiente. De este modo, se habrá cumplido con el mandato constitucional a que se refiere, relativo a la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias. Sobre este punto trataremos ampliamente más adelante.

c. Mandato de Apertura.-

Es decir que, expresamente debe decirse que se abre instrucción en tal o cual vía (ordinaria o sumaria) de acuerdo a la naturaleza de la infracción denunciada.

d. La infracción Imputada.-

Debe hacerse mención al delito por el que se abre el procedimiento. La experiencia aconsejaba utilizar la figura genérica antes que el delito específico, sobre todo, en los casos donde había complejidad en las personas y en los hechos. Con frecuencia ocurre que se abre instrucción por el delito de robo y al culminar el juicio se establece que el acusado no cometió una sustracción sino un encubrimiento. En este caso, el juzgador se pone en situación difícil porque habiéndose instruido por robo, no podrá condenar por encubrimiento. Para evitar situaciones semejantes era más conveniente utilizar el género, pues, si se abre por ejemplo por delito contra el patrimonio, aún cuando la denuncia sea por robo, podía sin dificultad sentenciarse por encubrimiento. De lo contrario, el superior jerárquico ante quién se

recurre de la sentencia, tendría que anular el fallo y disponer que se amplié la instrucción. Sin embargo el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales al ser modificado por el artículo 1 de la Ley 24388 (06-12-85), obliga a expresar la calificación de "modo específico" del delito o de los delitos que se imputan al denunciado. Esto con la finalidad de orientar los mecanismos de la defensa y acusación.

e. Identificación del Inculpado.-

Es decir el nombre completo del imputado o imputados. De esa manera no se causarán problemas a personas con el mismo nombre y apellido y que nada tienen que ver con los hechos. Como dice Carnelutti: "La afirmación de la existencia del delito implica la afirmación de la existencia del reo".⁷

Es necesario saber, no sólo que el inculpado existe, sino determinar quién es, identificarlo plenamente con una sola identidad, es muy frecuente en medios judiciales que se apertura proceso o se amplía el auto de procesamiento para tenerse a un procesado con otros nombres, debido a que el denunciado indica diversos nombres por carecer de un documento de identidad y no se hace nada para identificarlo debidamente, lo cual no es correcto, por que toda persona tiene una sola identidad, la otra es usurpada, por lo que debe agotarse todos los medios necesarios para que sea debidamente individualizado e identificado y no recurrirse al fácil método de comprenderse con dos o más nombres y luego en la sentencia consignarse dichas identidades, ocasionándose un perjuicio a la persona cuya identidad ha sido usurpada. Si esto es así, debe tratarse de una persona natural. Las personas jurídicas no pueden ser procesadas penalmente.

⁷ Carnelutti, Derecho Procesal Civil y Penal, Tomo II, Editorial EJE, Buenos Aires, Pág. 122.

f. Indicación de la parte agraviada.-

Debe decirse el nombre de la persona natural o jurídica que ha sufrido el perjuicio. Esta identificación es necesaria para que en la sentencia se indique con precisión el nombre de la persona a quién se debe abonar la reparación civil. Si son varios los agraviados, deberá indicarse todos los nombres de los agraviados.

g. Citación al tercero civil.-

Cuando la reparación civil debe pagarse además por persona diferente a la inculpada, como en los casos de culpa in vigilando e in eligendo.

h. La orden de comparecencia o detención.-

Esta es una de las cuestiones más preocupantes en la actualidad y por lo tanto, una de las más trascendentales del auto apertorio. A su vez, la detención provisional viene a ser la privación de la libertad del procesado en los centros destinados para tal efecto.

i. Diligencias que deben actuarse inmediatamente.-

Estas diligencias pueden ser de dos clases:

- *Las que la Ley señala con carácter obligatorio.*

Se trata de que, de acuerdo a la naturaleza del delito, existen diligencias que el Código dispone como imprescindibles. Ellas son: la instructiva del inculpado, la declaración de los testigos señalados en la denuncia del Ministerio Público, de la parte agraviada o en el Atestado Policial, como conocedores del delito o de las circunstancias que lo precedieron, acompañaron o siguieron a su comisión. Antes del Decreto Legislativo 126 se tenía por obligatoria la preventiva del agraviado, lo que en muchos casos determinó la necesidad de otorgar plazos ampliatorios que demoraban el Juzgamiento, porque muchos agraviados no podían ser ubicados o simplemente se resistían a concurrir al juzgado

alegando diversas razones. Ahora esta diligencia es facultativa, siempre que el Juez o el Ministerio Público no estimen lo contrario.

También es obligatorio nombrar peritos cuando de la denuncia aparecen hechos para cuya apreciación se requieran conocimientos especiales. Si el delito ha dejado vestigios o pruebas de su perpetración deben acogerse y ordenarse la inspección ocular y la descripción de todo lo que tenga relación con el evento. En la Instrucción por muerte violenta o sospecha de criminalidad debe realizarse el reconocimiento y la necropsia del cadáver y, si en ésta se hallan vestigios de envenenamiento deberán tomarse muestras para su examen toxicológico. En el caso de que en la denuncia aparezcan sospechas de enajenación mental es imprescindible disponer en el auto apertorio de instrucción su reconocimiento psiquiátrico (Art. 189).

- *Las que a juicio del Juez deben actuarse necesariamente para el mejor esclarecimiento.*

En cuanto a estas diligencias, dependen de cada caso y generalmente se orientan a ciertas verificaciones que no pudieron ser logradas por la Policía o que se insinúan de las manifestaciones.

- j. Comunicación a la Sala Competente.-

En el auto que nos ocupa, debe ordenarse la comunicación a la Sala Penal, con la finalidad de que la Sala asuma competencia en las incidencias que pueda resultar.

- k. La citación al Ministerio Público.-

De acuerdo al artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe notificarse obligatoriamente y bajo pena de nulidad y responsabilidad del Juez, con las resoluciones que se expiden. De otro modo, no podría, dicho Ministerio desarrollar oportunamente sus funciones ni asumir la carga de la prueba.

2.1.6. EFECTOS DEL AUTO APERTORIO

Los principales son:

- a. Obliga al Ministerio Público a asumir la carga de la prueba, de acuerdo al artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, sin perjuicio de la facultad de iniciativa y dirección que le otorga al Juez. Esta obligación, tiene que ajustarse al objeto de la instrucción que, según el artículo 72 del C. de P.P. es el de reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias que rodearon a su comisión, sus móviles y la distinta participación de los implicados.
- b. Determina la naturaleza del procedimiento a la que debe ajustarse la investigación (sumario, ordinario).
- c. Limita el acceso a la investigación, por su carácter reservado, de modo que, sólo pueden tomar conocimiento de la misma, las personas autorizadas. El defensor por ejemplo, debe prestar juramento o promesa para guardar reserva de la instructiva y de los incidentes de la instrucción.

3. MEDIDAS COERCITIVAS

3.1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal tiene por finalidad descubrir la verdad concreta y aplicar la ley penal sustantiva. Para este cometido, el Estado despliega a través de sus órganos respectivos, la más importante actividad procesal: la actividad probatoria. Sin embargo, está se ve obstaculizada en su desarrollo por una serie de actos del imputado o de terceros, los mismos que, por rehuir el juicio o distorsionar a su favor la actividad probatoria, atentan contra los fines del proceso. Conducta que en la doctrina se llama peligro procesal.⁸

⁸ ORE GUARDIA, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal Penal. Editorial alternativas, Lima Perú, 1993. Pág. 87.

Para evitar que se frusten los fines del proceso, el Estado pone en movimiento otra actividad procesal importante: la actividad cautelar.

La actividad cautelar busca garantizar que el proceso penal se desarrolle dentro del marco establecido por la ley, cumpla sus fines y evite el daño jurídico que podría producir de no alcanzarse dichos objetivos.

De este modo, la actividad cautelar tiende a impedir que el imputado en libertad dificulte o haga imposible la investigación penal, haciendo desaparecer los datos del delito, ocultando cosas o efectos materiales del mismo, poniéndose de acuerdo con sus cómplices, sobornando e intimidando testigos, etc. Así mismo, asegura la presencia del imputado en el proceso, y garantiza las eventuales consecuencias económicas que pudieran emerger de la responsabilidad penal. No cabe duda de que las medidas cautelares más importantes, ya sea por su objeto, como por los bienes jurídicos que afectan, son las medidas de coerción.

3.2. REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD

Lo primero que hay que observar es que la Constitución garantiza el derecho a la libertad, considerando las situaciones contrarias como excepcionales. Con esta preocupación, establece, asimismo, un mecanismo de protección a la libertad – el habeas corpus – muy expeditivo. Ello sin olvidar la garantía que ulteriormente promulga el Código Penal al tipificar conductas contrarias al derecho de libertad individual.

Esta primera observación tiene una inmediata repercusión en la filosofía con que se deben aplicar las medidas cautelares restrictivas de la libertad. Ante todo, la medida puede ser innecesaria si la sujeción del imputado al proceso penal no ofrece dudas razonables. Hechos tan simples como el tener domicilio habitual, establecimiento abierto al público, estabilidad laboral, la trayectoria personal de un sujeto, etc., son habitualmente indicios racionales de la disponibilidad de una persona en relación con un proceso penal. Una medida cautelar de tipo

personal puede ser superflua y a veces injustificada. Pero, a reglón seguido, hay que indicar que la graduación de las medidas establecidas en la ley hay que entenderla en el siguiente orden: libertad provisional – detención – prisión provisional, y no al revés. Esto es, por más que se quieran cerrar los ojos, son constitucionalmente prioritarias las fórmulas que implican una menor restricción de la libertad.

No debe hacerse una aplicación indiscriminada de cualquiera de las medidas restrictivas de la libertad por el simple dato de que se cumplan los presupuestos legales exigidos. Existiendo medidas restrictivas de un derecho fundamental, debe meditarse adecuadamente la selección de la menos gravosa, de ser suficiente. También es obligada la interpretación más beneficiosa de la ley a favor del sujeto gravado por la medida.⁹

Una aplicación por inercia o burocracia de los principios que rigen la adopción de estas medidas, violenta su significación constitucional. Aunque sería deseable revisar a fondo los presupuestos legales de cada medida, lo que en todo caso procede es tener como norte la Constitución. Las medidas no se acuerdan para dar fastidio a un ciudadano, sino para garantizar su disponibilidad en relación con el desenvolvimiento del proceso penal. Puede, como se ha dicho, existir la disponibilidad aún sin la adopción de medida alguna. Vale la pena insistir en que la prisión provisional no tiene como finalidad la de proteger el orden público o la de tranquilizar determinadas exigencias sociales de seguridad. La labor de policía es legítima, pero tiene su campo específico de actuación dentro del marco constitucional. Se subvierte con frecuencia la significación de la prisión provisional es inconstitucional porque deviene pena anticipada y remedio preventivo lo que, por definición, está prohibido por el rótulo constitucional de la presunción de inocencia.

Esta cobertura constitucional se ha suscitado ya más de una vez en la práctica. No cabe duda de que el sistema de medidas cautelares en el proceso penal es compatible con la garantía constitucional de la

⁹ Ramos Mendez, Francisco. El proceso penal. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, Pág. 112.

presunción de inocencia. Para ello exige como condición básica que se respeten las pautas de las propias medidas y que no se utilicen como finalidad torcida.

Por último es de observar como la ley no se ha limitado a regular los presupuestos de las diversas medidas cautelares. No las que suponen restricción efectiva de la libertad, ha instaurado, además todo un sistema complementario de apoyo y de control que supone una regulación específica del estatuto del detenido y del preso.

Una observación complementaria se refiere a qué se entiende por sujeción del imputado al proceso penal. Obviamente la interpretación no puede ser otra que la derivada de la esencia de la medida cautelar: asegurar la ejecución futura y el cumplimiento de una eventual sentencia de condena. Esto explica por qué la medida no es aplicable a otras personas cuya disponibilidad puede ser útil para el proceso penal (vrg. Testigos) pero que, sin embargo, no son el imputado. Sólo el reflejo de la ejecución futura permite la medida cautelar respecto de la persona que puede resultar condenada.

3.3. DIFERENCIAS ENTRE COERCIÓN PROCESAL Y COERCIÓN MATERIAL

La diferencia entre coerción material y coerción procesal no está dada por el uso de la fuerza pública – cosa que sucede en ambos casos-, ni tampoco porque impliquen la privación de libertades otorgadas por el orden Jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas. La diferencia solo puede establecerse por el lado de los fines que una y otra persiguen. La coerción procesal, correctamente regulada y aplicada con arreglo a fines procesales, no aparecerá vinculada a los fines que persigue el uso de la fuerza pública en el derecho material, pues, si así fuere, no significaría más que anticipar la ejecución de una sanción no establecida por una sentencia firme, mientras se lleva a cabo el proceso regular establecido por la ley para posibilitar esa condena. Al contrario, resulta lícito pensar que la fuerza pública puede utilizarse durante el proceso – y en el proceso penal no sólo contra el

imputado, aunque él sea el motivo de la principal preocupación – para asegurar sus propios fines. En el derecho procesal penal, como tantas veces se ha dicho, esos fines se resumen en la correcta averiguación de la verdad y en la actuación de la ley penal.

Según Maier¹⁰ la coerción procesal es la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden Jurídico, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento; averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento. Por ello, es verdad que en el derecho procesal penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción solo puede residir en el **peligro de fuga** del imputado o en el **peligro de que obstaculice la averiguación de la verdad**; el primer fundamento es racional, por que no concibiéndose el proceso penal contumacial, por razones que derivan del principio de inviolabilidad de su defensa, su presencia es necesaria para poder conducir el procedimiento hasta la decisión final e incluso, para ejecutar la condena eventual que se le imponga, especialmente la pena privativa de libertad, y su ausencia (fuga) impide el procedimiento de persecución final, el imputado u otras personas, tiene la posibilidad de influir en el resultado del procedimiento, entorpeciendo la averiguación de la verdad (destruyendo u ocultando rastros del delito, acordándose con cómplices o testigos, etc.), base de la actuación correcta de la ley sustantiva.

3.4. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991 Y DE 1995

Originalmente, el artículo 135º del CPP de 1991 que entró en vigencia declaraba en el primer párrafo, que el Juez solo podría dictar mandato de detención si era posible determinar los tres requisitos que

¹⁰ MAIER, Julio. Fundamentos del Derecho Procesal Penal, tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1996. Pág. 34.

antes hemos mencionado; a continuación se encontraban, en forma sucesiva, los tres incisos conteniendo los supuestos respectivos. Posteriormente, el 15 de diciembre de 1999, el Congreso de la República de aquel entonces modificó dicho artículo mediante Ley N° 27226, que a su vez fue modificada por la Ley N° 27753 de fecha 9 de junio de 2002, que eliminó la referencia a los delitos dolosos.

Con esta modificación se le agrega un segundo párrafo al primer inciso que contiene el requisito de que existan suficientes elementos probatorios. Este segundo párrafo establece, “no constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado” y se agrega, también un último párrafo al final del artículo, según el cual: “En todo caso el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

Esta modificación fue muy comentada en el foro peruano porque a todos llamaba la atención que, de la noche a la mañana, al Juez penal se le conceda la facultad de revocar de oficio el mandato de detención, cuando lo lógico y lo correcto era que esa medida coercitiva podía variarla la Superior Sala Penal como consecuencia de un recurso de apelación o al haberse solicitado durante la investigación judicial la libertad provisional o dictado, en todo caso, la libertad incondicional.

La regulación normativa de la detención en el Código Procesal Penal de 1991 sigue no solamente los principios de las medidas coercitivas, sino que además se sujeta al marco constitucional y a las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, especialmente el art. 44 de la Constitución de 1993, que preceptúa como uno de los deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos y el artículo 9 inciso tres del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “*Art. 9.3. Toda persona detenida presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la*

Ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

En tal sentido los artículos 135 y 136 establecen presupuestos materiales y formales para la detención.

3.5. A MANERA DE DEFINICIÓN

Podemos definir a las medidas coercitivas como restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros, impuestas durante el transcurso de un procedimiento penal, con la finalidad de garantizar los fines del mismo. Las medidas coercitivas según el profesor Oré Guardia: *“son restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros, impuestas durante el transcurso de un proceso penal, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los fines del mismo”¹¹*, *“los actos procesales de coerción directa que recayendo sobre las personas o bienes ulteriormente haya de recaer”¹²*, *“Instrumentos o mecanismos prácticos para combatir, enfrentar y superar los obstáculos denominados peligro procesal, peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, esta es la razón de ser, la hipótesis de la medida coercitiva”¹³*.

Explica el Dr. Maier¹⁴ que coerción o coacción, voces sinónimas para el caso, representan el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades de que gozan las personas de un orden jurídico, con el objeto de alcanzar un fin determinado. Esta es, por ejemplo, la

¹¹ Ore guardia, Arsenio Ob. Cit. Pág. 226.

¹² San Martín castro, Cesar: vol II, Pág. 784.

¹³ Rodríguez Hurtado, Mario pp 47-48.

¹⁴ MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995. Pág. 93.

definición del delito de coacción o lo que es lo mismo, de la coerción antijurídica, que un individuo ejerce sobre otro. Pero cuando hablamos de la coerción legítima que ejerce el Estado nos referimos al uso de su poder, acordado por la ley (ley que debe respetar las reglas constitucionales que limitan el poder estatal), que conculca o restringe ciertas libertades o facultades de las personas, para lograr un fin determinado.

La pena – también las medidas de seguridad y coerción – es el medio clásico de coerción del que dispone el derecho penal material; la ejecución forzada, el medio clásico del que dispone el derecho privado material. Pero también el derecho procesal, penal y civil, utiliza la fuerza estatal o fuerza pública¹⁵ para lograr determinados fines: ejemplo de ello son la prisión preventiva (o privación de la libertad ambulatoria durante la tramitación del proceso), el embargo, el allanamiento domiciliario, etc.¹⁶

La sanción penal (pena) es la llamada coerción material que representa la reacción del Estado de derecho, prometida o aplicada, contra la inobservancia de los deberes que impone. En el caso del derecho penal esa sanción se denomina pena y representa la reacción estatal frente al delito.

3.6. CLASES DE MEDIDAS COERCITIVAS

La clasificación de las medidas coercitivas atiende a un criterio básico; el derecho sobre el cual recae la aplicación de tales medidas, tenemos así que la doctrina distingue dos clases de medidas coercitivas.

3.6.1. MEDIDAS COERCITIVAS DE NATURALEZA PERSONAL:

Son aquellas que recaen sobre la persona del procesado, o de terceros, limitándolos en su libertad física. Tenemos las

¹⁵ Cafferata Nores, José I..Medidas de coerción en el proceso penal, Cordoba, Marcos Lerner Editora Cordoba, 1983, pag. 15.

¹⁶ Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995. Pag 515 y ss.

siguientes: Citación, mandato de comparecencia que puede estar acompañado de restricciones a la libertad y/o caución, impedimento de salida, aprehensión por autoridad policial o por personas particulares, arresto, detención, prisión preventiva, que puede ir acompañada de incomunicación.

Aquí podemos citar la clasificación realizada por Vega Billón:¹⁷

I. Medidas de coerción personal estrictamente judiciales

- A. Detención.
- B. Comparecencia.
- C. Detención preventiva de urgencia a pedido del Fiscal (Detención Preliminar).

II. Medidas de coerción personal dictada por el Juez:
Conducción compulsiva.

III. Medidas de coerción personal efectuadas por la policía:

- A. Detención policial preventiva.
- B. Captura en flagrancia.
- C. Captura por orden judicial.

IV. Medidas de coerción personal autorizada a particulares:

- A. Aprehensión.

3.6.2. MEDIDAS COERCITIVAS DE NATURALEZA REAL:

Son aquellas que recaen sobre el patrimonio del procesado o de terceros limitando su libre disposición. Aquí tenemos medidas como: Secuestro y apertura de correspondencia y documentos privados; secuestro-incautación-exhibición forzosa de cosas; Inhibición (impedimento de disponer de un bien), medios accesorios (procedimientos tendientes a facilitar la aplicación de

¹⁷ VEGA BILLÓN, Rodolfo. Derecho Procesal Penal. Explicado con sencillez, Gaceta Jurídica Editores, Tercera Edición, julio del 2005.

las medidas coercitivas) de coerción real: allanamiento, registro domiciliario, requisa o revisión personal, vigilancia de locales, clausura de locales, intervención de comunicaciones telefónicas, embargo.

3.7. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Podemos mencionar las siguientes características de las medidas cautelares:

- a) Se diferencian claramente de las penas y de las medidas de seguridad.
- b) No constituyen un fin en sí mismo sino medios que en conjunto aseguran el cumplimiento de los fines del proceso, eventualmente amenazados por lo que se designa como peligro procesal.
- c) Pueden afectar los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros.
- d) Son de naturaleza provisional y deben durar tanto como dure el peligro procesal.
- e) Son coactivas. La concreción de las medidas cautelares puede implicar el empleo de la fuerza pública. Esta utilización puede ser directa, como por ejemplo la detención del imputado: o asumir forma de amenaza, como por ejemplo el apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública.

3.8. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN

Las medidas coercitivas si bien es cierto son facultades que la ley concede al Juez penal para ayudarlo en su difícil tarea de administrar justicia, presentan el problema de colisionar con derechos fundamentales reconocidos a la persona humana en la Carta Magna y en otros instrumentos jurídicos internacionales que velan por la defensa de los derechos humanos. Entonces estas medidas coercitivas no pueden ser utilizadas de manera arbitraria y antojadiza, requieren de ciertos límites para impedir que se produzcan excesos. Estos límites a las medidas coercitivas están dados nuevamente por los principios

jurídicos, que en este caso se aplican o deben ser respetados por el Juez en forma obligatoria. Estos principios son:

3.8.1. PRINCIPIO DE NECESIDAD

Por este principio las medidas coercitivas solo se impondrán en la medida en que sean estrictamente necesarias. La doctrina considera que las medidas coercitivas solo se aplicarán para atender tres objetivos: a) asegurar la comparecencia del imputado en el proceso, b) evitar que se obstaculice la investigación del delito y la actividad probatoria; y c) asegurar el cumplimiento de la pena probable a imponerse.

Solo procederá la aplicación de medidas coercitivas cuando el imputado, estando en libertad, pueda actuar poniendo en riesgo cualquiera de esos objetivos.

La Libertad personal y los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a derechos humanos celebrados por el Perú, solo podrán ser restringidos cuando fuera absolutamente indispensable en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la Ley.

También llamado de mínima lesividad; pues su ejecución se ha de orientar a la mínima lesividad para la persona, su vida (civil, familiar, comercial, etc.) y honor.¹⁸

El artículo 253 del nuevo Código Procesal Penal decreto legislativo N° 957 denominado. "Principios y finalidad" contiene los preceptos generales que se debe tener en cuenta para la aplicación de las medidas de coerción personal. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella. La restricción de un derecho

¹⁸ Vivas Usher, Gustavo. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Prólogo de José I. Cafferata Nores, Alveroni Ediciones, agosto de 1999. Córdoba Argentina. Pág. 118.

fundamental requiere expresa autorización legal y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre en la medida y exigencia necesaria, si existen suficientes elementos de convicción.

La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, el proceso penal tiene por finalidad descubrir la verdad concreta y aplicar la ley penal sustantiva. Para este cometido, el Estado despliega, a través de sus órganos respectivos, la más importante actividad procesal: la actividad probatoria. Sin embargo a veces esta se ve obstaculizada en su desarrollo por una serie de actos del imputado o de terceros, los mismos que por rehuir el juicio o distorsionar a su favor la actividad probatoria, atentan contra los fines del proceso. Conducta que en la doctrina se llama peligro procesal.

Para evitar que se frustren los fines del proceso, el Estado pone en movimiento otra actividad procesal importante: la actividad cautelar. La actividad cautelar busca garantizar que el proceso penal se desarrolle dentro del marco establecido por la ley, cumpla sus fines y evite el daño jurídico que se podría producir de no alcanzarse dichos objetivos. De este modo, la actividad cautelar tiende a impedir que el imputado en libertad dificulte o haga imposible la investigación penal, haciendo desaparecer los datos del delito, ocultando cosas o efectos materiales del mismo, poniéndose de acuerdo con sus cómplices, sobornado e intimidando testigos, etc. Así mismo, asegura la presencia del imputado en el proceso y garantiza la indemnización por las eventuales consecuencias económicas que pudieran emerger de la responsabilidad penal. No cabe duda de que las medidas cautelares más importantes, ya sea por su objeto, como por los bienes jurídicos que afectan, son las medidas cautelares personales o medidas coercitivas.

3.8.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La aplicación de las medidas coercitivas tiene que ceñirse a determinadas reglas, vale decir que sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley, respecto de una situación concreta. Por lo que no parece lógico que ante un riesgo mínimo para los resultados del proceso, el Juez aplique el máximo poder. La medida de precaución debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir; frente a riesgos menores, las medidas dirigidas a neutralizarlos deben ser también de menor intensidad.

Existe una escala coercitiva compuesta por medidas de graduada intensidad.

Según San Martín Castro: "Busca proteger los derechos fundamentales de la persona fijando los límites de punición del Estado en la búsqueda de un equilibrio de los intereses generales que aquel persigue y los derechos básicos de los individuos o grupos que solo taxativamente y fundamentalmente pueden ser protegidos."¹⁹

Solo será legítima su imposición cuando sean necesarias para lograr aquellos fines. En tal caso deberá seleccionarse la que sea proporcionada con el peligro que se trate de evitar.²⁰

3.8.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Según este principio, solo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la Ley, en la forma y en el tiempo señalados por ella.

Por la naturaleza de los derechos afectados y con el objeto de ofrecer una mayor garantía al imputado, las medidas coercitivas deben ser expresamente establecidas por la ley. En el caso de la libertad personal, el artículo 2 inciso 24 parágrafo "b" de la Constitución prescribe que no cabe forma alguna de restricción

¹⁹ San Martín, César. Ob. Cit. Vol II, Pág. 788).

²⁰ Vivas Usher, Gustavo. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Prólogo de José I. Cafferata Nores, Alveroni Ediciones, agosto de 1999. Córdoba Argentina. Pág. 118.

de la libertad individual, salvo los casos establecidos por ley. Por ello el código Procesal Penal ha regulado cuidadosamente las formas de restricción de la libertad personal y las demás medidas cautelares de carácter real.

Es frecuente en la actuación policial, fiscal o judicial, el uso de medidas y nomenclatura extrañas a toda norma legal, como por ejemplo cuando se sostiene que un ciudadano no está detenido sino “depositado”, o sujeto a “protección policial” (no solicitada).²¹

El Juez únicamente podrá imputar medidas que estén previstas taxativamente de alguna manera en la ley y que cualquier otra medida que se pretenda proponer constituirá un claro abuso de autoridad²².

En este aspecto también podemos señalar la característica de interpretación restrictiva (reglamentación exhaustiva); pues por afectar derechos de quien goza de un estado jurídico de inocencia – ocasionándole además serios perjuicios – deben interpretarse restrictivamente. Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales o patrimoniales. Esta dirección subjetiva de las medidas de coerción impone un tratamiento específico respecto de la coerción (procesal y personal) del imputado.

3.8.4. PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD

Las medidas coercitivas por su naturaleza son provisionales, no tienen carácter definitivo; por lo tanto solo son aplicables por un tiempo determinado y en cuanto sea absolutamente necesario.

Este es el principio al que obedecen el artículo 137 del CPP de 1991, 142 del Proyecto de CPP aprobado en 1995 del Código Procesal de 1991. Estos artículos establecen los plazos máximos de detención.

²¹ Oré Guardia, Arsenio, Estudios de Derecho Procesal Penal, editorial Alternativas, Lima, Perú, marzo de 1993, pág. 167.

²² Rodolfo Vega Billón-Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 96.

Las medidas coercitivas no tienen una duración ilimitada en el tiempo y dependen del avance del caso.

Es provisional, ya que su duración guarda relación con las circunstancias de las que se infiere la necesidad de su aplicación, de manera tal que tan pronto como la necesidad desaparezca la medida de coerción deberá cesar o ser sustituida por otra medida menos gravosa.²³

3.8.5. PRINCIPIO DE PRUEBA SUFICIENTE

La aplicación de cualquiera de las medidas contempladas en la escala coercitiva exige por lo demás una cierta base probatoria – es decir una razonable y fundada presunción sobre la posible responsabilidad del imputado. Por otra parte cuanto más grave la medida coercitiva, mayor debe ser el respaldo de elementos de juicio que sustenten la verosimilitud de la responsabilidad del acusado.

El artículo 135 inciso 1 del CPP 1991 recoge este principio en lo concerniente a la detención.

Como bien sostiene Cubas Villanueva para imponer cualquier medida coercitiva se exige la base probatoria respecto a la vinculación del sujeto con el hecho punible y la necesidad cautelar en concordancia con el principio de proporcionalidad y en cuanto más grave sea la medida coercitiva mayor la exigencia de elementos probatorios que sustenten la necesidad de su aplicación²⁴.

“En todo proceso penal existe la contradicción permanente entre dos extremos, la eficacia, es decir que la comunidad se sienta segura para que el mundo no retroceda y los delincuentes sean castigados, el otro extremo son los derechos inherentes a las personas, las garantías, la dignidad humana y que el proceso de

²³ Vivas Usher, Gustavo. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Prólogo de José I. Cafferata Nores, Alveroni Ediciones, agosto de 1999. Córdoba Argentina. Pág. 118.

²⁴ Cubas Villanueva, Víctor. Ob. Cit. Pág. 173.

*búsqueda de verdad y combate el estado debe prestar las garantías del individuo, esa es la clave de un proceso penal civilizado, sea democrático.*²⁵

3.8.6. PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN

Este principio de naturaleza Constitucional obliga al órgano jurisdiccional a sustentar y exponer las razones por las cuales adopta dicha medida y aun eso, el imputado puede estar en desacuerdo y ejercer su respectivo derecho de contradicción²⁶.

3.9. COERCIÓN PERSONAL

3.9.1. 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 preventivista radical.

3.9.1.1. 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 limitado²⁷. Luigi Ferrajoli²⁸ expone que este modelo constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva que nació como una

²⁵ Rodríguez Hurtado, Mario, Ob. Cit. Pág. 46 al 47.

²⁶ Vega Billón, Rodolfo. Derecho Procesal Penal. Pág. 377.

²⁷ BINDER, Alberto. Política criminal de la formulación a la praxis. Ad hoc. Buenos Aires, 1997, p. 36.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Trota. Madrid. 1989. p. 852.

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 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 esta 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.

3.9.1.2. EL MODELO EFICIENTISTA

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

Por lo general el marco legal que regula estos procedimientos establece límites, pero como bien señala Binder²⁹ la idea de límite cumple una función cosmética o decorativa, porque en cualquier momento, si el poder lo decide, tales límites pueden ser sobrepasados.

3.9.1.3. 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.

²⁹ BINDER, Alberto. Política criminal, derecho penal y sociedad democrática. En: Política criminal: De la formulación a la praxis. Ob. cit. pp. 35 y ss.

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" se instrumente con facilidad en países con instituciones democráticas débiles, plagados de desigualdades que estimulan la intranquilidad, cuando no la convulsión social.

Una de las manifestaciones de este modelo, muy presente y característico en el Perú de los últimos años, es el fenómeno de la *emergencia penal*. La emergencia es un concepto ligado a la idea de crisis, de brevedad, de excepcionalidad, y tal vez también de imprevisibilidad.³⁰ 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.

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

³⁰ VASSALLI, Giuliano. Emergencia criminal y sistema penal. En: Derecho Penal Hoy, Del Puerto, 1995, p. 427.

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 domiciliaria) hacen que el modelo constitucional pierda sentido y se convierta en uno de corte mixto.

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

3.10. EL SIGNIFICADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL – IMPORTANCIA.

Tampoco el proceso penal es instantáneo. Como todo proceso humano, consume tiempo en su puesta en escena. Y ya se saben las consecuencias perniciosas del paso del tiempo en cuanto a una aspiración de tutela efectiva. Sin embargo con ser esta una razón importante, no es seguramente la principal para explicar el significado

de las medidas cautelares en el proceso penal. Este proceso es la salvaguarda de la libertad y de la convivencia en nuestra sociedad. Las conductas tipificadas penalmente son reprobadas por el colectivo social y el responsable de una de ellas debe rectificar su trayectoria o ser apartado temporalmente de las ventajas de la vida en libertad. Si el proceso penal puede desembocar en la imposición de una pena, interesa a todos que esa pena sea susceptible de cumplimiento efectivo. En esa línea, pueden establecerse ya desde el inicio del proceso penal las adecuadas medidas cautelares, restringiendo en alguna medida la libertad de la persona sujeta a proceso.

La necesidad de garantizar la sujeción de una persona al proceso penal es lo único que autoriza la medida cautelar de tipo personal. En la medida en que esta disponibilidad sea obvia, la medida cautelar carece de razón de ser ya que toda medida cautelar anticipa en cierta medida los efectos de la ejecución y hay que proceder con suma cautela en su aplicación. Si además se tiene en cuenta que la pena principal en el proceso penal es la privación de libertad, cualquier fórmula anticipatoria corre el riesgo de convertirse asimismo en pena anticipada. El riesgo lo asume necesariamente el sistema de medidas cautelares en el proceso penal, pero estableciendo requisitos que hay que respetar escrupulosamente.

Dicho esto, no hay que olvidar que otro de los grandes objetivos del proceso penal es la reparación de las consecuencias económicas del delito. En este caso, una vez más, la cautela supone garantizar la ejecución pecunaria. Si uno de los cometidos confesados del proceso penal es la protección de las víctimas, esta claro que no se puede descuidar el aseguramiento de lo que previsiblemente se convertirá en el único socorro. La indemnización reparatoria.

Un buen sistema de medidas cautelares no debe descuidar ninguno de ambos objetivos del proceso penal. Esta aspiración se cumple legislativamente. Sin embargo, la aplicación práctica del sistema no siempre es lo que se exige con la verdadera tutela cautelar e incluso a veces se desvía de los fines constitucionales por una nueva aplicación mecánica de las normas. Por ello, conviene revisar a la luz

de la Constitución cuál debe ser la filosofía de la aplicación de las medidas cautelares en el proceso penal.

4. EL MANDATO DE DETENCIÓN

4.1. A MANERA DE DEFINICIÓN

La orden de detención, es una medida cautelar consistente en la privación de la libertad, practicada para poner a una persona a disposición del Juez, con el fin de que pueda efectivamente realizarse la prisión provisional.

El imputado tiene, en principio, el derecho a permanecer en libertad durante el proceso, pues la Constitución Nacional, en su artículo catorce, le garantiza el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio. Tal garantía es permanente, acompaña (podríamos decir) al habitante en todos los momentos de su existencia, aún en el transcurso del tiempo que insume el "juicio previo".

El jurista internacional Francesco Carnelutti³¹ le llama "Medida Coercitiva de Detención" y tiende al aislamiento de la persona peligrosa del ambiente social, pero es un aislamiento en el interior en lugar de un rechazo fuera de los confines del Estado; al exilio se sustituye la segregación.

Para asegurar la sujeción del imputado al proceso, puede ser necesaria una medida más gravosa que la de la libertad provisional. El salto hacia delante es cualitativamente importante porque se traduce en sujeción física, en privación de la libertad de movimiento.

La detención es la privación de libertad impuesta al imputado para hacerlo intervenir en el proceso y recibirle declaración, cuando se prevea que no obedecerá la orden de citación o intentara entorpecer la investigación.

Presupuesto indispensable para detener es la existencia de un fundamento serio de posibilidad delictual y alta peligrosidad procesal.³²

³¹ Carneluti, Francesco; lecciones de Derecho Penal, Págs. 86, Roma – Italia, 1948.

³² Vivas Usher, Gustavo. Manuel de Derecho Procesal Penal. Pág. 138.

San Martín Castro dice: “la función de la detención judicial o encarcelamiento preventivo o a nuestro juicio, es evitar la fuga del imputado, ahora bien, la doctrina procesal ha identificado dos de estas medidas, respecto de los cuales aún no existe consenso. Se reconocen los siguientes:

- Mantener la presencia del imputado durante el proceso declarativo, tanto por fines probatorios cuanto así como evitar la suspensión del proceso por razones de retardo o falta de las partes, así como asegurar su presencia para el momento en que la sentencia firme deba procederse a la ejecución de la pena corporal.³³

*“La tendencia natural del culpable es eludir el castigo que le corresponde por el hecho punible cometido de que es autor o partícipe, (...) Al ocultar a su propia persona, (...) desaparecer el cuerpo del delito y todo aquellos que pudieran servir para averiguar su delito y el (...) de su propia persona, obliga al Juez a actos de coerción”.*³⁴

- La coerción personal del imputado es la restricción excepcional que se impone a sus libertades constitucionales garantizadas antes de la sentencia firme, dispuesta por el Órgano Judicial competente que la considera indispensable para asegurar la consecución de los fines del juicio previo ante evidencias de peligro procesal y limitada tanto en su calidad y cantidad, por la pena del delito imputado, como temporalmente por la duración del proceso.
- La actual (diariamente) 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

³³ San Martín Castro, Vol II pp 818 – 819.

³⁴ San Martín Castro, Cesar, La Detención en el Proceso Peruano, pág. 585.

personal no sólo pueden ser abordados desde una visión dogmática, sino valorando aspectos prácticos.

4.2. NATURALEZA JURIDICA. POLÉMICA: ¿MEDIDA COERCITIVA O MEDIDA CAUTELAR?

Según Iván Noguera Ramos³⁵ la detención constituye una de las típicas formas precautorias dentro del proceso penal, teniendo por objeto, evitar la desaparición del presunto autor y que utilice su libertad para desaparecer las huellas del delito y perturbar la acción de la justicia.

La detención al deber ser la más transitoria de las medidas cautelares en el proceso penal. Por eso la ley se ha encargado de fijar un límite estricto a la duración de la detención. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesaria para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

4.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA JURIDICA A NIVEL NACIONAL

Antiguamente en el siglo XIX, según señala José Viterbo³⁶; la policía procedía a la detención de las personas por el simple señalamiento, sea cual fuere la naturaleza del delito que se le impute; esto es que muchas veces se detenía, se privaba de libertad; por acusaciones de injurias, calumnias, contra el honor y hasta hechos que, aunque reprobados por la moral, no constituían delitos. Y si este capturado, por meros indicios, necesitaba para obtener su libertad; una presunción fundada de su inocencia; y esa presunción se derivaba de las diligencias efectuadas. Pero si, por el contrario, las actuaciones

³⁵ Véase: NOGUERA RAMOS, Juan. Detención y libertades en el nuevo Código Procesal Penal. Segunda Edición; Ediciones Forense, Lima, 1997, 407 pp.

³⁶ Viterbo Arias, José. Exposición comentada del Código de procedimientos en materia penal del Perú, Págs. 151 y 152, 2da Edición, 1984.

venían a dar mayor vehemencia a los indicios, confirmando las sospechas que originaron la captura el Juez debía expedir auto mandando que la detención continúe.

Pero a principios del Siglo XX; el Juez para ordenar la captura y detención del acusado, no debía esperar la comprobación del cuerpo del delito ni de la culpabilidad de aquél, pues ellas no podían abstenerse, sino practicadas las diligencias, cuya actuación previa facilitaría la fuga del reo. La notoriedad del hecho, un certificado aun no reconocido juratoriamente, la fractura de puerta o mueble, de presentación del documento que se decía falsificado, revelaban, no comprobaban el cuerpo del delito, por falta de solemnidad pero bastaban para presumir que la acusación descansaba sobre un hecho positivo, y era imprudencia no tomar entonces la precaución de ley.

En los delitos que merecían penas más graves que la de arresto mayor, el Juez instructor (hoy Juez Especializado en lo Penal), dictaba orden de detención provisional fuera de los casos de flagrante o cuasi flagrante delito, en los que era obligatorio, siempre que a su juicio existía graves presunciones de que el acusado había cometido realmente el delito, o siempre que lo solicitaba el agente fiscal³⁷.

Es así que era común ordenar la detención provisional dentro del mismo auto de apertura, pero nada obstaba se dicte en resolución aparte contemporáneamente a la apertura. La Ley no lo establecía sino que "al abrir instrucción" se la ordenaba, no decía como parte de la resolución inicial. Pero había Jueces que el mismo día que abrían el proceso expedían diferentes resoluciones de contenido distinto, empero lo aconsejable era que todo se condense en un mismo acto procesal.

Recordando el artículo 61 del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 establecía que; la detención provisional tenía por principal objeto que el acusado preste su declaración instructiva. Terminada esta, el Juez instructor, si creía que no había motivos fundados para suponer al acusado responsable del delito, lo ponía en libertad, con conocimiento del Ministerio Fiscal, y siempre que este no

³⁷ Calle, Juan José; Código de Procedimientos en materia Criminal, Págs. 38 y 39, Perú, 1920.

se oponga. Si el Fiscal se oponía continuaba la detención provisional, hasta que se practicarán las primeras diligencias de la instrucción. Pues bien, si evacuada la inductiva o en su caso las primeras diligencias solicitadas por el Fiscal, el Juez presumía la culpabilidad del acusado, dictaba en ese caso orden de detención definitiva que duraba toda la instrucción salvo el caso de libertad provisional bajo la caución o fianza.

El acusado a quién no se había notificado antes de las veinticuatro horas la orden de detención provisional o después de los 10 días la orden de detención definitiva, podía quejarse por detención arbitraria.

Lo que se proponía con la detención provisional era evitar que el presunto autor desvíe la investigación, prepare coartadas que lo favorezcan, oculte huellas o instrumentos del delito, etc.

Si la declaración de inductiva no era el medio suficiente para que quede acreditada la responsabilidad del detenido y si no existían otros motivos o razones para que se prolongue tal situación jurídica, el Juez ponía en libertad al detenido.

En todo caso era obligación del instructor expedir orden de libertad o detención definitiva del inculcado bajo estricta responsabilidad del Juez.

Según Iván Noguera Ramos³⁸ en nuestro sistema la detención provisional tenía los siguientes fundamentos; que cuando el delito se había cometido contra el patrimonio del Estado, es decir, cuando las consecuencias patrimoniales afectaban a la colectividad, cuando el sujeto demostraba una conducta antisocial ya sea como reincidente, habitual, sin ocupación conocida y sin domicilio, los estados expuestos considerados como estados anormales de vida eran suficientes para que quedase la peligrosidad del individuo y hacían superior que el agente de la infracción cometida podía evadir el proceso. Lo cual lleva a Noguera a señalar que la detención provisional o definitiva, dependía muchísimo de la llamada capacidad subjetiva del Juez para poder apreciar la condición del imputado.

³⁸ Ídem. Pág. 105.

El Decreto Legislativo 126 modificó el artículo 79 del código de Procedimientos Penales, promulgado el 12 de junio de 1981; este dispositivo mantuvo “la presunción de culpabilidad” como sustento de la apertura de instrucción ya sea por medio del mandato de detención o comparecencia.

La innovación consistía en precisar los casos en que era procedente el mandato de comparecencia, modificando así el régimen que precedió y que establecía las hipótesis en que tenía que decretarse la orden de detención provisional. En los demás casos operaba la detención provisional y para tales efectos se modificó el artículo 81 del Código de Procedimientos Penales.

Por otro lado también se dictaba detención provisional si la persona era reincidente, reiterante y si por la modalidad de la comisión delictiva fue en concierto o en banda. Fuera de estos casos procedía el mandato de comparecencia.

Según Noguera³⁹ dicha Ley representa el cambio de la clásica invocación que al decretar detención se hacía respecto a la existencia de suficientes indicios razonables que hacían presumir la culpabilidad del agente, estableciendo para el futuro, es decir; en su lugar, los suficientes elementos probatorios (principio de presunción de inocencia).

Se debe señalar además que la detención se convierte en prisión preventiva con el auto fundado del Juez, donde se establecen las causas que lo fundamentan, cuando se presentan los siguientes requisitos: justificación, de por lo menos con prueba semiplena de la existencia de un delito; haber tomado declaración indagatoria al detenido o que se haya negado a prestarla, habiéndosele impuesto de la causa de la prisión, y que a opinión del Juez existían indicios suficientes para creerlo presunto responsable del hecho delictivo.

Por lo que “las diferencias que existen entre la detención preventiva y la prisión preventiva, es que la primera puede ser dictada

³⁹ Ídem. Pág. 113.

por el Juez de la causa o bien por el instructor policial; la segunda solo por el primero, es decir por el Juez de la causa.

4.4. PERCEPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL ANTIGUA Y ACTUAL. DOCTRINA EXTRANJERA

4.4.1. ESPAÑA

Tiene como presupuestos para que se decrete la prisión preventiva que conste en la causa de la existencia de un hecho que represente los caracteres de delito. Y que este tenga señalada pena superior a la de prisión menor o bien que aun cuando tenga señalada pena de prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social, que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza. No obstante, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculpado carezca de antecedentes penales o estos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y además el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su Jurisdicción, podrán estos acordar, mediante fianza la libertad del inculpado. Y por último que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; esto es que de acuerdo con la finalidad de la medida, procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer

llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que este lo considere necesario.

Los presupuestos de la detención son la configuración del *periculum in mora*; si se repasan las diversas hipótesis legales de la detención, se observa como la ley permite la adopción de la medida en función de dos criterios básicos: la gravedad de la infracción y la sujeción del autor al procedimiento penal, según sus circunstancias personales. Así dispone el artículo 495 LECr: *“no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle”*. No hay, en cambio, restricciones en cuanto a la iniciativa para proceder a la detención. La Ley, según las hipótesis, permite o impone la obligación de detener, sin perjuicio de que el Tribunal pueda asimismo emitir una orden de detención (art. 494 LECr)

Así mismo existe la detención por particulares, quienes pueden detener a quien intenta cometer un delito, al delincuente in fraganti o al que fugare del establecimiento penal, al procesado o condenado que estuviese en rebeldía (art. 490 LECr) pues el particular que detuviere a otro justificará, si es te lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes por creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior.

Sobre la duración de la detención se debe señalar que la detención es la mas transitoria de las mediada cautelares en el proceso penal, por eso la ley se ha encargado de fijar un límite estricto a la duración de la misma. Desde la perspectiva constitucional, la formulación más exacta de este límite tiene su reflejo en el párrafo segundo del art. 520. 1 LECr. De acuerdo con el espíritu constitucional, el plazo de setenta y dos horas debe entenderse como el máximo, pero solo cuando existan circunstancias que lo hagan necesario. La regla general debe ser respetar el plazo de veinticuatro horas marcado por el art. 496 LECr. Este primer plazo máximo de setenta y dos horas marca el

límite de puesta a disposición de un detenido ante la Autoridad Judicial. Posteriormente el Juez o Tribunal gozan de otro plazo de setenta y dos horas para elevar la detención a prisión provisional o para decretar la libertad (art. 497 y ss. LECr)⁴⁰.

Según el art. 520 de la L.E.Crim. la detención (y prisión provisional) deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesaria para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad Judicial.

Continúa diciendo el art. 520 que toda persona detenida (o presa) será informada de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como los derechos que le asisten. Derecho básico reconocido a nivel internacional.

4.4.2. ARGENTINA

La Constitución de dicho País admite que, como retribución por un delito, se quite al individuo la libertad por ella garantizada, sólo con una condición: que la decisión en tal sentido sea precedida por un juicio: nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en Ley anterior al hecho del proceso (CN, 18. CBA, 39 CPP, 1º)⁴¹. Se autoriza el arresto del sospechoso (CN, 18), siempre que se ponga en manos de órganos Judiciales (única autoridad competente en el "juicio previo") resulta así una medida cautelar excepcional dirigida a neutralizar los peligros que se

⁴⁰ Ramos Mendez, Francisco. El proceso Penal, J.M. Bosch Editor Barcelin , 1999, Pág. 119 y ss.

⁴¹ Para Cafferata Nores (ob. Cit, Pág.28) "La cuestión, en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de este funcionará la garantía del art. 14. Esto permite afirmar que el estado normal (por así llamarlo) de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el de libertad (art. 14). Nota tomada del libro de Vivas Ussher, Gustavo. Manual de Derecho Procesal Penal.

ciernen sobre el juicio previo, que podría apartarlo de su destino de afianzar la justicia. Sólo la necesidad de evitar aquellos riesgos es la única razón que lo justifica, de modo que si no existen, o existiendo pueden neutralizarse de otra forma, el arresto carecerá de justificación constitucional.

Aparece así la idea de un escalonamiento coercitivo compuesto por medidas de diversa intensidad, que pone de manifiesto el derecho del imputado, a la coerción menos grave, receptado por el artículo 18 *in fine* de la CN, que prohíbe imponer al "reo" restricciones a su libertad, que so pretexto de precaución excedan los límites de la necesidad. *Queda proscrita así la coerción innecesaria o desproporcionada.* El artículo 269 del CPP, establece que *la restricción de la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.* Solo la necesidad, verificada en cada caso, de evitar que el imputado fruste los fines del proceso puede justificar las medidas coercitivas en contra de quién goza de un estado jurídico de inocencia (CN, 18; C. Cba., 39). Si es inocente debe ser tratado como tal, lo que significa no sólo la prohibición de penarlo antes del fallo condenatorio, sino también la de menoscabarlo en su derecho a la libertad, salvo cuando no hacerlo signifique comprometer seriamente los resultados del juicio previo.⁴²

Son elementos del tipo coercitivo de detención los siguientes: Estado convictivo de duda (sospecha objetiva) sobre la participación en un hecho punible por el afectado (coacto), Imputación que implique sospecha objetiva de alto peligro procesal que solamente pueda ser neutralizado mediante prisión preventiva, Necesidad de la medida para el éxito de la investigación por insuficiencia, verificada o probable, de la citación. Que la medida se dirija contra la persona determinada. Que la

⁴² Cafferata nores, Jose I., ob. Cit., Pág. 30.

medida no dure más de 10 días. Decreto fundado que ordene la medida.

La orden será escrita y contendrá los datos personales del imputado y, si se ignorasen, otros que sirvan para identificarlo, como así también la indicación del hecho que se le atribuye (CPP, 272, segundo párrafo) con las circunstancias básicas necesarias para su individualización.

La ejecución de la orden puede requerir el concurso de la fuerza pública; en consecuencia, su cumplimiento se encargará a la Policía Judicial (CPP, 138 y 153). La comisión policial deberá notificar la orden de detención al afectado, en el momento de ejecutarse o inmediatamente después. La duración de la detención se limita al tiempo necesario para resolver la situación del imputado, fijado por el CPP en diez días contados a partir de la declaración del imputado (CPP 336 o 345) de manera tal que o se operara la recuperación de la libertad” (CPP 281). La ejecución de la medida como toda privación de libertad, acarrea al imputado serios perjuicios, la mayoría de las veces irreparables. Aceptando esta innegable realidad, y tratando de reducirla a su mínima expresión, el CPP dispone que se le permitirá también realizar actos civiles impostergables que no perjudiquen los fines de la IPP ni disminuyan su solvencia (CPP 269, 272 y 273) y en términos más generales que la detención se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a la persona o reputación de los afectados (CPP, 269). La detención no tiene un fin de pacificación social, prevención ni retribución del delito, ni mucho menos tiende a una estigmatización social del detenido o la presión psicológica sobre él; sólo aspira a salvaguardar los fines del proceso.⁴³

⁴³ Vivas Usher, Gustavo, Manual de Derecho Procesal Penal. Pág. 140 y 141.

4.4.3. SUIZA Y ALEMANIA

En dichos países, menciona Iván Noguera que: la detención se dicta de acuerdo a las necesidades de la instrucción, es decir, que el procesado en libertad puede contrarrestar los esfuerzos que realiza el Juez para el descubrimiento de la verdad, a través de la destrucción de pruebas o conviniéndose con los testigos.

Por razones de seguridad, la detención se justifica para evitar el peligro de fuga o la continuación de la actividad delictuosa. Y por motivos no determinados, pero que surge de la natural preocupación de la opinión pública por el hecho de que el autor de una infracción realmente grave permanezca en libertad.

Debiendo señalar además que en países como Alemania: "la detención solo puede imponerse existiendo la fundada sospecha por el motivo de gravedad del hecho, cuando además se den en menor intensidad el motivo de peligro de fuga y de oscurecimiento"⁴⁴.

4.5. MANDATO DE DETENCIÓN Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Es bien sabido que la libertad, después del derecho a la vida es lo máspreciado que tiene el ser humano, el cual se encuentra amparado y protegido por la Carta Magna. Lo que se autoriza en la Constitución es la coerción que es el medio organizado por el Derecho para que el Estado intervenga en la libertad de la persona. Es pues coerción en contra de las personas restringiendo su libertad locomotiva, coerción personal ejercida contra el imputado. En cambio la coerción real es una intervención en la libertad económica de las personas. Para la finalidad de este apartado, se considero la revisión de las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales obran como anexos al final del trabajo, las mismas que se encuentran separadas según el tema principal sobre el que tratan.

⁴⁴ Gómez Colomer, Juan Luis. El Proceso Penal Alemán, Pág. 107, Barcelona – España, 1985.

4.6. RELACIÓN DEL MANDATO DE DETENCIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. TRATADOS INTERNACIONALES Y ORGANIZACIONES MUNDIALES.

A. CONVENCIÓN EUROPEA

La Convención Europea de los Derechos del hombre; condiciona la detención de las personas a un doble requisito:

- a. La existencia de una infracción penal particularmente grave; y,
- b. A las graves sospechas que puedan recaer sobre el inculpado las que tendrán que partir de hechos concretos o de presunciones serias.

B. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

B.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, cuyos partes pertinentes citamos a continuación:

Artículo 9: *Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.*

Artículo 11: 11.1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

11.2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

B.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de

conformidad con el artículo 49. Siendo importantes para nuestra investigación los siguientes artículos:

Artículo 9.-

1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*
2. *Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.*
3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*
4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*
5. *Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.*

Artículo 10.-

1. *Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*
2.
 - a) *Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;*
 - b) *Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.*
3. *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.*

B.3. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, el cual por ser de suma importancia, lo transcribimos en su integridad.

Ámbito de aplicación del conjunto de principios: Los presentes principios tienen por objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Uso de los términos: Para los fines del Conjunto de Principios:

- a) *Por "arresto" se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad;*
- b) *Por "persona detenida" se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito;*
- c) *Por "persona presa" se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito;*
- d) *Por "detención" se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define supra;*
- e) *Por "prisión" se entiende la condición de las personas presas tal como se define supra;*
- f) *Por "un Juez u otra autoridad" se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.*

Principio 1

Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Principio 2

El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.

Principio 3

No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocida o vigente en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

Principio 4

Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un Juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un Juez u otra autoridad.

Principio 6

Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Principio 9

Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan detenida o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les confiera la ley, y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un Juez u otra autoridad.

Principio 10

Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.

Principio 11

1. *Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un Juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.*
2. *Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.*
3. *Se facultará a un Juez o a otra autoridad para considerar la prolongación de la detención según corresponda.*

Principio 12

1. *Se harán constar debidamente:*
 - a) *Las razones del arresto;*
 - b) *La hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el Juez u otra autoridad;*
 - c) *La identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido;*
 - d) *Información precisa acerca del lugar de custodia.*
2. *La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley.*

Principio 13

Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco

después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.

Principio 36

1. *Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.*
2. *Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención.*

Principio 37

Toda persona detenida a causa de una infracción penal será llevada sin demora tras su detención ante un Juez u otra autoridad determinada por ley. Esa autoridad decidirá sin dilación si la detención es lícita y necesaria. Nadie podrá ser mantenido en detención en espera de la instrucción o el juicio salvo en virtud de orden escrita de dicha autoridad. Toda persona detenida, al comparecer ante esa autoridad, tendrá derecho a hacer una declaración acerca del trato que haya recibido durante su detención.

Principio 39

Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un Juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la

administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.

Cláusula General

Ninguna de las disposiciones del presente Conjunto de Principios se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

C. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

C.1. Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre

Fue adoptado en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 02 de mayo de 1948. Cuyos artículos pertinentes transcribimos:

ARTÍCULO XXV.- *Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el Juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.*

ARTÍCULO XXVI.- *Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.*

C.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conocido como "Pacto de San José de Costa Rica" Fue suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y con entrada en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Cuyos artículos pertinentes son:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene*

derecho a recurrir a un Juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.*

4.7. REQUISITOS PARA DICTAR MANDATO DE DETENCIÓN

En el marco de un proceso penal, un Juez esta facultado a dictar un mandato de detención contra el presunto autor o partícipe de un delito, observando las reglas previstas en el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, las cuales están relacionadas con la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso, la gravedad de la pena y el peligro de fuga. Siguiendo la mejor doctrina, las normas internacionales y reiteradas resoluciones del Tribunal constitucional, una detención debe ser motivada y excepcional.⁴⁵

Conforme al artículo 135 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 638) el Juez podrá dictar mandato de Detención si concurren los tres requisitos que señala dicho dispositivo y que se entienden como presupuestos materiales del mandato de detención.

Estos son:

4.7.1. PRESUPUESTOS MATERIALES DEL MANDATO DE DETENCIÓN

4.7.1.1. SUFICIENCIA PROBATORIA: ELEMENTO PASADO

También denominado como Prueba suficiente, señalado en el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales de 1940 (modificado por Ley N° 24388), el inciso 1

⁴⁵ Pedraza Sierra, Wilfredo. El mandato de Detención, más allá de los requisitos formales. En la revista hechos y Derechos. Pág. 6.

del artículo 135 del Código Procesal Penal establece que para la detención se necesitan suficientes elementos probatorios del delito y de la vinculación del imputado con el delito. De esta manera el legislador ha pretendido subsanar las equivocaciones pasadas de motivaciones del mandato de detención a fin de que la resolución sea debidamente fundamentada tanto de hecho como de derecho, respecto al delito y sobre la responsabilidad penal del imputado.

Según Miguel Fenech⁴⁶, “las pruebas son aquellos elementos o medios por los cuales puede reconstruirse la realidad pretérita al igual que el historiador construye la gran historia a través de los vestigios producidos por el obrar humano, por ello se ha puesto acertadamente de relieve la semejanza entre el juzgador y el historiador, en cuanto ambos deben reconstruir un sector de la realidad”.

Desde el punto de vista doctrinario no es sino una presunción legal y no un indicio⁴⁷.

Según Del Luis Del Valle Randich⁴⁸, probar es establecer la verdad y la prueba constituye los diferentes medios de los que se vale el hombre para llegar a ella. Entendiendo la prueba no sólo como una actividad procesal dirigida a obtener la evidencia Jurídica; sino como medio de comprobación, obtenido en el empleo de los elementos materiales dados en el proceso. La prueba tiene por objeto el cercioramiento de los hechos en el curso del proceso, para decidir el litigio, proporcionar la convicción de la verdad o falsedad de los hechos afirmados a través del acto probatorio.

En este punto es necesario señalar:

⁴⁶ Fenech, Miguel. El proceso penal. Pág 114, España, 1956.

⁴⁷ Lopez Calderon, Ruben, La prueba Indiciaria en el Derecho Procesal Penal, pág. 94, Editorial Inkari, Lima – Perú, 1985, nota tomada del libro de Ivan Noguera Ramos, Detención y libertades en el proceso penal peruano, pág. 184.

⁴⁸ Del Valle Randich, Luis. La prueba. Págs. 9 y 10, Lima – Perú, 1964.

- a. Que la detención debe dictarse siempre que la intencionalidad del autor se encuentre dirigida a la comisión del delito y que se sustente en suficientes elementos probatorios; y,
- b. Que la intencionalidad de un hecho denunciado exige analizar las pruebas sustentadoras recaudadas con la denuncia, la cual en determinados casos no puede sustentarse a priori.

Conforme al principio de proporcionalidad, cuanto más limitativa sea la medida coercitiva personal, más debe ser la exigencia probatoria.

No se exige que el Juez adquiriera certeza de la autoría o participación del imputado en la comisión de un delito; esto es, la firme convicción de estar en posesión de la verdad; únicamente se requiere que obtenga o llegue a obtener probabilidad, es decir, pese a coexistir elementos positivos y negativos en torno a la vinculación del imputado al hecho punible son preponderantes los primeros⁴⁹.

Este requisito o presupuesto material se conoce en la doctrina como el *Fumus Bonit Iuris*, que está referido a la imputación, es decir a la razonada atribución del hecho imputado, en el sentido, que el Juez para dictar detención, debe advertir pruebas objetivas suficientes de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o participe del mismo.

4.7.1.2. PROGNOSIS DE PENA MAYOR A UN AÑO. ELEMENTO PRESENTE

El inciso dos del artículo 135 no se refiere a la pena conminada (pena prevista para el delito), sino se refiere a la pena a imponerse, lo que significa que el Juez tiene que

⁴⁹ Noguera Ramos, Ivan. Detención y libertades en el nuevo Código Procesal Penal. Segunda Edición; Ediciones Forense, Lima, 1997, pág. 186.

calcular las posibilidades de la pena que podría aplicarle al imputado y para ello analizará los antecedentes, las condiciones personales, el grado de participación en el delito, etc.

La consideración de la pena probable exige del Juez, como es lógico, todo un análisis preliminar de los hechos y evidencias disponibles, así como de la consiguiente aplicabilidad de tales o cuales normas legales, incluida la probable pena al imputado.

Se ha sostenido que la prognosis de la pena implica un verdadero prejuizamiento, sin embargo no es tal ya que en el proceso penal cada momento tenemos que formular hipótesis nuevas que pueden ser confirmadas o desvirtuadas y en ello radica la gran tarea del magistrado, sea Juez o Fiscal.

Según Noguera⁵⁰ hay un criterio cuantitativo en el inciso dos del artículo 135 del Código Procesal Penal, ya que a mayor pena mayor es el peligro que el proceso cumpla sus fines, por ello, siempre se rechaza el encarcelamiento previo para delitos que merezcan penas correccionales y condicional, de modo que se trata de eludir los efectos negativos de las penas cortas y de evitar que se frustre por anticipado los objetivos perseguidos por la condena condicional.

En este requisito que forma parte de la expresión *Periculum in mora*, también se resalta el criterio del magistrado, porque obliga al Juez a realizar un cálculo de probabilidades que se conoce como prognosis de pena, de tal manera que si esta pudiera ser superior a un año, procedería este requisito; de lo contrario si la pena a imponerse fuera menor a un año, esta medida sería excesiva.

⁵⁰ Ídem pág. 187.

En este punto se debe advertir, que no basta el simple pronóstico o cálculo de pena que haga el Juez para que proceda este requisito, tal como apunta San Martín Castro: "Se trata en suma de un dato que debe estar presente pero insuficiente para determinar la peligrosidad procesal y, en consecuencia adoptar la medida de detención judicial".

Es interesante destacar que la ejecutoria suprema del 22 de abril de 1994, recaída en el expediente N° 55-94, Ayacucho, citada por el Fiscal Superior Carlos Tucto Rodil, aún antes del Proyecto del CPP de 1995, se adelanta y tiene en cuenta otros datos adicionales al cálculo de la pena a imponer para determinar si el imputado eludirá la acción de la Justicia: *"la Corte suprema sentó la doctrina que si se determina que el procesado tiene domicilio conocido, carece de antecedentes penales y no tiene requisitoria pendiente en su contra, ello permite estimar que no eludirá la acción de la Justicia"*.

4.7.1.3. REQUISITO DE PELIGRO PROCESAL: ELEMENTO FUTURO

Es obvio que los antecedentes a que se refiere este inciso no constituyen el factor de agravación específica de la condena que establecía el artículo 112 del Código Penal derogado, en cuanto preceptuaba que al reincidente se le debía imponer una pena equivalente al máximo de la pena prevista para el delito. Su campo se amplía, pues a todas las variables que forman los antecedentes criminológicos y que están recogidos en el artículo 46 del Código Penal.

El inciso tres del artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 establece el sustento de la medida cautelar de la detención, como es el peligro procesal, es decir, que sea previsible que el imputado por sus antecedentes y otras

circunstancias, rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria.

Los antecedentes a que se refiere el inciso tres del artículo 135 del Código Procesal Penal no sólo se debe entender los policiales, penales o judiciales sino también a los antecedentes de carácter criminológico y que se encuentran en el artículo 46 del Código Penal.

Nores Cafferata señala⁵¹; que los antecedentes como factor de conocimiento de la personalidad criminal y de adecuación de la pena no han desaparecido; lo que se ha hecho es eliminar la reincidencia como elemento de agravación específica de la pena (imposición de pena tasada), antes de la modificación para ser considerado actualmente la reincidencia.

Este tercer requisito es conocido en la doctrina como *periculum in mora* que, conforme ya se ha explicado, alude a la existencia de un daño jurídico derivado del procedimiento, que esta determinado por dos tipos de peligros. El de fuga (tratar de eludir la acción de la Justicia) y de entorpecimiento (perturbación) de la actividad probatoria.

4.7.1.4. CONCURRENCIA DE LOS TRES PRESUPUESTOS MATERIALES DEL ARTÍCULO 135 DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Una de las controversias que surgen en la interpretación del artículo 135 es si los requisitos establecidos en sus tres incisos son o no concurrentes. Consideramos que son concurrentes por las siguientes consideraciones:

⁵¹ CAFFERATA NORES, José. Medidas de coerción en el proceso penal, Marcos Lerner Editora Cordoba, Argentina, 1983.

- a. En la exposición de motivos del Proyecto alternativo del Código Procesal Penal de 1995 de la Comisión que presidió el maestro Florencio Mixán Mass se sostiene⁵²: Es necesario destacar que se ha adoptado un criterio razonable para el mandato de detención; de modo que se evite la proliferación de órdenes indiscriminadas de detención; pero a la vez, se disponga esta, solo cuando por la gravedad del hecho punible doloso sea previsible que la pena privativa de libertad podría ser superior a un año y el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias, trataría de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. Aun cuando aquí se mencionan solo dos requisitos, el contexto de la afirmación no permite excluir el requisito restante, sino por el contrario, incluirlo.
- b. En la parte final del inciso segundo del artículo 135 se emplea la conjunción “y” que es inclusiva y no alternativa.

Quiere decir que los Jueces incurrirían en un exceso jurisdiccional si ordenaran la detención judicial de una persona cuando faltare alguno de estos tres requisitos? Por supuesto que si.

Sobre la misma controversia podemos citar a Vega Billón, Rodolfo; quien señala que la jurisprudencia nacional ha establecido la concurrencia obligatoria de los tres requisitos; así se ha establecido en múltiples oportunidades por ejemplo: *“la medida coercitiva de detención está sujeto a presupuestos fácticos y normativos. En el primer caso cuando las pruebas recabadas hagan presumir*

⁵² Tomado del libro de Del libro de Arsenio Ore Guardia. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial alternativas. Primera edición. Lima 1996.230 al 237. Pág. 152-175.

fundadamente la autoría del delito por parte del procesado y además que de la norma señale una penalidad mayor a un año de pena privativa de la libertad, el Juez evaluará convenientemente los medios de prueba para vislumbrar una probable pena, entre el mínimo y máximo conminado o por debajo de ella, conforme a su criterio de conciencia. Y, finalmente, el peligro procesal sea de fuga o de perturbación de la actividad probatoria. Es necesaria la concurrencia de los tres requisitos”⁵³.

“El mandato de comparecencia es dictado en los casos que no procede el mandato de detención; esto es en defecto de la concurrencia de cualquiera de los siguientes presupuestos materiales; prueba suficiente, pena probable y peligro procesal, bastando solo la ausencia de uno de estos presupuestos para que no se configure mandato de detención alguno, quedando expedita la vía para acceder a las demás medidas de coerción personal que los hechos y circunstancias ameriten al caso⁵⁴”, “El mandato de detención es procedente solo cuando se presentan copulativamente en el caso sometido a consideración del Juez Penal los tres presupuestos materiales que prevé el artículo 135 del Código Procesal Penal. La ausencia de uno de ellos impide dictar dicha medida cautelar⁵⁵”, “el Juez al haber dictado el mandato de detención lo ha hecho con absoluta irresponsabilidad y negligencia, ya que una medida de coerción personal como el mandato de Detención debe sustentarse en los tres elementos

⁵³ Caso 35-1998. Distrito Judicial del Cono Norte esta en la Academia de la Magistratura: Serie de Jurisprudencia 3. Pág. 486).

⁵⁴ Caso 36-1999. Distrito Judicial del Cono Norte esta en la Academia de la Magistratura: Serie de Jurisprudencia 3. Pág. 488

⁵⁵ Caso 37-1999. Distrito Judicial de Puno esta en la Academia de la Magistratura: Serie de Jurisprudencia 3. Pág. 491.

*concurrentes e indispensables que señala el artículo 135° del CPP*⁵⁶.

Queda claro entonces, como asevera San Martín Castro, que: “La medida cautelar de detención judicial, como se ha podido advertir, está sujeta a un conjunto muy riguroso de exigencias legales, los presupuestos materiales esbozados tienen que concurrir conjuntamente: *Fumus Bonit iuris* (prueba acabada de la Objetividad del Injusto Penal y probabilidad de comisión delictiva imputable al sujeto pasivo de la medida) y *Periculum in mora* (prognosis fundada de una pena superior a un año de privación de la Libertad y peligro de fuga o peligro de entorpecimiento)”⁵⁷.

Al respecto, también se pronuncia el profesor Carlos Tacto Rodil⁵⁸ cuando dice: “Los tres requisitos para que el Juez pueda dictar mandato de detención son concurrentes: a) suficiencia probatoria, b) pronóstico de la imposición probable de una pena grave, y c) peligro de fuga y de entorpecimiento de la actividad probatoria. En doctrina esto se traduce, en cuanto al inc. “a” como el “*Fumus Bonit iuris*”, traducido como dice José María Asencios Mellado, que “Debe exigirse algo más que una posibilidad y menos que la certeza (...) no basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado; que para nosotros se puede traducir como alto grado de probabilidad, en base a lo que apuntan José Cafferata Nores e Incola Framarino Dei Malatesta. Los incisos “b” y “c” se sintetizan en la expresión “*Periculum in Mora*” que se refiere al peligrosismo procesal, que se comprenden el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, para los cuales

⁵⁶ Caso 39-1999. Distrito Judicial de Puno esta en la Academia de la Magistratura: Serie de Jurisprudencia 3. Pág. 496.

⁵⁷ Cesar San Martín Castro. Vol II pp 827-828.

⁵⁸ Referencia tomada del libro de Noguera Ramos, Ivan. Detención y libertades en el nuevo Código Procesal Penal. Segunda Edición; Ediciones Forense, Lima, 1997, pág. 404.

se debe tener en cuenta las circunstancias que rodean al caso y al imputado, conforme aparece en el proyecto del C.P.P de 1995, siguiendo el "Código Modelo para Iberoamérica" que a su vez tuvo como base la Ley Procesal Penal Alemana en el artículo 143º

4.7.2. REQUISITOS FORMALES DEL MANDATO DE DETENCIÓN:

De los artículos 135 y 136 se desprenden los requisitos formales del mandato de detención, siendo los siguientes:

4.7.2.1. JUDICIALIDAD

Quiere decir que el Juez Penal es el único que puede ordenar la detención; se comprende como tal una medida cautelar grave que importa el encarcelamiento. No debe confundírsele con otras medidas coercitivas menos graves, que no signifiquen excarcelación, como por ejemplo la conducción compulsiva que puede ser ordenada por el Fiscal conforme al Código Procesal Penal, pero que todavía no se encuentra vigente.

4.7.2.2. MOTIVACIÓN

El artículo 136 del Código Procesal Penal establece la fundamentación como uno de los requisitos del mandato de detención. Para ello se tendrá los fundamentos de hecho y derecho, es decir, las razones necesarias que justifiquen dicha medida. Esta motivación tiene que guardar estrecha relación con los requisitos del artículo 135 y si fuera necesario con los principios que orientan la aplicación de las medidas coercitivas cautelares.

4.7.2.3. IDENTIFICACIÓN

La orden de detención debe contener los datos de identificación del requerido. El artículo 136 del Código

Procesal Penal no establece cuales son los datos de identidad, pero se entiende que estos son los generales de ley; como son por lo menos nombres y apellidos completos, edad, lugar y fecha de nacimiento, nombres de los padres, ya que el fin del mencionado dispositivo es evitar las posibles confusiones por homonimia.⁵⁹

En un plano puramente formal y abstracto, la regulación de la detención es muy coherente y garantista, pero su aplicación concreta resulta difícil. Uno de los problemas que se le presenta al Juez, y quizás el más delicado, es el concerniente a la procedencia o improcedencia en delitos de penalidad muy grave, es decir, que no haya en autos elemento alguno que indique una razonable probabilidad de que el imputado rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria. Es más, puede darse el caso de que el imputado incluso se presente voluntariamente. El problema en éste caso sería, que el Juez tendría que escoger entre las alternativas de imponer detención o comparecencia. Por la gravedad del delito parece razonable dictar detención, no obstante la incongruencia de los tres requisitos requeridos.

Florencio Mixan Mass⁶⁰, sostiene que en casos como el mencionado *“resultado coherente que el Juez penal presuma en razón de la gravedad de la pena, el peligro procesal de que el imputado rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria”*

Muchas veces se han visto detenciones por órdenes muy antiguas, en procesos incluso prescritos o archivados. Pero con la actual directiva del Código Procesal Penal es la caducidad automática a los seis meses de las requisitorias cursadas a la policía. El propósito de la norma

⁵⁹ Arsenio Ore Guardia. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial alternativas. Primera edición. Lima 1996.230 al 237.

⁶⁰ Mixan Mass, Florencio. La Prueba en el procedimiento Penal, pág. 76, Lima – Perú, 1991.

es evitar los perjuicios que ocasiona la mantención indefinida de requisitorias. Salvo excepción en casos de terrorismo y narcotráfico que no caducarán hasta la detención y juzgamiento de los requisitoriados.

4.8. RECURSOS CONTRA EL MANDATO DE DETENCIÓN

4.8.1. DEL RECURSO DE QUEJA CONTRA EL MANDATO DE DETENCIÓN

La queja tiene por finalidad resolver situaciones no sujetas a impugnación (apelación o nulidad) o cuando esta hubiera sido desestimada. Es de dos clases: queja de Derecho o llamada también procesal que puede suceder tratándose de una detención arbitraria (artículo 87 C.P.P) o cuando no se ha fundamentado la detención (artículo 136 del nuevo Código Procesal Penal); y contra la Sala Penal de la Corte Superior por denegatoria del recurso de nulidad (artículo 297 del Código Procesal Penal).

La que concierne a jueces puede presentarse ante los mismos o ante la Sala Penal de la Corte Superior competente, en ambos casos esta última la resuelve.

La otra queja es conocida como queja de hecho o administrativa y persigue la sanción del mal funcionario, a través del órgano del control interno del Poder Judicial. A las quejas administrativas se les llama denuncias.

Cuando la ley no concede recurso impugnatorio o éste es denegado, el perjudicado con la resolución podrá presentar una queja que conforme a lo expresado; no es impugnación propiamente dicha pero produce similares consecuencias.

Citando a Ivan Noguera; cuando un funcionario decida, en base a las funciones que le han sido otorgadas, privar de la libertad a una persona sin fundamento legal alguno, esto es, caprichosa o arbitrariamente, dándole pábulo a una simple animadversión personal o a un interés venal, o a pesar de obrar de acuerdo con el derecho y teniendo fundamentos suficientes para

ello, olvida las formalidades legales y siempre estará vulnerando el bien Jurídico de la libertad personal, es decir, cometerá el delito de detención arbitraria.

El Código Procesal Penal de 1991, en el artículo 138, norma la denominada "Queja por Detención inmotivada". Esta queja se interpone ante el Juez *ad quo*, solicitando forme el cuaderno respectivo y luego lo eleve al Juez *ad quem* dentro del término de 24 horas. Procede cuando el mandato de detención dictado en el Auto de Apertura de Instrucción, al calificarse la promoción de la acción penal hecha valer por el Ministerio Público, ha sido dictada sin explicar los motivos o razones vinculadas al *fumus boni iuris* y al *periculum un mora*, reconocidos en el artículo 135 del Código de 1991, vigente parcialmente.⁶¹

El trámite de esta queja es sumarísimo. La Sala debe pronunciarse en el término de 24 horas de recibidos los autos, sin necesidad de vista Fiscal. Si se declara fundada la queja, como quiera que se incurrió en una causa de nulidad insanable, dada su directa relevancia constitucional, se excluirá al Juez del conocimiento del caso y se dispondrá su remisión a otro Juez, sin perjuicio de la sanción a que hubiera lugar. El Juez que recibe los actuados dictará otra resolución motivando como corresponde la medida cautelar personal.

El maestro San Martín Castro, observando que el artículo 138 del Código Procesal Penal, en su última parte del penúltimo párrafo señala que "el Juez que reciba el cuaderno, en igual término, deberá dictar el mandato que corresponda con arreglo a lo prescrito en el artículo 136", advierte que "La referencia al artículo 136 que exige la motivación del auto de detención, no implica que el nuevo Juez está obligado a dictar mandamiento de detención – pues ello colindaría con su autonomía constitucional-

⁶¹ Jerí Cisneros, Julián Genaro. Teoría General de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de Instrucción por el agraviado. Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal. Lima Perú. 2002.

sino que de inclinarse por la detención debe motivarla adecuadamente”⁶²

Sobre el particular la Corte Suprema se ha pronunciado en una ejecutoria de fecha 11 de setiembre de 1997 (Exp. N° 4192-95-Cuzco) en el sentido de que “tratándose de la omisión del Juez Penal en fundamentar el mandato de detención, la Sala Penal superior, debe pronunciarse declarando ya sea fundada o infundada la queja originada por denegatoria del recurso de apelación interpuesta por el encausado; que al ser declarada fundada la queja, como ha incurrido en el caso de autos, el colegiado debió disponer la remisión del proceso a otro Juez, a fin de que previo análisis del mismo, dicte la medida coercitiva de carácter personal que correspondía a su criterio, conforme a lo dispuesto por el artículo ciento treinta y ocho del Código Procesal Penal vigente; que no obstante el mandato expreso de la norma antes invocada, la Sala Penal Superior, ha procedido a declarar fundada la queja interpuesta y a la vez decidió variar, de manera indebida, la medida de detención por la de comparecencia, circunstancia que hace que la misma deba ser declarada nula...”.

La queja funciona contra una decisión inmotivada, y está se entiende cuando la detención ordenada no propone ningún argumento en respaldo de su decisión, o cuando los argumentos son notoriamente impertinentes, o no cubren las exigencias mínimas del artículo 135 del Código Procesal Penal.

Conforme al artículo 138 del Código Procesal Penal promulgado por el Decreto Legislativo número 638 el imputado podrá interponer recurso de queja y solicitará al Juez se eleve el cuaderno correspondiente dentro de las 24 horas de presentada la impugnación, bajo responsabilidad.

La Sala Penal de la Corte superior competente será la misma que estuvo de turno al momento en el que el Juez dictó el auto de abrir instrucción. Dicha Sala se pronunciará en el mismo

⁶² San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, volumen II, Pág. 172.

término, es decir, en 24 horas sin que sea necesario el dictamen del Fiscal Superior en lo Penal. La queja no produce ningún efecto, ni suspensivo ni devolutivo.

Si la Sala Penal de la Corte Superior declara fundada la queja, ordenará que la causa sea remitida a otro Juez, sin perjuicio de la sanción a quien hubiere lugar. El Juez que recibe el cuaderno, en igual término, deberá dictar el mandato que corresponda de acuerdo a lo establecido por el artículo 136 del nuevo Código Procesal Penal.

Si la Sala Penal de la Corte Superior declara infundada la queja, el efecto será que el proceso penal continuará a cargo del mismo Juez, y que además la resolución emitida por el Juzgado y que ordenó el mandato de detención ha sido legal y bien fundamentada.

Dicha Sala puede:

- a. Disponer la libertad de un detenido cuándo el Juez no ha recibido su instructiva dentro de las 24 horas de haber sido puesto a su despacho en calidad de detenido, atribución que la ejerce por imperio del artículo 87 del Código de Procedimientos Penales y a mérito del llamado recurso de queja por detención arbitraria.
- b. Decidir la detención de un inculpado que el Juez puso en libertad indebidamente, facultad que asume en virtud del artículo 89 del Código Procesal Penal; que regula la llamada queja por irregularidad jurisdiccional.

4.8.2. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL MANDATO DE DETENCIÓN

Contra el mandato de detención procede el recurso impugnatorio de apelación a fin de que la Corte Superior revise la resolución emanada por el juzgado. En caso de que la Sala Penal de la Corte Superior encuentre fundada la apelación interpuesta, revocará el mandato de detención por uno de comparecencia.

El Juez tiene la obligación de notificar al inculcado una vez que se efectivice la detención, y de ahí corre el término para impugnar.

Por otro lado, no es necesario que un reo que se entera del mandato de detención para apelar deba estar físicamente preso. La Ley procesal no exige esta condición y la amplitud del derecho de defensa consagrado en la Constitución así como la garantía de la libertad nos persuaden de la bondad de ese criterio; en esto hay un respaldo unánime por los estudiosos del Derecho Procesal penal en el sentido de que no es necesario que el imputado se ponga a derecho para recién poder interponer el recurso de apelación. La apelación constituye una garantía de acierto mediante el doble examen de la misma resolución judicial. La apelación determina nuevamente el estudio del problema que presenta la resolución. La parte que se considera afectada con dicha resolución tiene que rebatir los argumentos esgrimidos en la resolución inferior. Conocidos los fundamentos de la justicia y sobre ellos tendrá que recaer los motivos de la apelación. Como quiera que la Sala Penal de la Corte Superior es un tribunal colegiado conformado por tres vocales superiores de mayor experiencia, se presume que la revisión de la resolución del juzgado será efectuada con mucha justicia y objetividad.

En nuestro ordenamiento procesal penal, toda resolución del juzgado especializado es susceptible de apelación. La seguridad jurídica a que aspiramos tiene como fundamento la garantía de acierto que permite la revisión del superior jerárquico.

4.9. PELIGRO PROCESAL

4.9.1. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL JURIDICA

La Ley procesal exige, además, que existan “suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la Justicia o perturbar la actividad probatoria”. Este último presupuesto tiene su razón de ser en el llamado peligro

procesal que se manifiesta en lo que podría hacer el imputado al encontrarse en libertad, y que no daría seguridad a la prosecución del proceso y el logro de sus fines. Se pretende con ello evitar la presencia de cualquier elemento perturbador del proceso originado con la libertad del imputado. Entonces, habría que preguntarse en atención a ese requisito y teniendo a la vista el caso concreto: ¿existe peligro procesal de fuga o de entorpecimiento de la prueba si el imputado se hallare en libertad? Una respuesta positiva determina la confirmación de este presupuesto. En este sentido, el Juez podrá tener la seguridad o bastará presumir, sobre la base de determinados criterios, tales conductas. Esta presunción no es implicante con la seguridad que debe merecer toda resolución judicial sobre medida cautelar pues, precisamente, este requisito trata del peligro que pudiera existir, es decir, como posibilidad.

Como se podrá apreciar, en la determinación de esta medida cautelar se pone de manifiesto la finalidad de aseguramiento del imputado al proceso penal, cuando aquel, por la gravedad de la infracción, las circunstancias de su perpetración, los antecedentes judiciales del imputado, aproveche de su libertad para eludir la acción de la Justicia (mediante ocultamiento o fuga) o para perturbar la actividad probatoria (alterando o destruyendo las pruebas o intimidando al agraviado o testigo, etc.)

Corresponderá al Juez el uso de determinados criterios para establecer el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, que se sintetizan en circunstancias personales, sociales, económicas y procesales relacionadas con el imputado.

Para determinar el peligro de fuga del imputado habrá de tenerse en cuenta especialmente el arraigo del imputado en el país, que se condiciona por su domicilio, su residencia habitual, el de su familia, el lugar de trabajo. Las facilidades que pueda tener para abandonar el país o para mantenerse oculto; la pena que se espera como resultado del proceso; la reparación del daño y la actitud que adopte frente a la víctima; el comportamiento del imputado durante el desarrollo de la investigación o en otro

proceso que puede ser indicativo de su voluntad a someterse a la Justicia Penal.

Como se puede inferir, el peligro de fuga no supone la posición privativa de la libertad del imputado, sino también el hecho de que el mismo no obedezca a la citación judicial o se mantenga oculto; la autoridad judicial deberá, en cada caso, apreciar si existen circunstancias que indiquen que el imputado no se someterá al procedimiento penal. Afirma Roxin que el peligro de fuga no debe ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino, con arreglo al claro texto de la Ley, sólo en razón de las circunstancias del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada según el caso no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser consideradas también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular y agrega que "el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente, de ningún modo, para negar el peligro de fuga".⁶³

Para determinar el peligro de perturbación o de entorpecimiento de la prueba, o peligro de oscurecimiento, igualmente deberá tenerse en cuenta la probabilidad de que el imputado pueda destruir, alterar, modificar, suprimir o falsificar elementos probatorios; influir en los demás imputados o testigos o peritos, e incluso agraviados, para que declaren o informen falsamente o no cumplan con los mandatos judiciales; o inducir a terceros en tales comportamientos.

Se afirma en doctrina que esta determinación no se puede deducir de manera automática como una posibilidad en el caso concreto, sino que, como afirma Roxin, dicho peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas; así entonces el silencio o la negativa del imputado no pueden ser invocados para fundar el

⁶³ Roxin, Derecho Procesal Penal, citado, pág. 260. Señala el citado autor que en la práctica, el peligro de fuga representa el motivo de detención más importante, en cuyo caso, para fundar una fórmula preponderante, se invoca la expectativa de una pena elevada.

peligro de entorpecimiento⁶⁴ debiéndose sustentar debidamente. Sobre este último punto, la Corte Suprema ha revocado el mandato de detención por el de comparecencia al considerar que la Sala “al expedir resolución que dicta mandato de detención no ha precisado adecuadamente la presencia del peligro procesal, toda vez que no ha anotado los antecedentes policiales, judiciales o penales que registra el encausado; debiendo, además, señalarse que tampoco se ha precisado en que consistiría la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso.”⁶⁵

Un defecto de técnica legislativa y que puede generar problemas en la interpretación de esta norma es referido a la frase “intenta eludir la acción de la justicia o perturbar...”. Si hablamos de una posibilidad de fuga o de perturbación de la actividad probatoria, resulta difícil concordarla con el término *intenta*, que evidencia una situación actual, que se está realizando. Lo que ha de exigirse es la existencia de elementos de prueba suficientes para suponer tal posibilidad de fuga. En el mismo párrafo se alude – y habría que concordarla con la anterior – al “*criterio suficiente para establecer la intención de eludir la acción de la justicia*”. En consecuencia, es necesario establecer la intención de fuga por parte del imputado. En cuanto a la perturbación de la actividad probatoria, debe atenderse a criterios objetivos de realización, caso contrario, no puede servir de sustento. Tampoco en el caso de que toda la actividad de recepción o actuación de pruebas haya concluido, pues no habría riesgo de afectación o perturbación probatoria.⁶⁶

La ley vigente ha establecido, también de manera taxativa, que no constituye criterio suficiente para establecer la intención de

⁶⁴ Roxin. *Idem*. Pág. 261.

⁶⁵ Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1997, en Jurisprudencia Penal, Rpjvas Vargas, citado, Pág. 208.

⁶⁶ Sin embargo recordemos que en el Texto original del artículo 135° decía “*tratase*” de eludir la acción de la Justicia, lo que también denotaba actualidad empero, en interpretación amplia de la ley, se estimó como posibilidad, como peligro a futuro.

eludir la acción de la Justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa. Esta disposición si resulta atendible pues llena un vacío de interpretación y auxilia a la autoridad judicial en la aplicación correcta de este requisito. La gravedad de la sanción no debe constituir un elemento predominante en la decisión de la medida cautelar. La pena prevista para el delito en su extremo mínimo puede ser superior a un año, sin embargo, los elementos probatorios que vinculan al imputado con el delito pueden carecer de solidez, sin embargo sucede que muchas veces el criterio de la prognosis de pena resulta predominante. Precisamente por la gravedad de la pena conminada, lo que hace que el peligro de fuga o de sujeción al proceso se acreciente y genere la idea de evadir a la Justicia⁶⁷. Con la presente disposición, tal posibilidad de interpretación debe quedar descartada.

Como se ha dicho, la autoridad judicial deberá verificar que los tres presupuestos queden plenamente satisfechos; basta que uno de ellos no se acredite para imposibilitar la adopción de la medida de detención.

Asimismo, ninguno de estos presupuestos analiza el fondo, el asunto, es decir, no cabe en este sentido planteamiento alguno sobre el delito mismo, sino sobre la existencia de elementos de prueba que lo vinculen al injusto, elementos de prueba sobre el peligro procesal y a la prognosis. Para efectos de cuestionar el tipo penal existen otros medios de defensa. Por ello, constituye un caso muy singular, que el Tribunal Constitucional, en una sentencia para el análisis, declare fundado un Habeas Corpus analizando el tipo penal de peculado, basándose únicamente en el cuadernillo que para el efecto se forma, la resolución del Juez de primera instancia y en una parte del dictamen del Fiscal Superior

⁶⁷ La interpretación y práctica judicial se orienta en el sentido de la concurrencia necesaria de los requisitos y se observa, por ejemplo, que inclusive en casos de los llamados delitos agravados del Decreto Legislativo N° 896, cuya pena es muy superior a los cuatro años, la autoridad jurisdiccional a dictado medida de comparecencia, precisamente por no concurrir los otros dos requisitos.

que por cierto en su texto decía todo lo contrario – y sin tener mayor información probatoria sobre el caso.⁶⁸

Es común hoy en día, ver el alto índice de apelaciones al extremo del auto Apertorio de Instrucción, basándose única y exclusivamente en la ausencia de uno de los requisitos de procedibilidad que señala el Artículo 135 del vigente Código Procesal Penal, nuestros magistrados, mostrando una parametrada idea de lo que significa el Peligro Procesal, Flagrancia, Habitualidad y Reincidencia, simplemente cual mecánicos aplican la reciente modificación al artículo 135 y disponen en algunos casos, mandatos de detención en un porcentaje alarmante, ha sido nuestro Tribunal Constitucional, que en sendas sentencias, ha ido dando las pautas doctrinales, para entender el real significado de lo que debe entenderse por Peligro Procesal, y la debida fundamentación que debe contener el auto apertorio, pues casi todos los abogados litigantes centran sus apelaciones solamente a la ausencia como se repite de los requisitos del Artículo 135, sin embargo ha sido nuestro Tribunal Constitucional, quien nos hace recapacitar de la importancia de una debida fundamentación del Auto Apertorio, así nos permitimos reproducir parte de la sentencia que refiere precisamente al Peligro Procesal.

En el Exp.: 3380-2004-HC/TC y otros más (sentencias que adjuntamos como anexos al final de la Tesis), este organismo, enmarca los parámetros de lo que debe entenderse por peligro procesal, y que consideramos el Juzgado al dictar el auto que se apela no ha compulsado debidamente ni tomado en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional que debe ser de conocimiento del magistrado dada su alta función jurisdiccional.

⁶⁸ Véase la sentencia del TC. N° 139-2002-HC/TC, caso Bedoya de Vivanco, de fecha 29 de enero del 2002, en Jurisprudencia Constitucional, tomo I, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, Pág. 460. Obsérvese además que el TC como fundamento para dejar sin efecto el mandato de detención aplica el principio *indubio pro reo*, principio procesal que de acuerdo con la doctrina dominante, sólo se aplica al momento de decidir el sentido de la sentencia penal y no así tratándose de medidas cautelares, pues estos por su naturaleza no son definitivas, son provisionales y coexisten con la presunción de inocencia.

4.9.2. MOTIVACIÓN ACTUAL DEL PELIGRO PROCESAL A NIVEL NACIONAL - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A nivel nacional, respecto a la detención provisional la ley originaria optó por un sistema amplio, pero con el Decreto Legislativo N° 126 limitó severamente la amplitud y las leyes que se sucedieron después a la dación del Código de Procedimientos Penales de 1940, como la 23612 y 24388 limitaron el arbitrio judicial, las que impusieron la motivación, es decir la fundamentación tan necesaria en un asunto relacionado con la libertad de una persona y además permitieron reconocer el derecho al recurso, negado judicialmente desde siempre.

El presupuesto más importante de la coerción personal es el peligro procesal. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1091-2002-HC/TC (Caso Silva Checa. F.J. N° 15), en la que afirmó que: *"[...] 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 encontrar 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"*. Igual tesitura proclama 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 justicia⁶⁹”.

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”.*

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 garantista de política criminal asumida desde el Código Procesal Penal de 1991, por las siguientes

⁶⁹ BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Ob cit. p. 199.

consideraciones: **a)** Justificar la medida de coerción sobre la base de la gravedad de los hechos imputados, supone atribuirle a ésta un carácter ajeno a su naturaleza cautelar. En este sentido, 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"* (Sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC. F.J. N° 126). **b)** Constituye un grave error que atenta contra los fines de las medidas cautelares, la imposición de una medida de coerción personal atendiendo al peligro de reiteración delictiva⁷⁰. Lamentablemente, en la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional introdujo este factor, al afirmar 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, morigeró esta consideración, agregando que *"no debe olvidarse que cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o*

⁷⁰ A propósito de ello, el 9 de mayo de 2006 se publicó la Ley 28726 que incorpora al Código penal dos agravantes genéricos: la reincidencia (artículo 46 B) y Habitualidad (artículo 46 C). La reincidencia constituye una vieja figura incluida ya en el artículo 10 del Código Penal de 1863 y reproducida en el código de 1924. 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 921 (el Decreto Ley 25475 también la regulaba).

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". c) La alteración del orden público como baremo para ordenar la medida coercitiva de detención no guarda correspondencia con un diseño constitucional del sistema de coerción personal, por cuanto hace recaer en el procesado la existencia de esta situación que es inasible y ajena a su conducta. El orden público que debe ser preservado por el Estado, y que ha sido siempre un concepto de difícil determinación, aún así, es invocado por la opinión pública y los medios de comunicación para encubrir el endurecimiento del sistema penal, y hasta el Tribunal Constitucional ha insinuado su inclusión, en los siguientes términos: *"en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal"* (Sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-HC/TC. F.J. N° 145). d) Otros aspectos previstos 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. Así lo sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1567-2002- PHC/TC (Caso Rodríguez Medrano. F.J. N° 6)). Otros criterios validados por el Tribunal Constitucional para ponderar el peligro procesal, son la historia personal, la evaluación de la personalidad y el carácter del acusado, según lo expresara en la

sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC (F.J. N° 14).

Se debe advertir que la opción ideológica de la libertad individual que la Constitución proclama para nuestro sistema penal, no justifica la adopción de tales aspectos para evaluar la aplicación de una medida cautelar personal, pues éstos por ser propios de la esfera personal del imputado son de por sí subjetivos, lo que implicaría el riesgo de desnaturalizar el carácter cautelar y excepcional de estas medidas al momento de su imposición, y sin lugar a dudas, el retorno a un derecho penal de autor, proscrito en el marco de los tratados de los Derechos Humanos⁷¹.

Las medidas de coerción personal tienen por objetivo resguardar la eficiencia del proceso, por tanto su imposición debe cumplir el requisito de motivación lo que debe importar un análisis minucioso del caso concreto 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, como son el de prueba suficiente, pena probable y peligro procesal.

Al respecto, 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

⁷¹ Arsenio Oré Guardia. Problemas de aplicación de las medidas de coerción personal en el Proceso Penal Peruano. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional* N° 2, abril-junio 2006, Pág.46.

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. Del mismo modo, deberá tenerse en cuenta las circunstancias concretas del caso y personales del imputado, así lo estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1084-2005- HC/TC (Caso Artemio Ramírez Cachique. F. J. N° 15 y 16).

A pesar de las previsiones antes señaladas, es en la prisión preventiva en que se incurre en las mayores insuficiencias de motivación. 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”*⁷².

Frecuentemente, los jueces expiden resoluciones que dan por satisfecha la motivación de la detención invocando que, en el caso concreto, se cumplen los requisitos del artículo 135 del Código Procesal Penal, pero sin fundamentar en qué consisten cada uno de éstos. A ello se añade 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 de Justicia de la República, a los dictámenes fiscales o hasta citando párrafos de autores sobre la materia.

Al respecto, si bien la jurisprudencia y la doctrina pueden ser elementos valiosos para asumir la determinación de imponer

⁷² Citado por SANGUINÉ, Odone: La prisión provisional y derechos fundamentales. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003. pp. 546 y ss.

una medida cautelar personal, sin embargo, éstas no deben constituir la única *ratio decidendi*, pues la argumentación decisiva debe emerger de los elementos de juicio que se hallan en el propio caso, y que se relacionan estrechamente con los presupuestos legales de la detención preventiva judicial.

La exigencia de esta motivación resolutoria, debe alcanzar también a los dictámenes, denuncias o acusaciones del Ministerio Público, pues un debido ejercicio de la acción penal importa una motivación adecuada y suficiente. 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, y que implican una onerosa carga para el Estado así como muchas aflicciones para los sujetos procesales.

Resulta importante, asimismo, determinar los alcances de la decisión de los jueces constitucionales una vez verificada la vulneración del derecho constitucional a la motivación del mandato de detención, que es materia de control por el hábeas corpus. En efecto, constatada esta agresión al derecho constitucional, la judicatura constitucional debe declarar la nulidad de la resolución cautelar. Esta apreciación se refleja en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que 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 las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional ha tenido pronunciamientos fluctuantes sobre los alcances de los fallos dictados en causas en que se comprobó la vulneración de este derecho. Así por ejemplo en los casos José Dellepiani Massa (Sentencia recaída en el expediente N° 1753-2003-HC/TC) y Alex Wolfenson Woloch (Sentencia recaída en el expediente N° 2712-2002- HC/TC), a pesar de que advirtió una carente o deficiente motivación, el

Tribunal Constitucional ordenó, en ambos casos, al órgano jurisdiccional emplazado que corrigiera la deficiencia y dictara una nueva resolución suficientemente razonada, sin embargo, no dejó sin efecto la medida cautelar dictada.

Una decisión diferente y evolutiva fue la asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 8125-2005-HC/TC (Caso Jeffrey Immelt y otros), en la que estableció que el incumplimiento de la garantía de la motivación genera como consecuencia la anulación del auto que impone la medida de coerción.

En efecto, en base a la inexistencia del marco de imputación que causaba indefensión a los reclamantes, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de habeas corpus y, lo más importante, declaró nulo el auto de apertura de instrucción que contenía el mandato de detención impuesto contra éstos, en consecuencia, se dispuso la suspensión de las órdenes de captura. Esa posición jurisprudencial fue ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 8123-2005-HC/TC.

Como observamos, la garantía de la motivación de las medidas de coerción, por menos relevante que pareciera el mandato cautelar (por ejemplo, en caso de que se ordene el impedimento de salida del país) requiere necesariamente de una fundamentación suficiente, bajo sanción de nulidad, lo que implica ineludiblemente dejar sin efecto la medida de coerción.

4.9.3. PROBLEMÁTICA DEL PELIGRO PROCESAL

Ni el empírico ni los medios amarillentos entenderán que mientras un ser humano no sea procesado y encontrado culpable debe reputárselo inocente, que corresponde al Estado mediante el Ministerio Público desvirtuar la presunción de inocencia y que en el ínterin podrá privárselo de libertad sólo cuando ello resulte necesario e ineludible, no porque convenga adelantarle la sanción



o condena, sino de modo instrumental para superar el peligro procesal de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria.

El peligro procesal, desde luego, no se configura por el hecho de afirmar en una resolución judicial que existe, sino en la medida que tal providencia recoja datos o evidencias que acrediten, por ejemplo, que el imputado, desatiende las citaciones de la investigación preliminar, deja intempestivamente su domicilio, viaja de improviso al interior del país o extranjero, que abandona sin justificación su trabajo. Otro tanto ocurrirá si se establece que ha amenazado o corrompido a los testigos o busca alterar o destruir las fuentes de prueba. En estos supuestos de peligro o de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, a que se refiere el artículo 135 del CPP, es que el Juez puede despachar un mandato de detención preventiva o procesal no en calidad de condena anticipada, sino de medida instrumental dirigida a salvar los fines inmediatos y mediatos del proceso⁷³.

El peligro procesal constituye el requisito más importante de las medidas cautelares de naturaleza personal, puesto que a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal, materializado no sólo en su normal desenvolvimiento, sino en la futura aplicación de sentencia por ello, se asevera que el peligro procesal está en función a que el imputado posterior a su libertad, asista voluntariamente a cuántas veces lo requiera el Juzgado o la Sala Penal. En ese sentido, el Juez debe hacer un pronóstico, para determinar cuáles serán esas posibilidades que hagan presagiar, que el inculpado asistirá al proceso penal y en su defecto, no hará ningún tipo de maniobra tendiente a dificultar el mismo⁷⁴.

⁷³ Véase el artículo completo del doctor Mario Pablo Rodríguez Hurtado. Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal; en la Revista Derecho y sociedad N° 23, asimismo en el siguiente link <http://blog.pucp.edu.pe/item/24971+peligro+procesal>.

⁷⁴ De ese mismo pensar es el profesor Pablo Sánchez Velarde, citado por ALCÓCER POVIS, Eduardo, <<Superación del pasado a través del proceso penal. Consideraciones acerca de los criterios para la

Es por ello que se exige un razonamiento integral, eficiente e idóneo, basado precisamente en datos objetivos, ciertos, y no en verosimilitudes, sospechas o conjeturas, que hagan precisamente suponer que el inculpado, no perturbará la actividad probatoria, fugará del país o tratará en lo posible de esconder u ocultar sus bienes.

Sostenemos que no debe estar basado en conjeturas, hipótesis o verosimilitudes, puesto que el Juez en su resolución debe citar datos ciertos, objetivos, fehacientes, que aparezcan frente a sus sentidos, que le generen la convicción que el procesado se sustraerá a la persecución penal, en caso se le ordene su libertad. En consecuencia el peligro procesal debe de ser valorado objetivamente con datos certeros, pues si le permitimos que un Juez valore esta figura como mejor le parezca, damos tribuna a que se convierta - en lugar de un magistrado garantista -, en un ser peligroso, con razonamientos tan subjetivos como caprichosos, donde de por medio se violenta la libertad ambulatoria de un ser humano⁷⁵.

En lo concerniente a la perturbación de la actividad probatoria, debemos precisar que también debe tratarse de *datos objetivos ciertos*, relacionados con el inculpado, pero con su futura manera de proceder. Somos del parecer a que ello debe ser valorado en función a sus comportamientos dentro del proceso, los cuales pueden ser tanto físicos como procesales. Físicos, como por ejemplo comportamientos destinados a amedrentar a testigos, peritos, co inculpados o conductas destinadas a lograr comunicación con el exterior, a fin que otras personas oculten, supriman, alteren o desaparezcan las pruebas que de alguna u otra forma lo comprometen. Procesales, en el sentido de presentar constantes recursos destinados al fracaso, como por ejemplo

aplicación de medidas limitativas de la libertad en el marco del "sistema anticorrupción">>, en "Medidas privativas de libertad", ob cit., p. 152.

⁷⁵ Véase: Expediente N° 2915 – 2004 – HC/TC. Lima. Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio.

interposición de libertades sin fundamento fáctico o dogmático, nulidades procesales, tachas, o de la constante negativa a cumplir con lo ordenado por el Juzgado o Sala Penal, como por ejemplo, de no concurrir a las declaraciones de instructivas y sus respectivas ampliaciones, de no ir a las diligencias procesales de confrontaciones, y de cuanta diligencia sea ordenada por el magistrado.

4.9.4. SOBRE LA MOTIVACIÓN O FUNDAMENTACIÓN.

4.9.4.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES.

A pesar de no existir disposiciones expresas, ya en la época de Roma se acostumbraba a motivar las resoluciones, los romanos, con su alto sentido jurídico, político y práctico, no podían dejar de intuir esa necesidad.⁷⁶

En la legislación de las partidas, esa exigencia se convierte en una obligación legal, y a ese respecto la partida III, título XXII, ley 5, disponía que el Juez debiera fallar con arreglo a derecho “por buenas y apuestas palabras que se puedan bien entender”.

Sin embargo, durante el largo período del derecho común, las resoluciones por lo general, no eran motivadas, ni se requería la enunciación de los hechos y la declaración del convencimiento del Juez. Sólo se fundamentaron, en esa época, las resoluciones penales pronunciadas en el fuero eclesiástico, especialmente las de los Tribunales de la Santa Inquisición, en las causas por herejía.

⁷⁶ Ortell Ramos, Manuel. Origen histórico del deber de motivar las sentencias, en *Revistas de Derecho Procesal Iberoamericano*, Nº 4, Pág. 899 y ss.

Así se llega al final de ese oscuro periodo histórico, que Carlos III cierra tristemente con aquél famoso decreto, dictado en las postrimerías del siglo XVIII, en el cual se impone a los jueces la prohibición de motivar las resoluciones “para evitar cavilaciones a los litigantes”.

Casi es innecesario decir que esta medida era una lógica consecuencia de los regímenes absolutistas imperantes en aquellas épocas. Lo que ese régimen llamaba “Cavilaciones” no era otra cosa, como dice con acierto Mendez Calzada,⁷⁷ que el temor a la crítica de los fundamentos del fallo, o sea el temor a la censura sobre la actuación de un poder del Estado.

Pero en el mismo año en que Carlos III suprimía esa garantía, ella era nuevamente impuesta por la ordenanza Napolitana. Y poco después, en 1790, la Constitución Francesa de Fructidor, reafirma categóricamente la necesidad de fundamentar los fallos judiciales. Desde entonces esa exigencia se incorpora paulatinamente a todas las legislaciones, e incluso es consignada en las cartas fundamentales de algunos países, alcanzando así jerarquía constitucional.

Es oportuno recordar aquí las palabras de Laferrière cuando, al dictarse la Constitución de Francia de 1791, declaró: “La Constituyente rindió un hermoso homenaje a la razón y a la conciencia del hombre ordenando que las resoluciones fueran motivadas y echando así las bases de la jurisprudencia nacional”⁷⁸.

Sin embargo la fundamentación de las sentencias ha sido considerada posteriormente como una garantía

⁷⁷ Real Cédula de Carlos III de 13 de junio de 1778, ley 8, tit. 16, libro 11 de la novísima recopilación, ver en VESCOVI Enrique, interpretación de la sentencia, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, Nº 3-10, Pág. 259, nota 7.

⁷⁸ Fornatti Enrique. Fundamentos de Sentencias, OP. Cit.

política y una salvaguarda contra la posible arbitrariedad judicial y la mencionada prohibición, una consecuencia del autoritarismo real, que no admitía discusión a las órdenes de la autoridad.

Luego de la Independencia, a pesar de la supervivencia de la legislación española y como un progreso de las garantías judiciales se implantó la obligatoriedad de fundar las sentencias, frente a la opinión de los más afamados procesalistas españoles del siglo XVIII, aparecen las normas dictadas por la Revolución que van a implementar la obligación de fundar las resoluciones, en los penales, luego en las civiles, como una de las garantías para los derechos individuales.

El Código Civil de Bolivia es el primero que se redacta en América, aún hoy se aprecia como en su artículo 1751 dispone que los Jueces deban fundar sus resoluciones.⁷⁹

En nuestro país, con la Constitución de 1828, en su artículo 122 se rescata la obligación de motivación de las resoluciones, pues antes con las Constituciones de 1823 y 1826, no se decía nada al respecto.

En la Constitución de 1834, se aprecia en el artículo 123, en la de 1839 en el artículo 125, en la de 1856 en el artículo 125, en la Constitución de 1920 se determinó en el artículo 154 y en la de 1933 se desarrolló en el artículo 227.⁸⁰

⁷⁹ Vescovi, Enrique. Op. Cit. Pag. 260.

⁸⁰ García Belaunde, Domingo y Walter Gutiérrez Camacho. Las Constituciones del Perú. Textos Institucionales, Apéndice Bibliográfico por Carlos Mesías Ramírez, Edición oficial, Ministerio de Justicia, WG Editor.

4.9.4.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DE LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES.

Los fundamentos políticos y jurídicos de esa exigencia constituyen premisas elementales de toda organización democrática y, por lo mismo, se encuentran pacíficamente reconocidos por la Legislación y la doctrina constitucional y procesal.

Carnelutti señala que “en todas las sociedades civilmente organizadas existe una norma que impone a los jueces el deber de juzgar según justicia”.

La existencia de un deber – dice el maestro de Roma – está en función de la posibilidad de poner de relieve su posible violación, con lo que se requiere decir que el deber de juzgar según Justicia se resuelve en primer Término en el deber de motivar la decisión, precisamente porque es la motivación el medio imprescindible para comprobar la justicia de la decisión.

En los países democráticos, el deber de juzgar según justicia es pues un verdadero postulado institucional que se resuelve prácticamente en el deber de los jueces de motivar las resoluciones. EL pueblo tiene el derecho de controlar la actuación del Poder Judicial, y ese control sólo puede ejercitarse cuando se conocen los fundamentos de las resoluciones judiciales.⁸¹

La resolución, y con mayor razón aquella que se dicta en materia penal, debe llevar no sólo al inculpado, sino a la opinión pública, la seguridad de que la causa ha sido estudiada en todas sus partes esenciales, y cuales son los fundamentos de hecho y de derecho de la condena o de la absolución. Cabe afirmar que sólo con el cumplimiento

⁸¹ Pereira Anabalón, Hugo. Motivación y fundamentación de las sentencias y Debido Proceso, Revista judicial, Arequipa, Nº 1, Pág 21 al 26.

de esa exigencia, se puede mantener la confianza del pueblo en la Justicia, porque sólo así el pueblo se convence de que el Juez ha juzgado según justicia, y con arreglo a las constancias de los autos, y el pronunciamiento definitivo no es el fruto del arbitrio ni de la discrecionalidad judicial, ni de pruebas que puedan resultar del conocimiento privado del Juez.

Por lo demás, esa exigencia no se cumple por el mero hecho de permitir a algunas personas que asistan al debate judicial. Es francamente inútil que el proceso se sustancie *in facie populi*, si a éste no se le dan a conocer los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la sentencia judicial. Aparte de que el pueblo no es únicamente aquel que ha asistido a la audiencia, sino la sociedad en general, cuya conciencia sólo se satisface cuando se hacen públicos los motivos del fallo.

En conclusión, se debe la necesidad de explicar el porqué del mandato que toda resolución supone. La motivación tiene algo (o mucho) de concesión democrática.

La soberanía del Poder Judicial impone un orden determinado para resolver la situación conflictiva. Más para que tal orden no se parezca en nada a la violación, lo razona y lo justifica. Es un acto que ennoblece y dignifica la función judicial, al mismo tiempo que revela su valor intelectual y moral.

4.9.4.3. OBLIGACIÓN DE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN LLAMADA AUTO

Esto es, la razón o el fundamento que determina la apertura. Unas veces es a mérito de la denuncia del Ministerio Público y el Atestado Policial correspondiente. En otras, por el conocimiento público de la comisión inmediata de un delito (casos de apertura de oficio).

De ese modo, se habrá cumplido con el mandato constitucional a que se refiere, relativo a la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias.

4.9.4.4. A MANERA DE DEFINICION

Se podría decir que la obligación de motivar tiene larga data en la historia de la Justicia, aun cuando también la historia con Carlos III⁸² nos muestra cómo se impuso a los jueces la prohibición de motivar sus sentencias, sin embargo, se afirma este principio con la Constitución de Francia de 1791 difundida a las demás legislaciones, sobre todo las latinoamericanas.

La motivación es realizar un análisis de carácter lógico y muy bien razonado en relación a los presupuestos materiales de la detención. La justificación y razonabilidad de un mandato de detención se ejecuta mediante la motivación que en resumidas cuentas es un deber de los jueces y se constituye en una garantía para los justiciables penalmente. Según Jorge Cortez Horta⁸³ *racionalmente, la motivación se impone porque de esta manera el acusado puede conocer las pruebas que lo señalan como autor o participe de la infracción que se le imputa, y no ser sorprendido por pruebas secretas que no pueden controvertir ni desvirtuar, si fuera posible. De ésta manera, al mismo tiempo que se evita la arbitrariedad, se garantiza igualmente la libertad individual.*

Según Herrera⁸⁴ el principio de motivación escrita de las sentencias, que podemos ampliar para todo tipo de

⁸² Por Real Cédula de Carlos III, del 13 de junio de 1778, Ley 8ª, tit. 16, Libro 11 de la novísima Recopilación, en Vescoví, E., Interpretación de la Sentencia, Rev. De Derecho y Jurisprudencia y Administración, Montevideo, Nº 3-10, Pág. 259, nota 7. Sin embargo dicha garantía fue repuesta en el mismo año por Ordenanza Napolitana: Pie de Página tomado del libro de Sanchez Velarde. Idem. Pág. 622.

⁸³ Lease: Cortez Horta, Jorge; Prueba para detener, enjuiciar y condenar, pág. 82, Bogotá-Colombia, 1964.

⁸⁴ Léase HERRERA VASQUEZ, Ricardo. Programa de Formación de Aspirantes. Función Jurisdiccional. Academia de la Magistratura, Lima, Perú, Junio del 2000. Pág. 104.

resoluciones excepto de las de mero trámite; propugna un adecuado razonamiento jurídico y coherencia interna en los resultados del trabajo del Juez, asoman dos temas estrechamente vinculados con tal objetivo: el defecto y deficiencia normativa, que aluden a la existencia de normas dudosas que requieren ser interpretadas y, de lagunas jurídicas que requieren ser integradas, respectivamente, en el contexto de la obligación ineludible del Juez de emitir un pronunciamiento final, y, el principio *iura novit curia*, que supone que el Juez conoce el ordenamiento jurídico y aplica la norma adecuada para resolver los conflictos con arreglo a Derecho.

El mandato de detención conforme al artículo 136 del Código Procesal Penal, establece que debe ser motivado, es decir, fundamentado.

Señala Giovanni Leone⁸⁵; que la doctrina ha indicado los más variados para dar la justificación de la detención; como la necesidad de asegurar la persona del imputado para el proceso o especificando mejor el mismo criterio, necesidad de asegurar la disponibilidad del imputado como fuente de prueba; necesidad de impedir que el imputado pueda influir sobre la genuina recepción de las pruebas, garantía del resultado del proceso, medio de instrucción, sanción procesal determinada por la intolerancia del imputado al peso del proceso, necesidad de defensa social proporcionada a la gravedad del delito y a la peligrosidad del imputado, prevención general en el sentido de impedir que la víctima o las personas allegadas a la víctima de un grave delito pasen a actos de venganza, deber del imputado de ponerse a disposición de la

⁸⁵ Leone, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. Pág. 259-260, tomo II, Editorial Ejea, Buenos Aires – Argentina, 1990.

colectividad, para contribuir eficientemente a la actuación de la potestad de justicia.

Según Noguera Ramos, los principales fundamentos son: coerción procesal, garantía en orden a la ejecución de pena y prevención especial. La detención como se ha dicho debe ser una medida excepcional en el proceso, debiendo el Estado diseñar medios que aseguren la presencia del imputado durante todo el juicio.

Por lo que no cabe la detención cuando el hecho no tiene mayor gravedad y no hay peligro procesal, ya que debemos tener siempre presente que la libertad locomotiva es un derecho inherente a las personas.

La libertad locomotiva de las personas es un derecho individual que garantiza la Constitución Política del Estado y es uno de los pilares de nuestro país; la privación de esa libertad es una de las formas típicas de la sanción penal, en principio, sólo a título de pena por un delito, puede privarse a alguien de ese derecho (Artículo 2 inciso 24, parágrafo D, Constitución de 1993) y bajo la condiciones allí señaladas, como el juicio previo, fundado en la ley anterior al hecho procesado. Fuera de ese sustento, nuestra Constitución permite expresamente la detención (artículo 2. Inciso 24 parágrafo f) y como tal la considera como otro título de privar la libertad, en tanto persigue garantizar los fines del proceso, impuestos como necesario y previo para ejercer el poder sancionatorio del Estado.

Para acordar la detención es necesario que concurren los presupuestos materiales y formales.

El profesor Arsenio Oré Guardia señala que dos son los presupuestos formales: orden judicial escrita y orden judicial motivada; y dos igualmente son los presupuestos materiales: sospecha muy fundada de comisión de un delito, y motivos de detención, esto es;

gravedad del hecho, peligro de reiteración y proporcionalidad.

El artículo 136° del CPP de 1991 exige que el mandato de detención sea motivado, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que los sustenten. El Legislador de este cuerpo legislativo, en armonía con el principio constitucional de la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (artículo 139 inciso 5 de la CP e) ha previsto que el Juez omita fundamentar el mandato de detención y por ello conforme al artículo 138° permite al imputado interponer un recurso de queja solicitándole que eleve el cuaderno correspondiente dentro de las veinticuatro horas de presentada la imputación a la Sala Superior Penal, bajo responsabilidad, al cual se pronunciará en el mismo término sin necesidad de vista Fiscal. Si se declarara fundada la queja se remitirá la causa a otro Juez para su conocimiento, sin perjuicio de la sanción a la que hubiera lugar.

Muchos fallos adolecen de falta de claridad, de una adecuada y completa fundamentación, así como de la coherencia conceptual necesaria para que los justiciables vean satisfechos sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso. Para todos es conocido que en la redacción, el Juez pasa por una serie de procesos mentales donde toma conocimiento de los hechos, los describe, analiza y valora para llegar a una conclusión que constituye el fallo.

La elaboración de una sentencia penal debe obedecer, ante todo, a un proceso lógico de razonamiento en el que el Magistrado adopte su decisión, cuando se exige el carácter motivado de las resoluciones judiciales (a excepción de las de mero trámite), dado que el punto de referencia de la motivación jurídica, debe sustentarse debidamente en los hechos analizados.

Constitucionalmente el Magistrado está obligado a sustentar fácticamente sus resoluciones: tal y como disponen los artículos 280° y 283° del Código de Procedimientos Penales; se obliga al magistrado a analizar adecuadamente todas las pruebas actuadas y valorarlas convenientemente, en función de su criterio de conciencia. La estructura lógica que debe existir en la sentencia judicial, la cual debe estar acorde con el previo razonamiento que sigue el magistrado a la hora de llegar al fallo judicial.

El principio de motivación de resoluciones judiciales previsto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 112 del Código Procesal Civil, que es de aplicación supletoria a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales.

Las resoluciones judiciales deben hacer específica mención de la ley aplicable a los fundamentos de hecho en que sustentan su fallo; esto implica la necesidad de relación de acuerdo a los argumentos jurídicos, esos hechos con la norma que aplica el magistrado a la hora de enjuiciarlos, lo que no es más que valorarlos conforme a la normativa que este considere aplicable a los mismos.

4.9.5. MANDATO NACIONAL DE OBLIGACIÓN DE MOTIVAR. CONSTITUCIONAL, LOPJ, OTROS: LEY 28490, 121 Y 50 INC. 5 CPC.

El artículo 139, numeral 5 de la Constitución Política del Perú dispone textualmente lo siguiente:

“Son principios y derechos de la función constitucional... la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Este postulado de la función jurisdiccional es consecuencia de otro principio también de rango constitucional, previsto en el artículo 139, numeral 4 de la Carta Magna en los siguientes términos:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional... la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos”

Según Quiroga León⁸⁶; la publicidad en los procesos judiciales es, a su vez, derivación de pautas de la teoría general del proceso como los principios de oralidad e inmediación. Las partes deben estar en contacto directo con el Juez a través de actos procesales preferentemente realizados con la presencia de aquellas. La publicidad en los procesos judiciales viabiliza el control social de los mismos, mediante la cobertura de la actividad jurisdiccional realizada por los medios de comunicación.

El artículo 10 de la Ley orgánica del Poder Judicial también consagra el principio de publicidad al establecer que:

“Toda actuación judicial es pública, con las excepciones que la Constitución y las leyes autorizan. Tienen el mismo carácter los registros, archivos y copias de los actuados judiciales fenecidos que se conserven de acuerdo a ley. Toda persona debidamente identificada puede acceder a los mismos para solicitar su estudio o copia certificada, con las restricciones que establece la ley. Cualquier decisión judicial, recaída en un proceso fenecido, puede ser objeto de análisis y crítica, con las limitaciones que expresamente la ley señala”

⁸⁶ QUIROGA LEON, Aníbal. Conceptos Básicos en el estudio del Derecho Procesal, en: Derecho, número 40, Lima, Pontificia universidad Católica del Perú, 1986. Pág. 313.

Citando a Herrera Vásquez, Ricardo.⁸⁷ la publicidad en los procesos judiciales permite que sus principales consecuencias, las sentencias, puedan ser materia de análisis y crítica. Esta libertad para evaluar el contenido de los fallos tiene inclusive consagración a nivel constitucional. El artículo 139, numeral 20 de la Carta Magna señala que:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional... el principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.”

Asimismo tenemos el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ubicado en la sección primera de dicha Ley, la cual recoge los principios Generales que rigen la actuación de dicho poder del Estado; establece lo siguiente:

“Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado.”

Lo cual originó la crítica de Herrera; pues exoneraba al magistrado de la obligación de fundamentar debidamente las razones de la confirmatoria, lo que a su parecer resultaba polémico frente al mandato Constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, salvo los decretos de mero trámite. Pues se podría cuestionar también por el principio de la pluralidad de instancia (numeral 9 del artículo 139 de la Constitución).

Cuando un litigante apela una sentencia debe fundamentar las razones que determinan su disconformidad con el pronunciamiento del Juez. Ello compromete a la instancia superior

⁸⁷ HERRERA VASQUEZ, Ricardo. Programa de Formación de Aspirantes. Función Jurisdiccional. Academia de la Magistratura, Lima, Perú, Junio del 2000. Pág. 102.

a evaluar tales razones y; si opta por confirmar el fallo inicial, detallar la resolución respectiva como ha descartado las razones invocadas por el apelante. Si no se obra de esta forma, el litigante no cuenta con las explicaciones jurídicas suficientes del porque carece su pretensión procesal de asidero total o parcialmente, legítima expectativa que está en el sustrato del principio de la doble instancia y el derecho de defensa.

Así mismo se debe mencionar los incisos tres y cuatro del artículo 122 del Código Procesal Civil (principalmente el primero de ellos), la debida motivación es un requisito de validez de las resoluciones judiciales, lo que significa que su ausencia implica que la resolución no reúne los requisitos mínimos para permanecer vigente en el tiempo. Estas normas disponen lo siguiente:

“Artículo 122.- Las resoluciones contienen:

(...) Inciso tres. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables a cada punto, según el mérito de lo actuado.

Inciso cuatro. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente.

(...)

La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requieren cumplir con lo establecido en los incisos 3, 4, 5 y 6 y los autos del expresado en el inciso 6.”

La Ley N° 23612 del 2 de junio de 1983; precisaba en lo referente al auto de abrir instrucción, que el Juez debía fundamentar y expresar de modo específico la calificación del delito o los delitos que se imputaba al inculpado. Si el Juez no motivaba, es decir, no fundamentaba el mandato de detención provisional el inculpado tenía la facultad de interponer el recurso de queja ante el Superior Tribunal. Y si la queja se declaraba fundada, el Tribunal Correccional ordenaba que la instrucción sea remitida a otro Juez sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar. Esta ley es de vital importancia pues exigió fundamentar la medida coercitiva indicando para ello los fundamentos de hecho y derecho, lo que en doctrina conocemos como principio de fundamentación adecuada.⁸⁸

Antiguamente la queja no cuestionaba la suficiencia de los fundamentos de la detención provisional, sino la ausencia de los mismos.

La reforma por Ley N° 24388 estableció que la falta de fundamentación, es decir, de motivación del mandato de detención daba lugar al recurso de queja, entendiéndose que para superar otros defectos de la misma medida coercitiva, como por ejemplo fundamentación equivocada, el recurso pertinente para interponer era de apelación y con esta se reconocía a la persona privada de libertad, el derecho de recurrir ante el Juez competente para que decida sin demora sobre la legalidad del mandato de detención y ordene su libertad en caso de que fuere ilegal (artículo 7 inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

4.9.6. IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN

La debida motivación o motivación razonada cumple varias funciones dentro de la administración de justicia. En primer lugar, es un principio rector y una garantía de la administración de

⁸⁸ QUIROGA LEON, Aníbal. Conceptos Básicos en el estudio del Derecho Procesal, en: Derecho, número 40, Lima, Pontificia universidad Católica del Perú, 1986.

Justicia. Así lo establece el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución.

Plasmación del razonamiento del Juez, para que esté a merced del entendimiento de la población de "a pie" de la ciudadanía común y corriente.

Al ser pasibles las sentencias de análisis y crítica públicas, indudablemente deben tener un concepto justificado jurídicamente de manera impecable. Por ello, la ley de Leyes dispone la necesidad de su motivación. Pero, no solamente se exige esta garantía en función a la necesidad de preservar el prestigio de la judicatura, sino también con el objeto de desarrollar un rol pedagógico, pues las sentencias deben ser accesibles a las grandes mayorías por su claridad y simplicidad. Al aplicar el derecho cotidianamente, los jueces deben enseñar a la población cuales son sus derechos y obligaciones,⁸⁹ para ello se apela al principio de la justicia profesional, en virtud del cual los jueces son iusperitos que están en capacidad de aplicar adecuadamente el Derecho, demostrando un alta especialización.⁹⁰

Además es posible contextualizar al principio de publicidad dentro del debido proceso legal, pues resulta indispensable que el Juez precise con nitidez los motivos por los cuales acogió la pretensión procesal de una de las partes y desestimó los argumentos de la otra.

¿Pero qué se entiende por una debida motivación o motivación razonada? ¿Por qué es un principio rector en la actuación del Poder Judicial y un requisito de validez de las resoluciones judiciales?

La debida motivación o motivación razonada no es sino trasladar al texto de la resolución, de una manera clara y coherente, el razonamiento que ha seguido el Juez para resolver

⁸⁹ RUBIO CORREA, Marcial: EL sistema Jurídico. Introducción al derecho. Lima Perú, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. Pág. 417.

⁹⁰ QUIROGA LEON, Aníbal. Conceptos Básicos en el estudio del Derecho Procesal, en: Derecho, número 40, Lima, Pontificia universidad Católica del Perú, 1986. Pág. 315.

una demanda de una manera determinada, con la indicación expresa de los hechos y del derecho en que sustenta esa decisión. La motivación razonada de las resoluciones hace posible que los interesados (las partes, la comunidad jurídica, los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía y también los de superior jerarquía que conocerán esas resoluciones en grado de apelación) conozcan las razones por las que una demanda se resolvió en un sentido, evitándose así la existencia de sentencias arbitrarias, a las cuales nos referiremos más adelante.

La motivación razonada *permite el ejercicio de los controles de legalidad y legitimidad del acto jurisdiccional*⁹¹ en otras palabras, la motivación razonada de las resoluciones judiciales permite que sobre ella se efectúe el llamado control de logicidad. Como señala Olsen Ghirardi⁹² *“si la fundamentación de la sentencia tiene jerarquía Constitucional, y existe un control de constitucionalidad, va de suyo que es atinado un control del razonamiento del Juez. Este control, por cierto, no sale de los límites de lo formal – lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el Juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y no violar las reglas que rigen el pensar”*.

4.9.7. CLASES DE MOTIVACIÓN SEGÚN ANDRES IBAÑEZ⁹³

En doctrina se señala las siguientes:

4.9.7.1. MOTIVACIÓN IMPLICITA

Está contenida en la misma resolución judicial, pero no en su totalidad, pues si esto sucediera estaríamos ante un supuesto de falta de motivación, de tal manera que

⁹¹ Devis Echeandía, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, Pág. 48.

⁹² Ghirardi, Olsen. El razonamiento judicial. Academia de la Magistratura, Lima, 1997, Pág. 105.

⁹³ Perfecto Andres Ibañez, El Juicio Oral, obra colectiva, citado, pág. 596 y ss.

“los datos de hecho consignados (en la sentencia) y su fundamentación jurídica, contemplados en relación con los que obran en el proceso, revelan de manera suficiente, aunque sea implícita, las razones y discurso lógico que determinaron la decisión judicial⁹⁴”.

4.9.7.2. MOTIVACIÓN POR REMISIÓN O POR RELATIONEM.

Cuando el Juez no elabora una justificación autónoma sino que acude al reenvío 1) se haga a la sentencia objeto de exámen por razón de un recurso, 2) se haga a la sentencia o sentencias dictadas en otro u otros asuntos por el mismo tribunal, es decir, mediante la referencia a un precedente. El primer caso es muy frecuente en nuestro medio cuando se “motiva” la confirmatoria de una resolución por sus propios fundamentos, lo cual no refleja en sí una verdadera motivación sino una remisión a los fundamentos expuestos en la resolución materia de impugnación, cuando en realidad lo que se pretende es verificar su coherencia y su consistencia y si cuenta o no con el apoyo probatorio que da por existente; lo que significa que de encontrarse satisfactoriamente fundada, habrá de explicarse porque se entiende así. La segunda forma de motivación por remisión se da cuando la cuestión discutida es eminentemente jurídica.

4.9.8. MOTIVACIÓN APARENTE

Cuando la sentencia, no obstante incluir una exposición en apoyo o justificativa de la decisión, en realidad elude dar cuenta de las razones de ésta, de manera que lo argumentado no guarda

⁹⁴ Cita del mismo autor a la Sentencia del tribunal Constitucional Español Nº 122/94; p.597.

ninguna relación con lo decidido o, aún cuando pueda tener alguna relación ésta es puramente superficial y no explicativa.

De tal manera que si la parte resolutive (fallo) de la sentencia no guarda relación con la motivación que se expone, aquella deviene en nula. Así mismo, la parte resolutive puede en sí ser incompatible o contradictoria. La Corte Suprema ha declarado la nulidad de la sentencia cuando existe "incompatibilidad en la parte resolutive de la sentencia, entre la declaración de prescripción y la absolución de los encausados de la acusación fiscal, pues la prescripción y la absolución de los encausados de la acusación fiscal, porque la prescripción extingue la acción penal y en consecuencia fenece el procedimiento, debiendo archiversse la instrucción, deviniendo en innecesaria la absolución."⁹⁵

De lo anteriormente expuesto se puede resumir lo siguiente:

- La motivación de la sentencia es imperativo constitucional, inherente a la función jurisdiccional.
- La motivación de la sentencia se expresa en juicio sobre los hechos y juicios de derecho.
- Debe existir una correlación entre la motivación de la sentencia y el fallo que ella contiene.
- La motivación de la sentencia constituye una garantía para el justiciable y para la sociedad, pues permite conocer el fundamento de la ley que se aplica.

4.9.9. CLASES DE MOTIVACIÓN SEGÚN OLSEN GHIRARDI

Olsen A. Ghirardi considera que el derecho es diferente a la ciencia del derecho; el primero es la praxis y el segundo es la modalidad que estudia esta praxis: *"El Derecho, como tal, es una "modalidad" de la acción humana, de la praxis. La ciencia que*

⁹⁵ Ejecutoria Suprema de 18 de setiembre de 1987, I S.P. Exp. N° 732-87, Ancash, Retamozo y Ponce, jurisprudencia Penal, citado, p. 110.

estudia esta “modalidad” de la praxis es la Ciencia del Derecho⁹⁶; considera además que la lógica si es aplicable al primero al deber ser.

4.9.9.1. ERRORES EN COGITANDO

Lo que en doctrina se conoce como los errores *in cogitando*, son los defectos de logicidad o errores de motivación que se producen cuando las resoluciones no contienen una motivación razonada. En esos casos estaríamos frente a resoluciones arbitrarias, que no solamente son aquellas en las que existe una falta de fundamentación en los hechos y en el derecho, sino también cuando los fundamentos expuestos son insuficientes, o también cuando no se hace referencia alguna a los hechos materia de juzgamiento o a la prueba actuada⁹⁷ y cuando la resolución adolece de otro tipo de errores inexcusables como son el prescindir de la ley vigente, aplicar normas derogadas o que aún no entran en vigencia, entre otros.

4.9.9.2. FALTA DE MOTIVACIÓN, AUSENCIA. CONSECUENCIA INVALIDEZ

La falta de motivación se produce en aquellos casos de ausencia total de motivación. Un ejemplo de falta de motivación es cuando una resolución de segunda instancia “por los propios fundamentos” dados por el inferior.

⁹⁶ Olsen A. Ghirardi. Derecho, Lógica y experiencia. Artículo publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. República Argentina: <http://www.acader.unc.edu.ar>. Mayo del 2005.

⁹⁷ Devis Echeandía, Hernando. Op.Cit. pág. 48.

4.9.9.3. MOTIVACIÓN DEFECTUOSA

Se refiere a las decisiones en las que el razonamiento del Juez o vulnera alguno de los principios lógicos clásicos del pensamiento, como el de congruencia o identidad, de no contradicción, de tercio excluido o razón suficiente. Los supuestos de motivación defectuosa se clasifican, a su vez, en dos según José Miguel Cárdenas Mares⁹⁸; motivación aparente y motivación defectuosa en sentido estricto. Aunque según Olsen Ghirardi, la clasificación se divide en tres; las cuales son:

4.9.9.3.1. APARENTE MOTIVACIÓN

Se produce cuando el juzgador sustenta su decisión de amparar una pretensión sin argumentar y estructurar lógicamente las razones que fundamentan su decisión. Se trata de una falta de derivación, pues de los hechos o de la ley no se desprende lo que se decide. Como señala Olsen Ghirardi, *“el fundamento recae en factores cuya propia naturaleza o modalidad es incompatible racionalmente con la decisión adoptada (...) en estos casos, existe una negación sustancial de la finalidad que se ha propuesto el legislador al exigir la motivación de la sentencia, es decir, la necesidad de una demostración lógica del convencimiento del Juez”*⁹⁹.

Respecto al supuesto de motivación aparente el profesor Raúl Fernández¹⁰⁰ indica que *“(...) el grupo de decisiones que corresponden con*

⁹⁸ Cárdenas Mares, José Miguel. La debida Motivación y el control de logicidad: En Revista Peruana de jurisprudencia numero 45 pag. XCIII al XCIX.

⁹⁹ Ghirardi, Olsen. Op. Cit. Pags. 132 al 133

¹⁰⁰ Fernández, Raúl Eduardo. Los errores en cogitando en la naturaleza del razonamiento judicial. Editorial Alveroni, Córdoba, 1993, Pág. 117.

esta parte de la clasificación son verdaderamente peligrosas pues se presentan como actos jurisdiccionales a prima facie fundados, pero que si no nos detenemos en lo que es la caparazón de los mismos, sino que procuramos adentrarnos en la racionalidad y razonabilidad de la fundamentación descubriremos que en verdad no tiene fundamento". Puede decirse que en estos casos la decisión parece más una opinión personal del Juez.

4.9.9.3.2. INSUFICIENTE MOTIVACIÓN

Poco desarrollada por Ghirardi, algunos autores consideran que se tiende a confundir con el criterio de defectuosa motivación propiamente dicha.

- **DEFECTUOSA MOTIVACIÓN PROPIAMENTE DICHA**

Se verifica cuando la decisión del Juez afecta los principios de identidad o congruencia, en tanto no existe correspondencia entre lo que se solicita y lo que se ordena; de no contradicción, cuando se afirma y se niega una misma cosa respecto de un mismo objeto; y de razón suficiente, porque no existe un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba o que se derive de la sucesión de conclusiones a las que llegó el Juez.

La consecuencia de que se detecte alguno de estos defectos en una resolución, ya sea al resolverse un recurso de casación o uno de apelación, es que aquella sea declarada nula,

y que el Juez tenga la obligación de expedir una nueva resolución, cuidando esta vez de motivarla razonadamente.

4.9.10. EL CONTROL DE LOGICIDAD Y LOS DEFECTOS EN LA MOTIVACIÓN

Una resolución con una motivación razonada permite que sea revisada desde una óptica lógica formal a partir de los principios de la lógica ya enunciados. Esta labor se denomina control de logicidad. El control de logicidad es el exámen formal que efectúa una Corte de Casación o Tribunal Superior, dependiendo si el vicio en la motivación fue denunciado mediante un recurso de casación o uno de apelación, para determinar si el razonamiento realizado por los Jueces inferiores y recogido en la resolución impugnada es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. Lo que se busca con esta tarea es controlar las reglas que rigen el pensar, controlando los errores in cogitando, es decir una revisión de aspecto formales de la resolución.

Lo que en doctrina se conoce como los errores *in cogitando* son los defectos de logicidad o errores de motivación que se producen cuando las resoluciones no contiene una motivación razonada. En esos casos estaríamos frente a resoluciones arbitrarias, que no solamente son aquellas en las que existe una falta de fundamentación en los hechos y en el derecho, sino también cuando los fundamentos expuestos son insuficientes, o también, cuando no se hace referencia alguna a los hechos materia de juzgamiento o a la prueba actuada¹⁰¹ y cuando la resolución adolece de otro tipo de errores inexcusables como son el prescindir de la ley vigente, aplicar normas derogadas o que aún no entran en vigencia, entre otros.¹⁰²

¹⁰¹ Devis Echeandía, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, Pág. 48.

¹⁰² Bacre, Aldo. Teoría General del Proceso. Tomo I, Abeledo – perrot, Buenos Aires, 1986, Págs. 538 -542.

Estos defectos han sido clasificados por la doctrina en dos clases: la falta de motivación y la motivación defectuosa.

4.9.11. PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA MOTIVACIÓN

La simple remisión a las pruebas actuadas obrantes en autos no es motivación, no fundamenta la decisión, no es motivación válida. No hay motivación real solo encubre una apariencia de motivación; se viola el principio de verificabilidad y razonabilidad; que toda resolución judicial debe ostentar.

La motivación de una resolución puede ser calificada de razonada cuando su contenido respeta cierto orden mental y lógico mínimo que permite afirmar que se trata de un razonamiento correcto implica, que esté guiado por los siguientes Principios de la Lógica Jurídica: Identidad o congruencia (debe resolverse aquello que se ha sometido a la decisión del Juez), no contradicción (no puede aceptarse y negarse o atribuir dos calificaciones jurídicas a un mismo hecho), razón suficiente (los argumentos expuestos deben derivar en la conclusión a que se llega) y tercio excluido (lo resuelto solamente debe involucrar a las partes).

En este orden de ideas, podemos concluir que una motivación es razonada *"(...) cuando el itinerario mental seguido por el juzgador para llegar a las conclusiones que configuran su fallo, se respeta la corrección en la aplicación de reglas estrictamente lógicas. Así, por ejemplo, será imprescindible que el razonamiento respete los principios lógicos clásicos (...), y arribe a una decisión que sea una consecuencia necesaria de las premisas empleadas. De este modo, es perfectamente posible verificar la corrección de la motivación"*.¹⁰³

Ningún magistrado está exonerado de seguir estas reglas de la lógica jurídica para elaborar sus resoluciones. Desde el Juez

¹⁰³ Arrarte Arisnabarreta, Ana María. Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia. En Themis numero 43, segunda época, noviembre 2001, pág. 56.

de Paz No Letrado hasta las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional tienen que motivar razonadamente sus decisiones. Como señala Alfredo Fragueiro, *"(...) por encima de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica, o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular. Quién no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma."*¹⁰⁴

La jurisprudencia nacional ha reconocido en reiteradas ocasiones que la debida motivación es un elemento del debido proceso, que a su vez es un derecho fundamental. A modo de ejemplo cabe citar la Casación número 1102 – 2000 – LAMBAYEQUE, en la que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que *" (...) toda resolución debe contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos (...) dicho mandato guarda consonancia con la exigencia constitucional de la motivación, entendiéndose que ésta constituye un elemento eminentemente intelectual, que expresa el análisis crítico y valorativo llevado a cabo por el juzgador, expresado conforme a las reglas de la Logicidad y comprende tanto el razonamiento de hecho como el de Derecho en los cuales el juzgador apoya su decisión."*¹⁰⁵

Por la afectación a derechos tan importantes de la persona, toda medida coercitiva debe ser debidamente motivada. Tratándose de la detención exige taxativamente la ley la motivación de la resolución *"con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que los sustenten"* (art. 136° CPP).

¹⁰⁴ Fragueiro, Alfredo. Citado por Ghirardi, Olsen, Op. Cit., Pág. 105 al 106.

¹⁰⁵ Publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de Octubre de 2000.

En tal sentido, ha de exigirse la apreciación del Juez sobre los hechos que se imputan y sobre el derecho aplicable, con relación a los tres requisitos del artículo 135° ya analizados. No es suficiente la sola cita o enumeración de tales requisitos sino la explicación debida de las razones que corresponden al caso concreto (razonabilidad); los elementos probatorios sobre la comisión del delito y la vinculación del imputado con el mismo; los motivos que permitan generar una prognosis de pena superior a un año de pena privativa, que se sustenten en la actividad probatoria existente y en las características propias de la determinación de la pena en términos de proyección; además, de ello, debe exponerse de manera suficiente, la existencia del peligro de fuga o de perturbación de la prueba, mediante la valoración de la prueba actuada previamente. La misma motivación se exige para revocar la comparecencia por detención o para denegar la libertad provisional. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en distintas sentencias ha dejado establecido las exigencias constitucionales que rodean a la motivación de las resoluciones y específicamente aquellas que están referidas a la detención judicial. Ha dejado sentado que la motivación de las resoluciones judiciales “es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables”. Que “tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el Juez Penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial respectiva¹⁰⁶”

Pero el TC es más explícito y afirma que son dos las características fundamentales de la motivación de la detención

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Silva Checa de fecha 12 de agosto del 2002, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamentos jurídicos 20-21, publicada en el diario oficial el 16 de agosto.

judicial preventiva: 1) tiene que ser suficiente, es decir, "debe expresar por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla; y 2) debe ser razonada, " en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.¹⁰⁷"

En suma, dada la afectación seria a la libertad que se decide, la detención judicial debe ser suficientemente motivada en cuanto a los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos¹⁰⁸.

5. DETENCIÓN JUDICIAL

5.1. DEFINICIÓN

Es una medida de coerción procesal penal de naturaleza personal de mayor gravedad, consiste en la privación provisional del derecho de libre desplazamiento de la persona que se encuentra sujeta a un proceso penal en calidad de imputado.

5.2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Se dicta sobre la base de necesidades procesales, siendo su finalidad última **asegurar el éxito del proceso**.

Se dicta sólo en circunstancias verdaderamente **excepcionales y no como regla general** y además en casos verdaderamente graves siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal.

- Es una **medida cautelar**, por tanto debe considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional; "el **principio favor libertatis** impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una **medida subsidiaria, provisional y**

¹⁰⁷ Idem, fundamento Jurídico 22.

¹⁰⁸ Sanchez Velarde, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Idem, Pág. 765.

proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar.¹⁰⁹

- **No se trata de una sanción punitiva ni un adelanto de pena**, porque no responde a juicios de responsabilidad, sino a criterios de índole preventivo orientados a asegurar el éxito del proceso penal, es decir mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación.
- Debe dictarse de conformidad con los principios de **razonabilidad** y **proporcionalidad**, como lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando sostiene que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad", pudiendo concluir que la validez constitucional de las medidas cautelares "se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad". Cuando se dicta la medida, el magistrado debe **ponderar** básicamente **dos intereses** sumamente importantes que tiene toda sociedad, que son: "a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado".¹¹⁰ La resolución judicial que dispone la detención provisional, debe de estar **motivada**, debe justificarse en base a los principios antes mencionados y a la concurrencia copulativa de los presupuestos exigidos por la norma; es una exigencia constitucional, un derecho con rango constitucional de los justiciables, que garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1091-2002-HC/TC Caso Silva Checa.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0731-2004-HC/TC de fecha 16 de abril del 2004.

Constitución y las leyes y que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho a la defensa.

La detención provisional no vulnera el principio constitucional de la **presunción de inocencia**, o estado de inocencia, cuando se dicta observando los presupuestos exigidos, sobre todo el del peligro procesal, puesto que, "La presunción de inocencia se mantiene viva en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. Mientras ello no ocurra dicho principio debe informar a todos y cada uno de los actos de la judicatura, máxime si existe una medida de detención vigente".¹¹¹

5.3. PRESUPUESTOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

Procede para delitos dolosos y culposos, éste es el último recurso entre los instrumentos procesales para lograr la sujeción del imputado al proceso y evitar la perturbación de la actividad probatoria y para que esto suceda el magistrado deberá de verificar la presencia de ciertos requisitos e incluso pese a que estos concurren no le obliga a dictarlo. La norma hace referencia a que el Juez puede dictar mandato de detención, por tanto no se trata de una obligación, sino de una facultad que el Juez puede hacer o no; pero si estuviera convencido de que es necesaria la detención debe verificarse la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

5.3.1. PRUEBA SUFICIENTE DE LA COMISIÓN DE UN DELITO, QUE VINCULEN AL IMPUTADO COMO AUTOR O PARTICIPE DEL MISMO

La investigación preliminar dirigido por el Fiscal Provincial Penal debe recabar suficientes elementos probatorios no solo que acredite que el hecho punible ha sucedido en la realidad, sino que,

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2915-2004 HC/TC de fecha 23 de noviembre del 2004.

es necesario que cuente con elementos de prueba que vinculen al sujeto con el evento criminal.

Debe precisarse que este presupuesto exige que los elementos probatorios acopiados sean legales, debiéndose excluir los elementos probatorios ilegítimamente obtenidos.

5.3.2. PROGNOSIS DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO O QUE EXISTAN ELEMENTOS PROBATORIOS SOBRE LA HABITUALIDAD DEL AGENTE AL DELITO

Como lo hace el Código Procesal Penal del 2004 vigente en ciertos distritos Judiciales.

Este presupuesto importa que el magistrado haga un pronóstico de la pena en caso que la causa llegue hasta la sentencia sin ninguna variación. El presupuesto se da por cumplido en los casos en que el Juez Penal pronostica una pena superior al año de privación de la libertad, para ello debe comportarse como si se encontrara en el momento mismo de dictar sentencia condenatoria.

5.4. QUE EXISTAN SUFICIENTES ELEMENTOS PROBATORIOS PARA CONCLUIR QUE EL IMPUTADO INTENTA ELUDIR LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA O PERTURBAR LA ACCIÓN PROBATORIA. NO CONSTITUYE CRITERIO SUFICIENTE PARA ESTABLECER LA INTENCIÓN DE ELUDIR A LA JUSTICIA, LA PENA PREVISTA EN LA LEY PARA EL DELITO QUE SE LE IMPUTA

El peligro procesal es el presupuesto trascendental más importante, es el principal elemento que debe tomarse en cuenta al momento de imponer la medida coercitiva personal de detención

provisional; esa es la línea interpretativa que asume nuestro TC el cual ha sido plasmado en diversas sentencias, cuando señala que "el principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que los procesados ejerzan plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente".¹¹²

Si no fuese así se tornaría en arbitraria por tratarse de un adelanto de pena, vulnerando de esta manera el estado de inocencia que goza todo procesado. Por ello existe **peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria**.¹¹³

Para determinar el peligro procesal en el extremo de **eludir la acción de la justicia**, se deben evaluar distintos elementos que se presentan antes y durante el desarrollo del proceso, como los valores morales del procesado, su vida anterior con relevancia penal, sus antecedentes penales, judiciales o policiales, requisitorias pendientes, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares, arraigo, familia constituida, trabajo lícito que le permita subsistir, que se encuentre registrado en la RENIEC "y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculcado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso".¹¹⁴

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 1260-2002-HC/TC de fecha 09 julio del 2002

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 1567-2002-HC/TC Caso Rodríguez Medrano.

¹¹⁴ Idem.

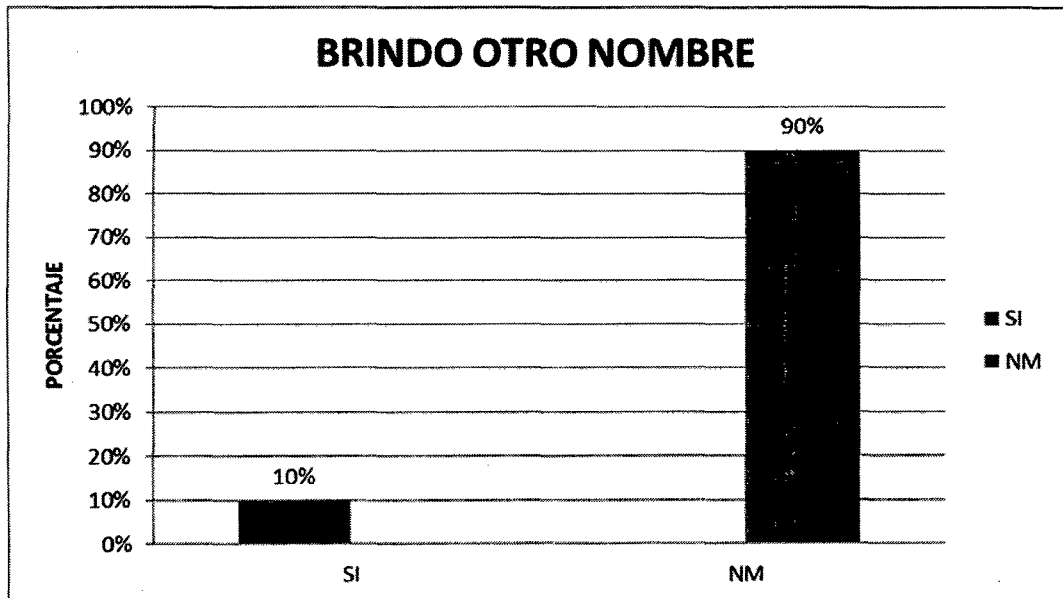
CAPITULO III
ANALISIS ESTADISTICO DE LOS DATOS
OBTENIDOS DE LOS AUTOS DE APERTURA
DE INSTRUCCIÓN DEL PRIMER, TERCER Y
SEXTO JUZGADO PENAL DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO – 2008.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS 2008

A. PERTURBACIÓN PROBATORIA:

1. BRINDO OTRO NOMBRE

	Frecuencia	Porcentaje
SI	05	10%
NM	45	90%
Total	50	100%

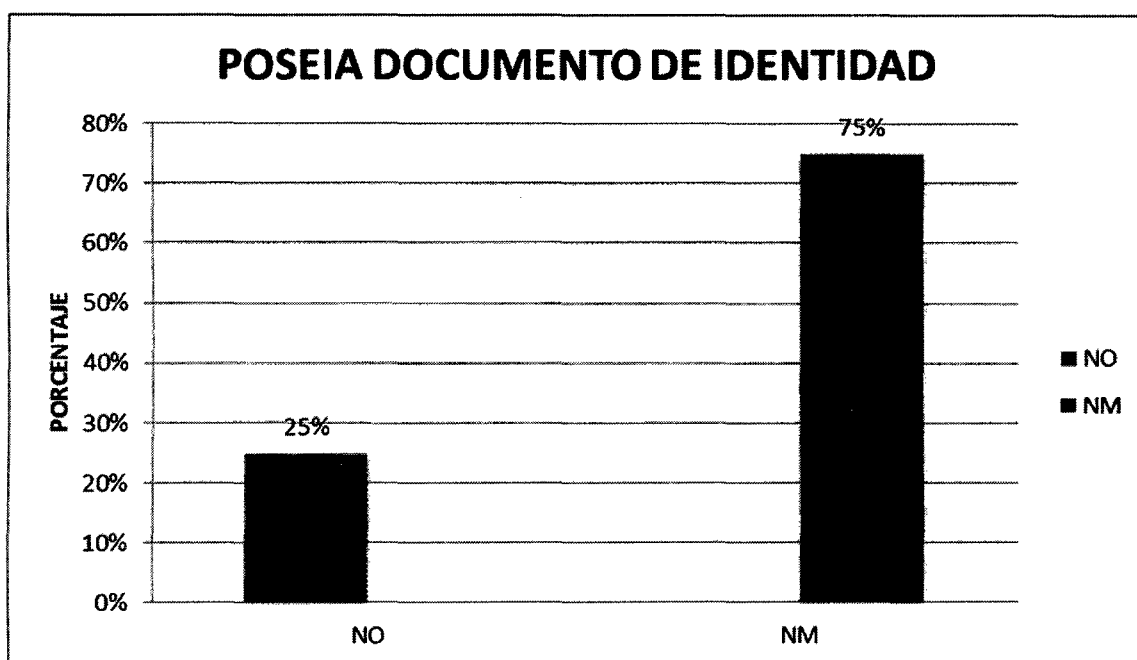


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Brindo otro nombre, podemos indicar que el 90% No lo Menciona y el 10% respondió que Si.

2. POSEIA DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN

	Frecuencia	Porcentaje
NO	12	25%
NM	38	75%
Total	50	100%

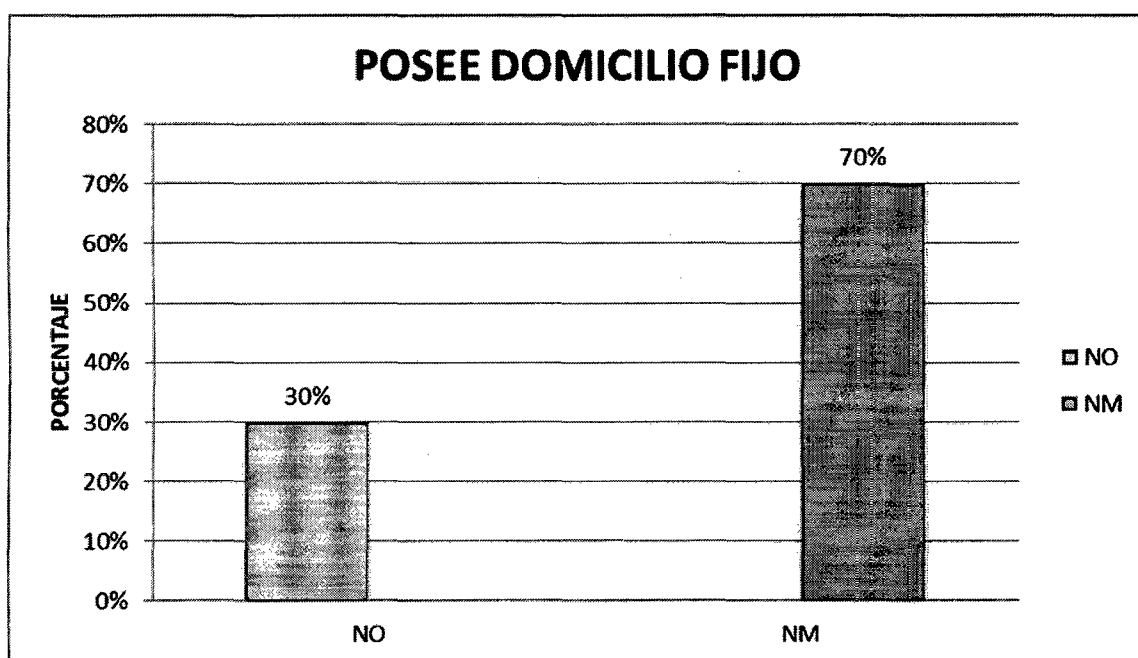


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Poseía documento de identificación, podemos observar que el 75% No lo Menciona y el 25% respondió que No.

3. POSEE DOMICILIO FIJO

	Frecuencia	Porcentaje
NO	15	30%
NM	35	70%
Total	50	100%



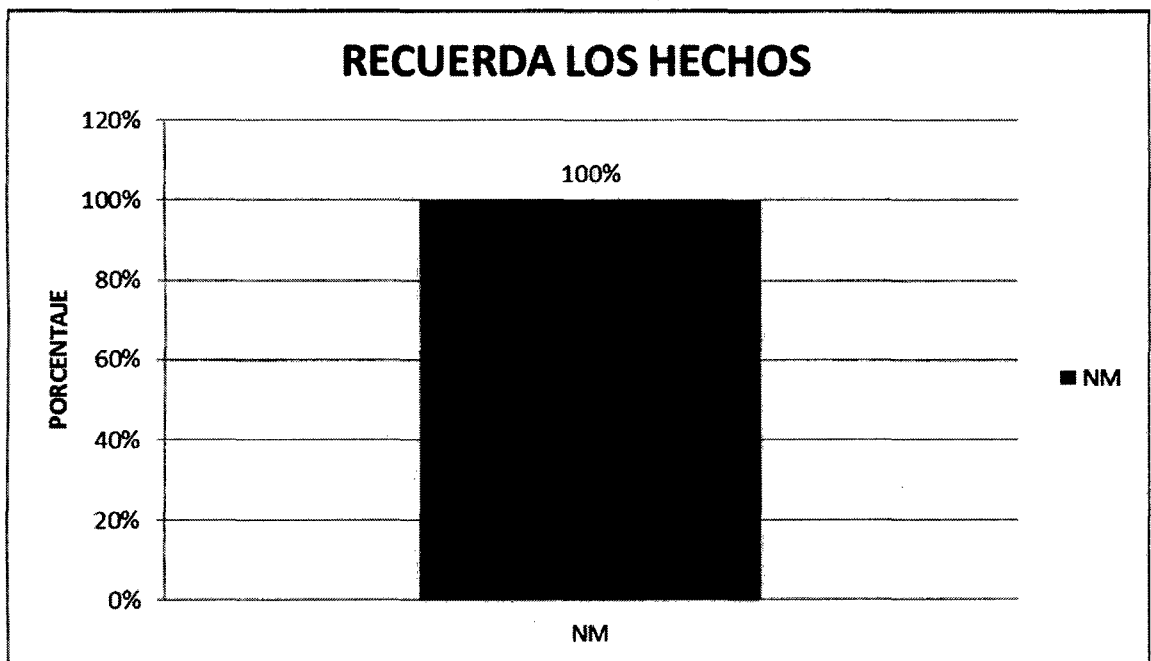
INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Posee domicilio fijo, podemos decir que el 70% No lo Menciona y el 30% respondió que No.

B. COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA:

1. RECUERDA LOS HECHOS.

	Frecuencia	Porcentaje
NM	50	100%
Total	50	100%

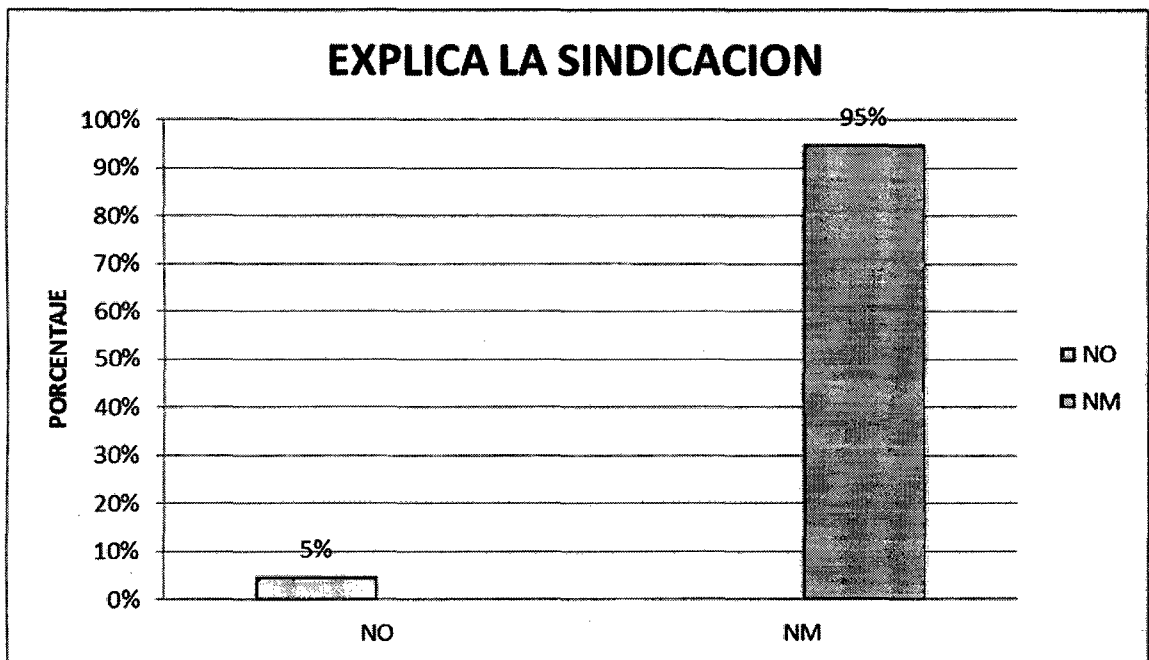


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Recuerda los hechos, podemos decir que el total al 100% No lo Menciona.

2. EXPLICA LA SINDICACIÓN

	Frecuencia	Porcentaje
NO	03	05%
NM	47	95%
Total	50	100%

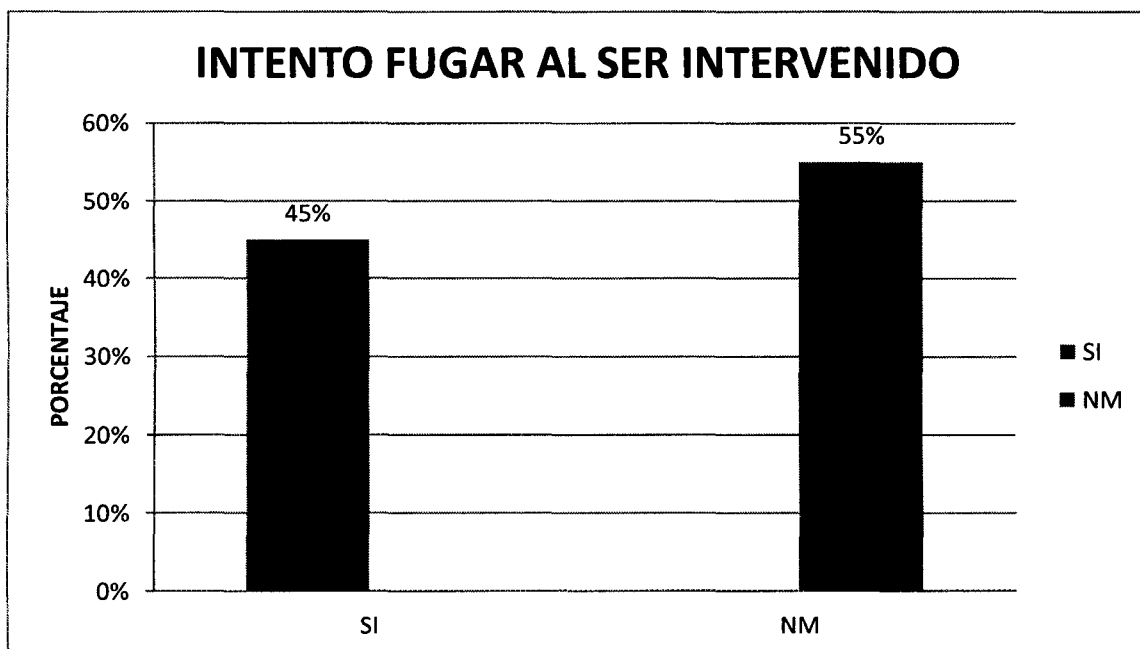


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Explica la sindicación, podemos indicar que el 95% No lo Menciona y el 5% respondió que No.

3. INTENTO FUGAR AL SER INTERVENIDO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	22	45%
NM	28	55%
Total	50	100%



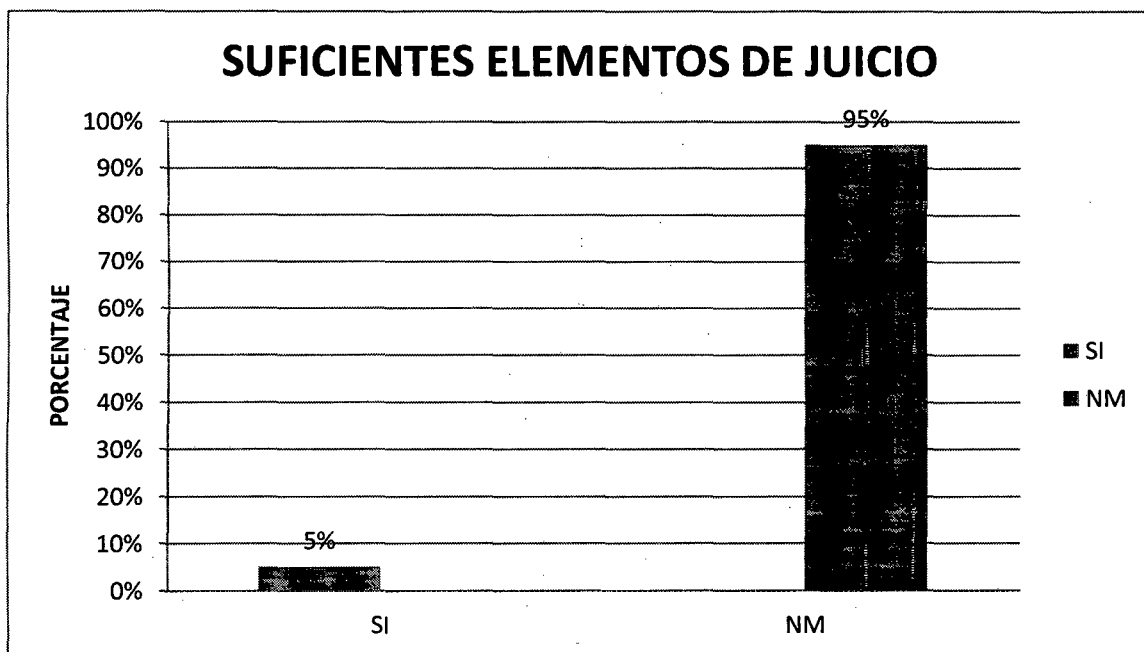
INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Intento fugar al ser intervenido, podemos decir que el 55% No lo Menciona y el 45% respondió que Si.

C. SOBRE EL AUTO:

1. SUFICIENTES ELEMENTOS DE JUICIO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	03	05%
NM	47	95%
Total	50	100%

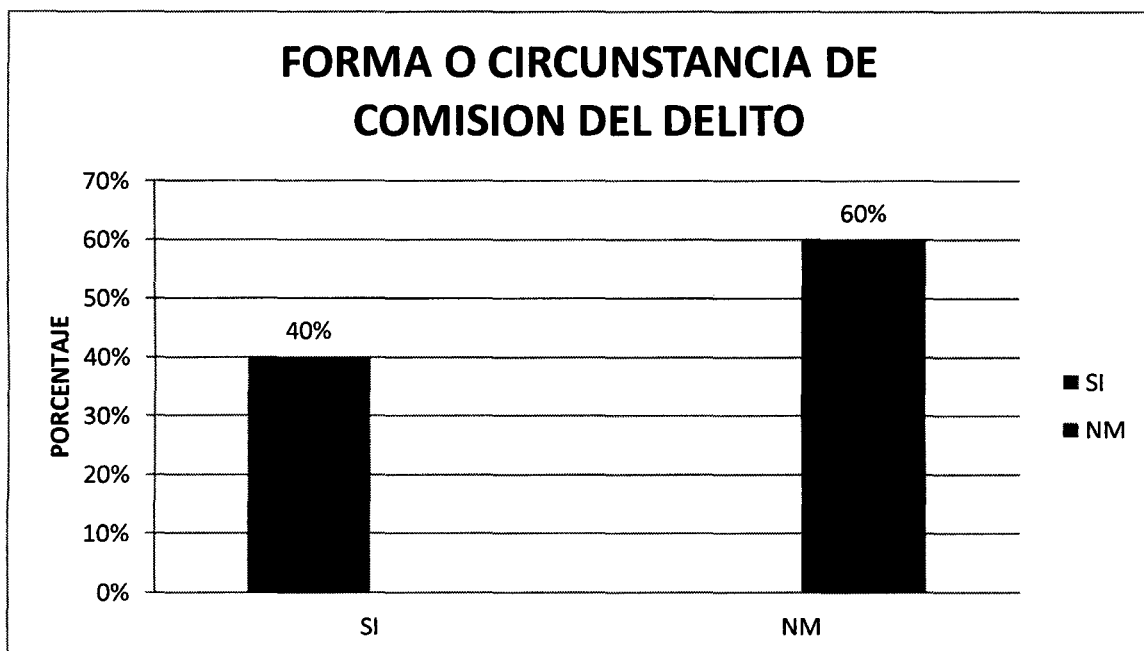


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Suficientes elementos de juicio, podemos indicar que el 95% No lo Menciona y el 5% respondió que Si.

2. FORMA O CIRCUNSTANCIA DE COMISIÓN DEL DELITO.

	Frecuencia	Porcentaje
SI	20	40%
NM	30	60%
Total	50	100%

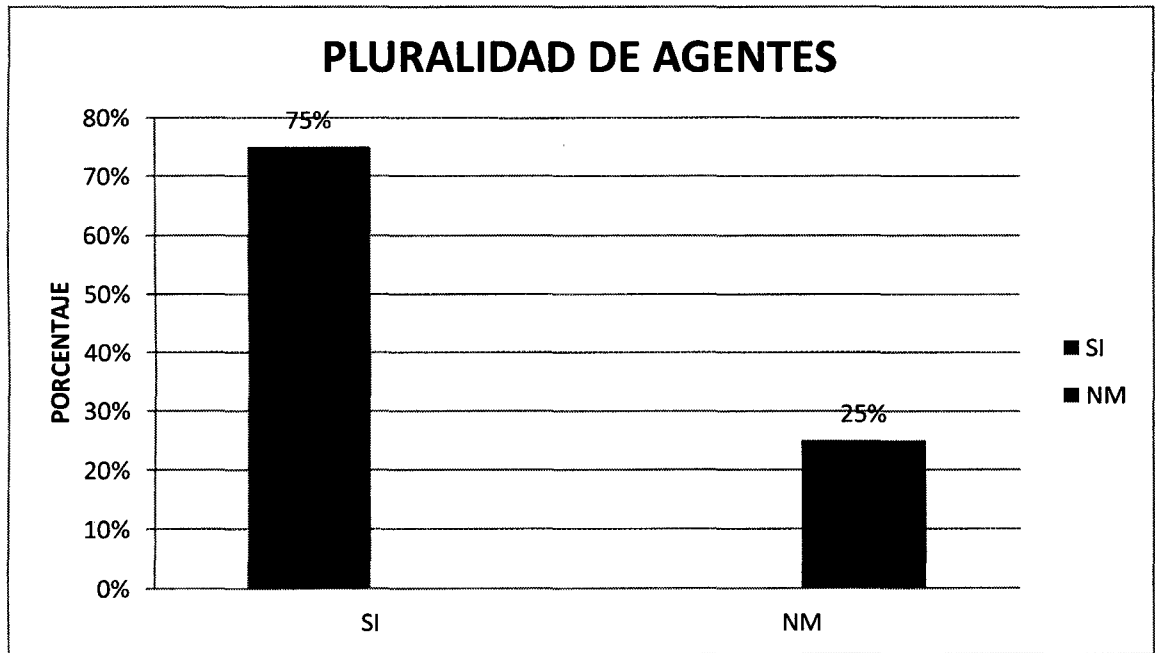


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Forma o circunstancia de comisión del delito, podemos decir que el 60% No lo Menciona y el 40% respondió que Si.

3. PLURALIDAD DE AGENTES

	Frecuencia	Porcentaje
SI	38	75%
NM	12	25%
Total	50	100%

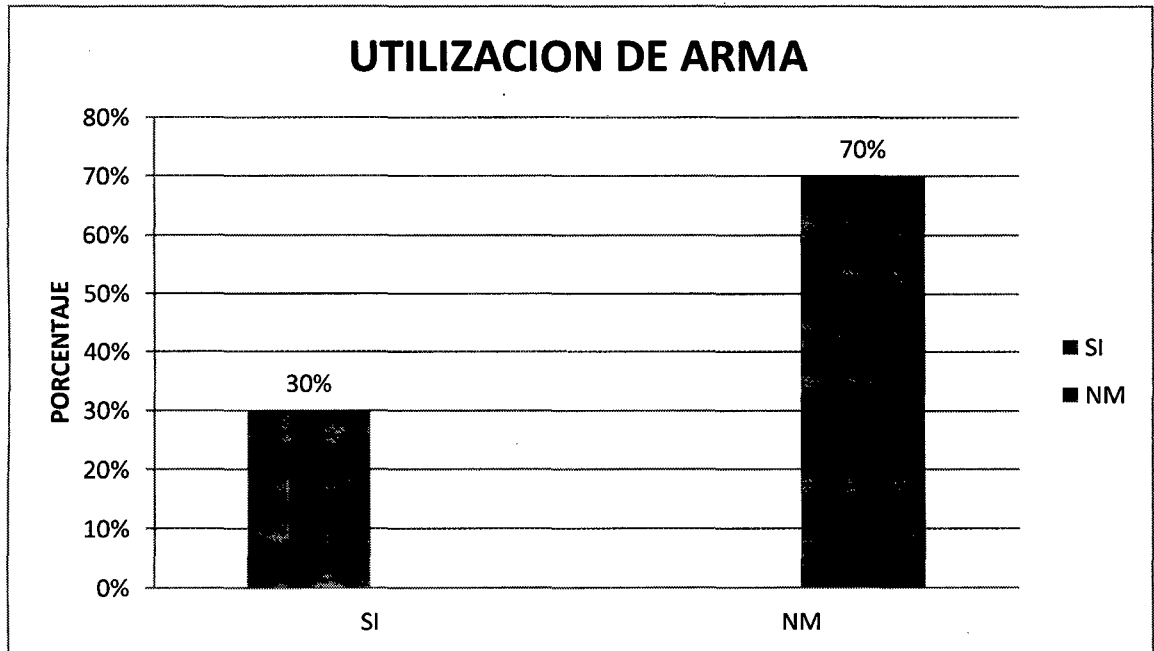


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Pluralidad de agentes, podemos indicar que el 75% respondió que Si y el 25% No lo Menciona.

4. UTILIZACIÓN DE ARMA

	Frecuencia	Porcentaje
SI	15	30%
NM	35	70%
Total	50	100%

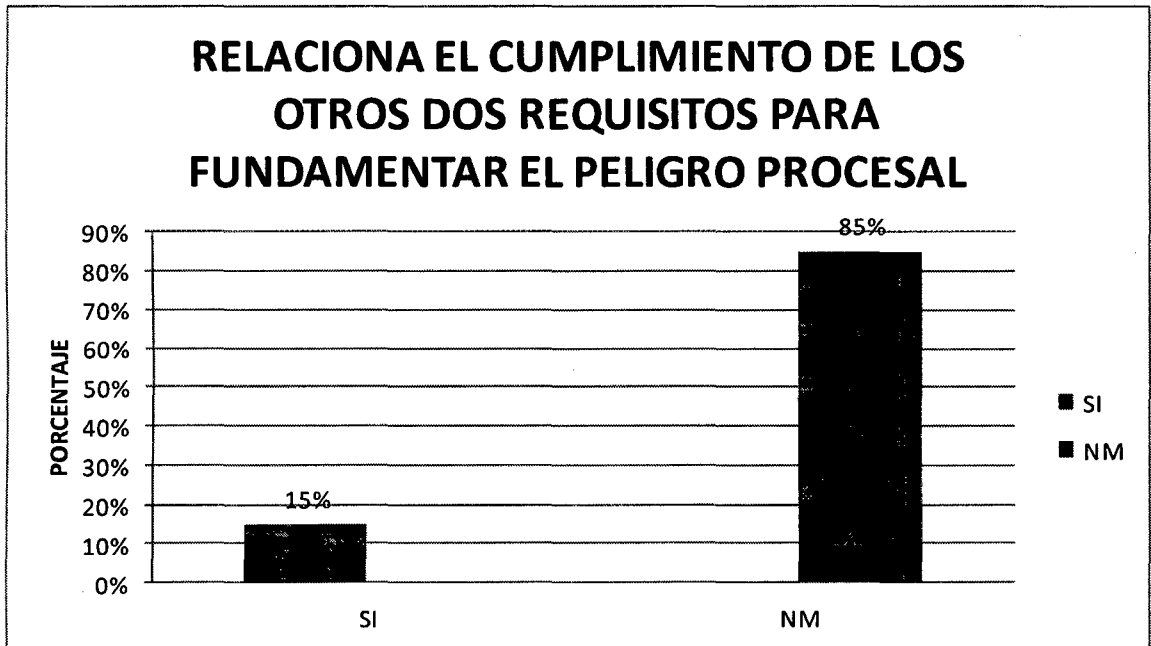


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Utilización de arma, podemos decir que el 70% No lo Menciona y el 30% respondió que Si.

5. RELACIONA EL CUMPLIMIENTO DE LOS OTROS DOS REQUISITOS PARA FUNDAMENTAR EL PELIGRO PROCESAL.

	Frecuencia	Porcentaje
SI	08	15%
NM	42	85%
Total	50	100%



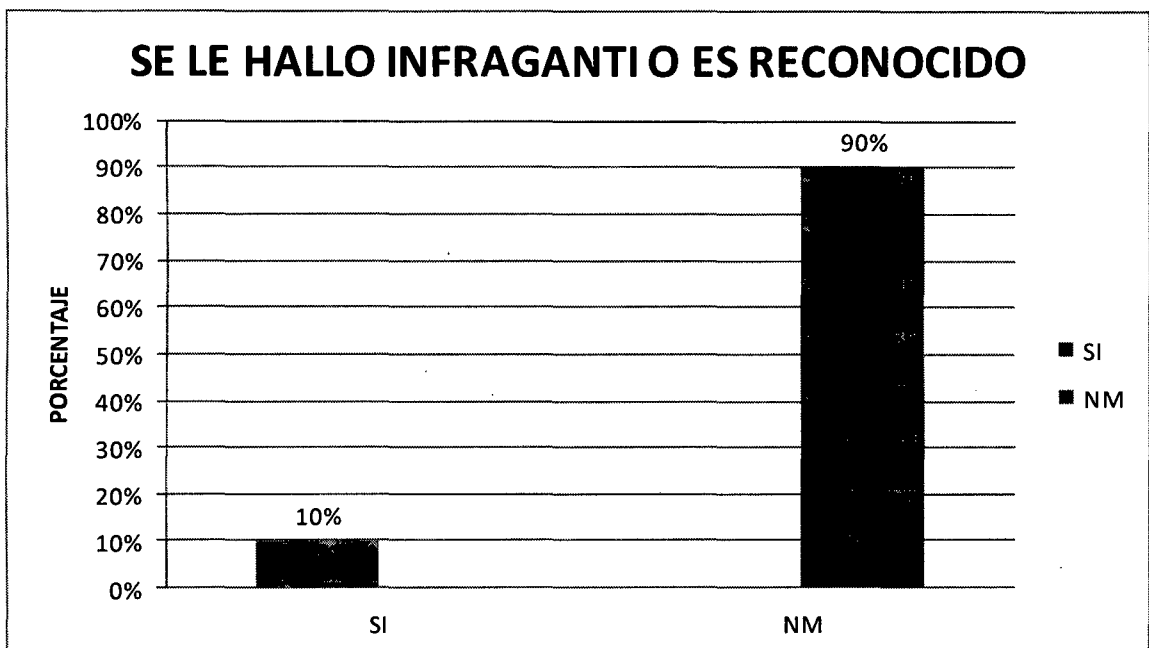
INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Relaciona el cumplimiento de los otros dos requisitos para fundamentar el peligro procesal, podemos indicar que el 85% No lo Menciona y el 15% respondió que Si.

D. SOBRE EL SUJETO INVESTIGADO:

1. SE LE HALLO INFRAGANTI O ES RECONOCIDO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	05	10%
NM	45	90%
Total	50	100%

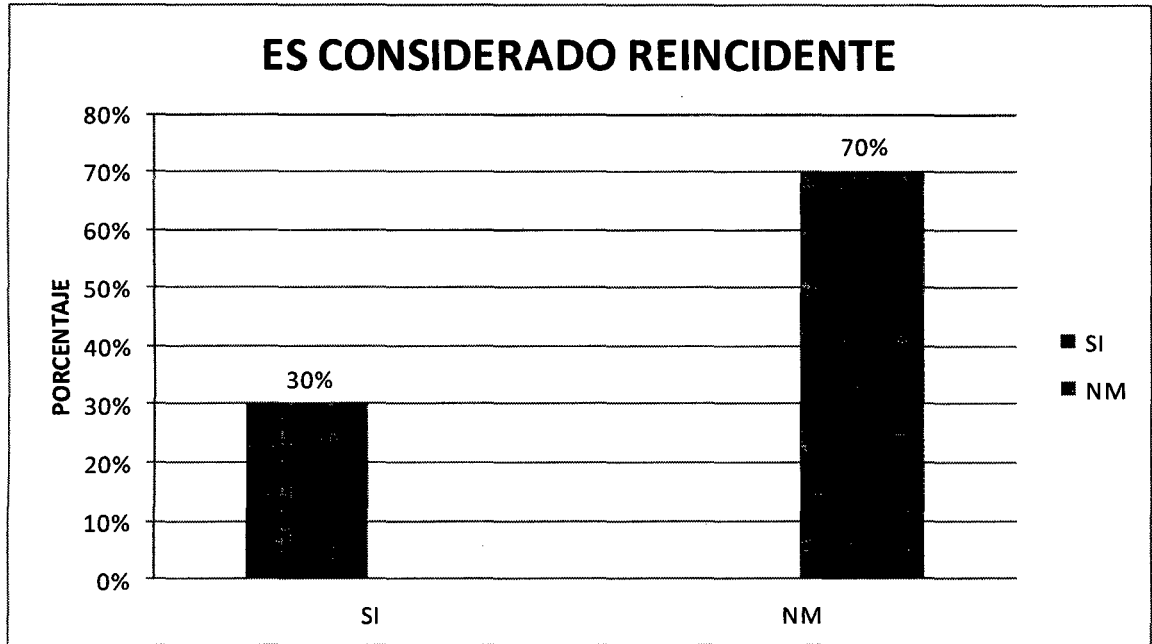


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Se le hallo infraganti o es reconocido, podemos decir que el 90% No lo Menciona y el 10% respondió que Si.

2. ES CONSIDERADO REINCIDENTE

	Frecuencia	Porcentaje
SI	15	30%
NM	35	70%
Total	50	100%

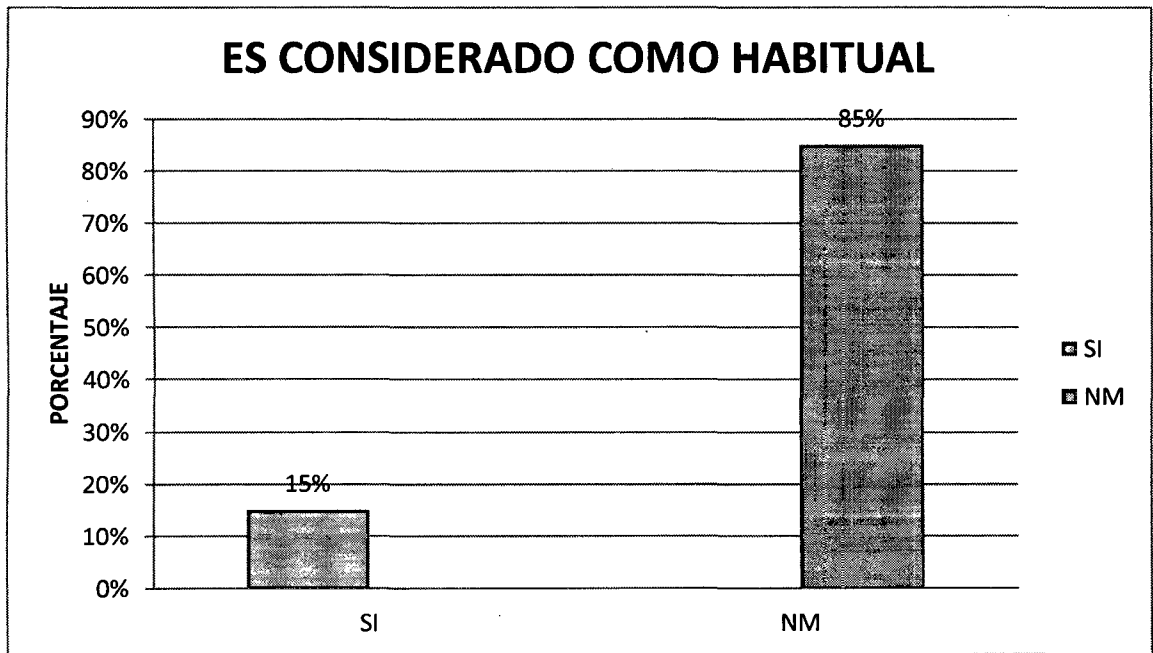


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Es considerado reincidente, podemos indicar que el 70% No lo Menciona y el 30% respondió que Si.

3. ES CONSIDERADO COMO HABITUAL

	Frecuencia	Porcentaje
SI	08	15%
NM	42	85%
Total	50	100%

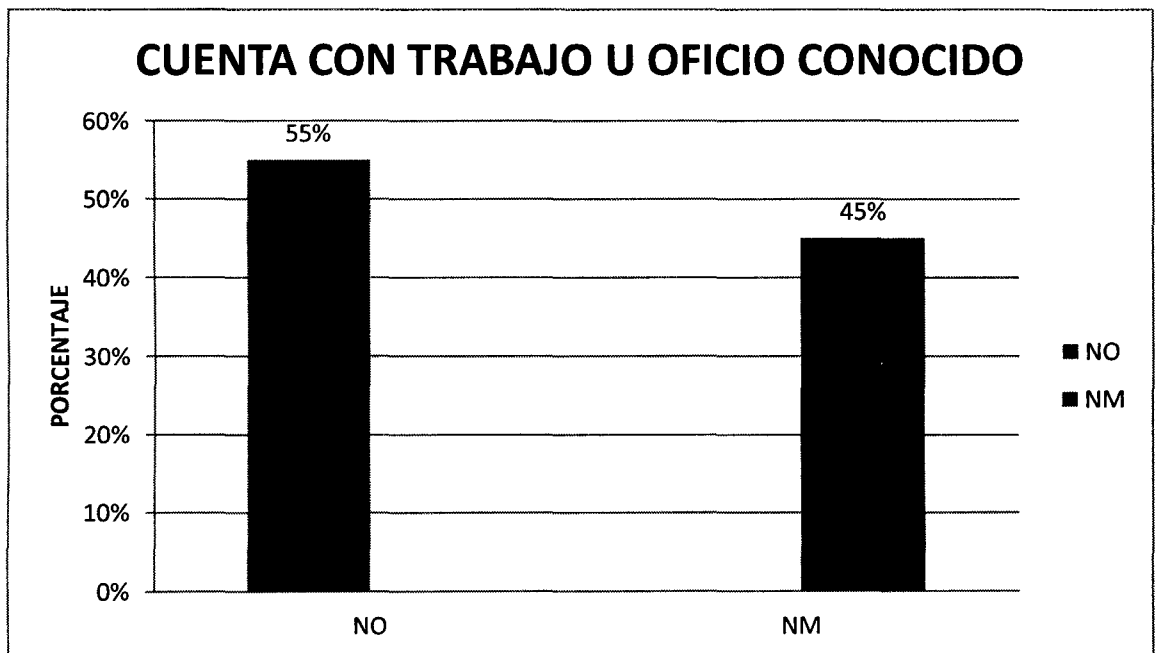


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Es considerado como habitual, podemos decir que el 85% No lo Menciona y el 15% respondió que Si.

4. CUENTA CON TRABAJO U OFICIO CONOCIDO

	Frecuencia	Porcentaje
NO	27	55%
NM	23	45%
Total	50	100%

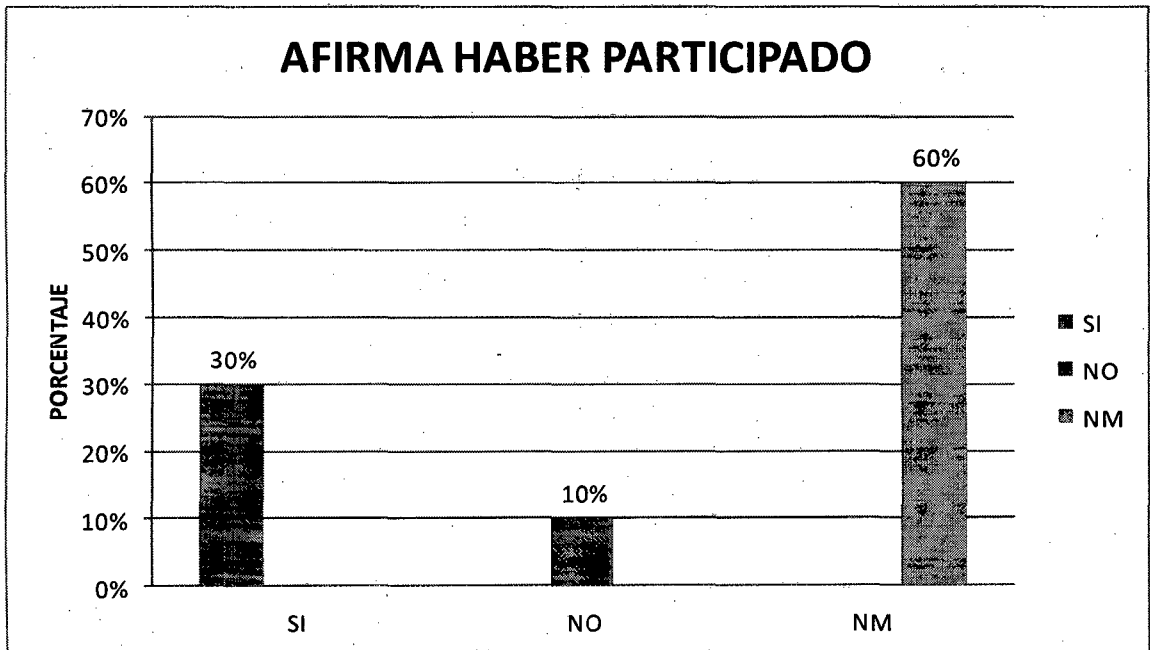


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Cuenta con trabajo u oficio conocido, podemos indicar que el 55% respondió que No y el 45% No lo Menciona.

5. AFIRMA HABER PARTICIPADO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	15	30%
NO	05	10%
NM	30	60
Total	50	100%

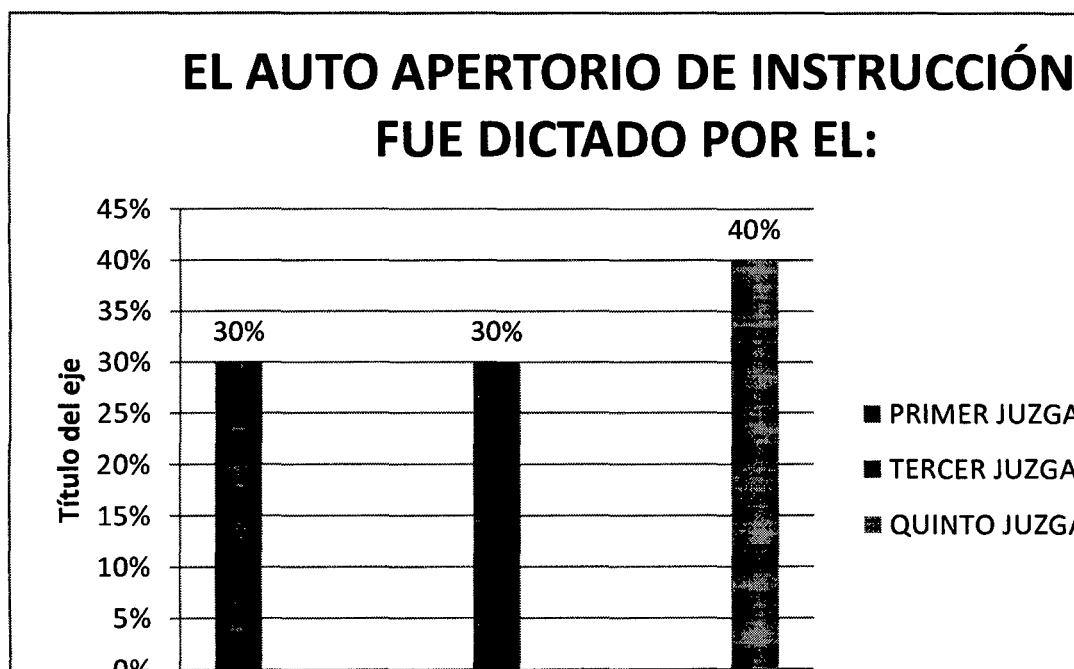


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Afirma haber participado, podemos decir que el 60% No lo Menciona, el 30% respondió que Si y el 10% respondió que No.

E. EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN FUE DICTADO POR EL:

	Frecuencia	Porcentaje
PRIMER JUZGADO PENAL CON REOS	15	30%
TERCER JUZGADO PENAL CON REOS	15	30%
SEXTO JUZGADO PENAL CON REOS	20	40%
Total	50	100%

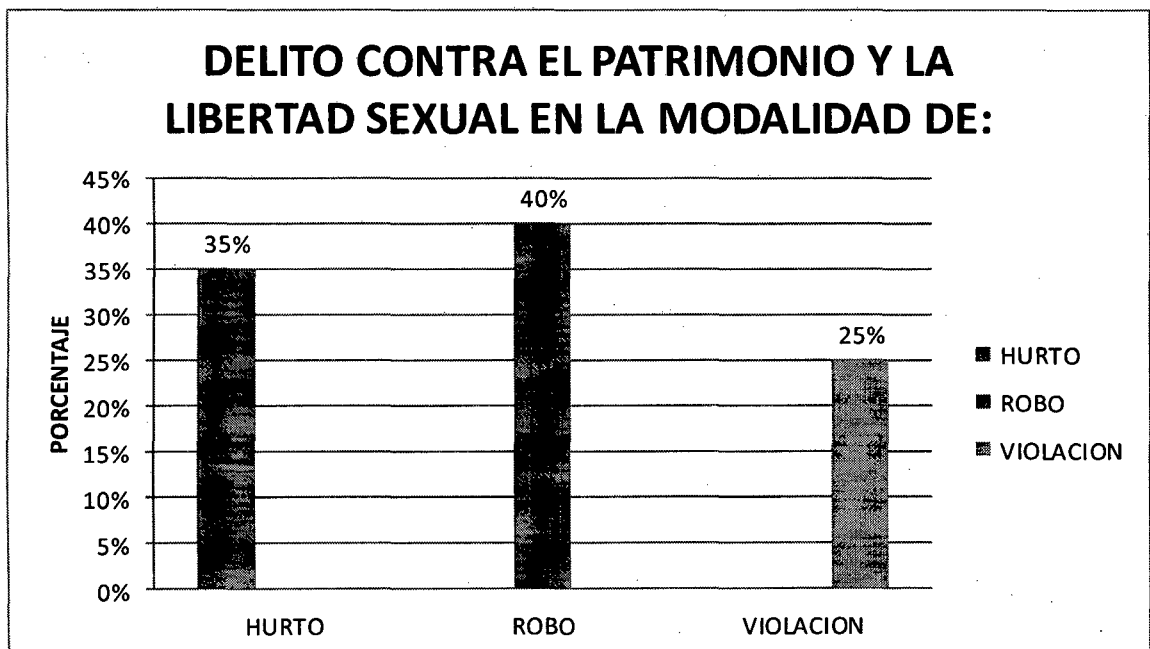


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem El auto apertorio de instrucción fue dictado por el, podemos indicar que el 30% respondió que el auto apertorio de instrucción es dado en el Primer Juzgado Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Loreto, el 30% respondió que el auto apertorio de instrucción es dado en el Tercer Juzgado Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Loreto y el 40% es dado en el Sexto Juzgado Penal con reos libres de la corte superior de justicia de Loreto.

F. DELITO CONTRA EL PATRIMONIO Y LA LIBERTAD SEXUAL EN LA MODALIDAD DE:

	Frecuencia	Porcentaje
HURTO	18	35%
ROBO	20	40%
VIOLACION	12	25%
Total	50	100%

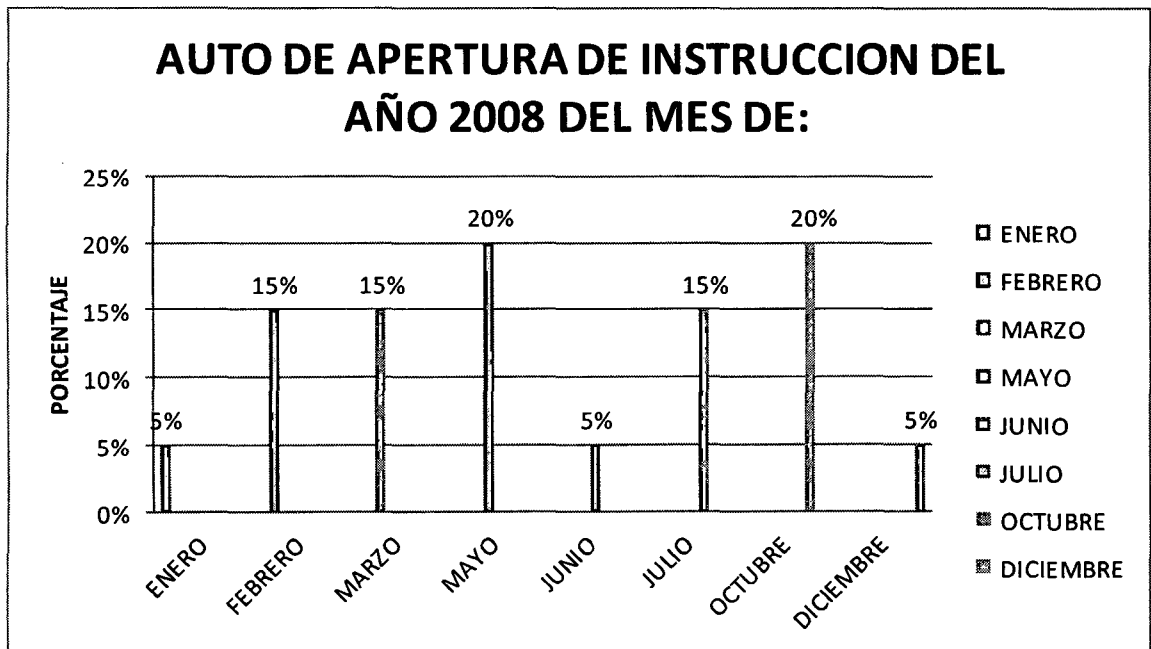


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Delito contra el patrimonio en la modalidad de, podemos indicar que respondió el 35% Hurto, el 40% Robo, el 25% Violación.

G. AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN DEL AÑO 2008 DEL MES DE:

	Frecuencia	Porcentaje
ENERO	02	05%
FEBRERO	08	15%
MARZO	08	15%
MAYO	10	20%
JUNIO	02	05%
JULIO	08	15%
OCTUBRE	10	20%
DICIEMBRE	02	05%
Total	50	100%



INTERPRETACIÓN:

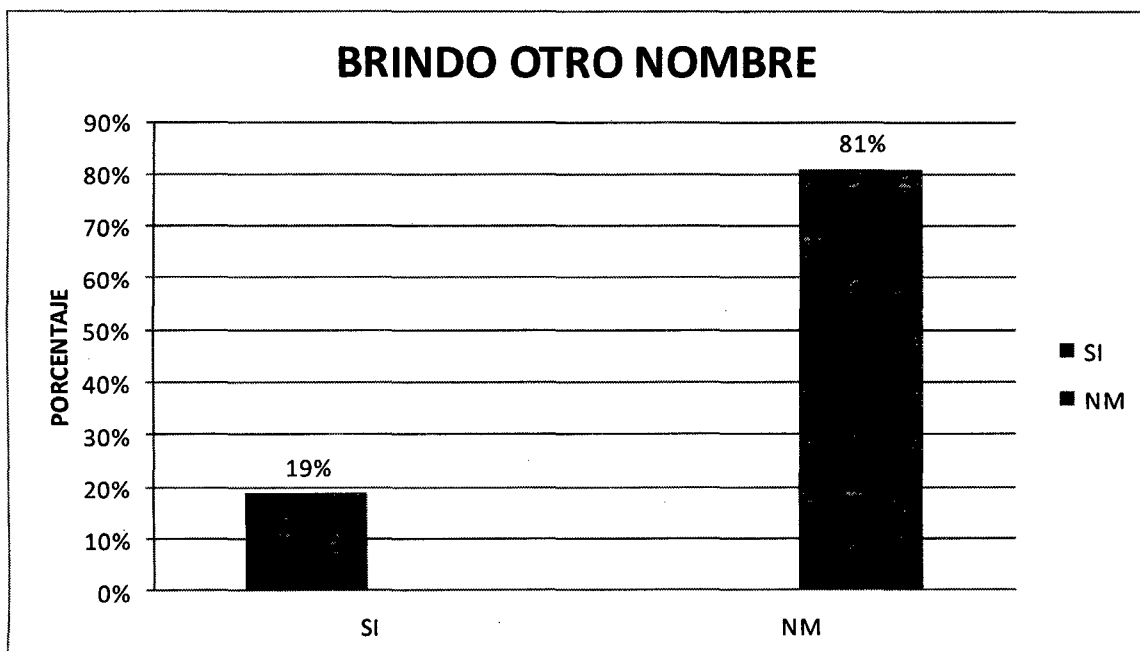
Se obtuvo como resultado del Ítem Auto de apertura de instrucción del año 2008 del mes de, podemos indicar que respondió que 20% es del mes Octubre, el 20% Mayo, el 15% Julio, el 15% Marzo, el 15% Febrero, el 5% Diciembre, el 5% Junio y el 5% fue en el mes de Enero.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS 2009

A. PERTURBACIÓN PROBATORIA:

1. BRINDO OTRO NOMBRE

	Frecuencia	Porcentaje
SI	12	19%
NM	50	81%
Total	62	100%

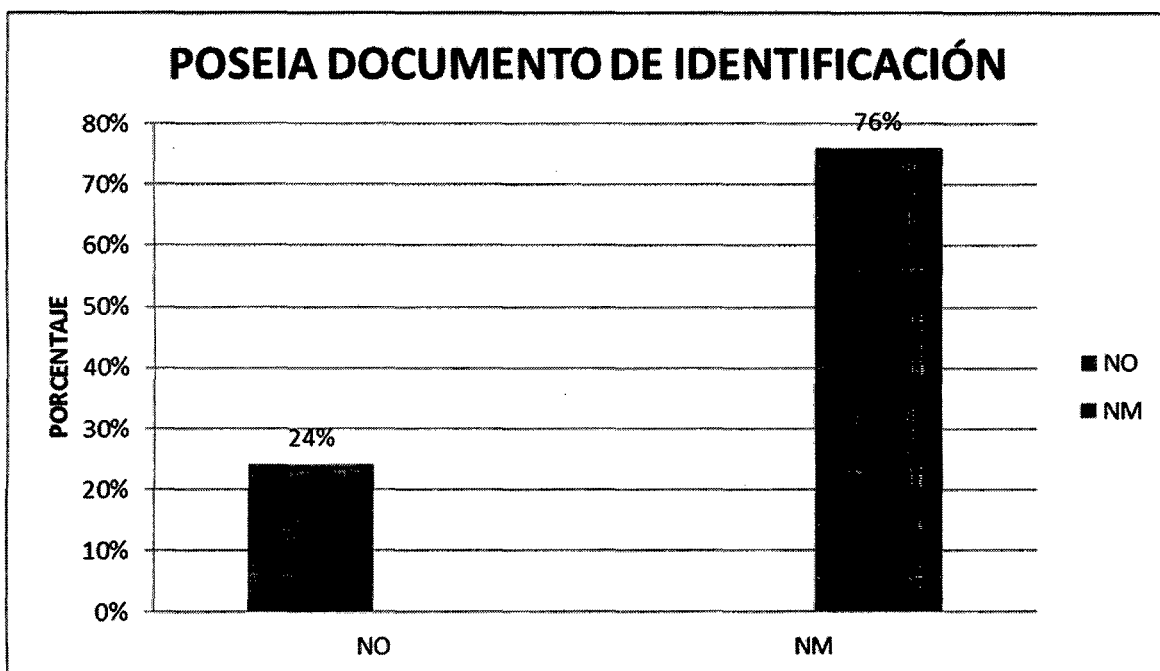


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Brindo otro nombre, podemos indicar que el 81% No lo Menciona y el 19% respondió que Sí.

2. POSEIA DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN

	Frecuencia	Porcentaje
NO	15	24%
NM	47	76%
Total	62	100%

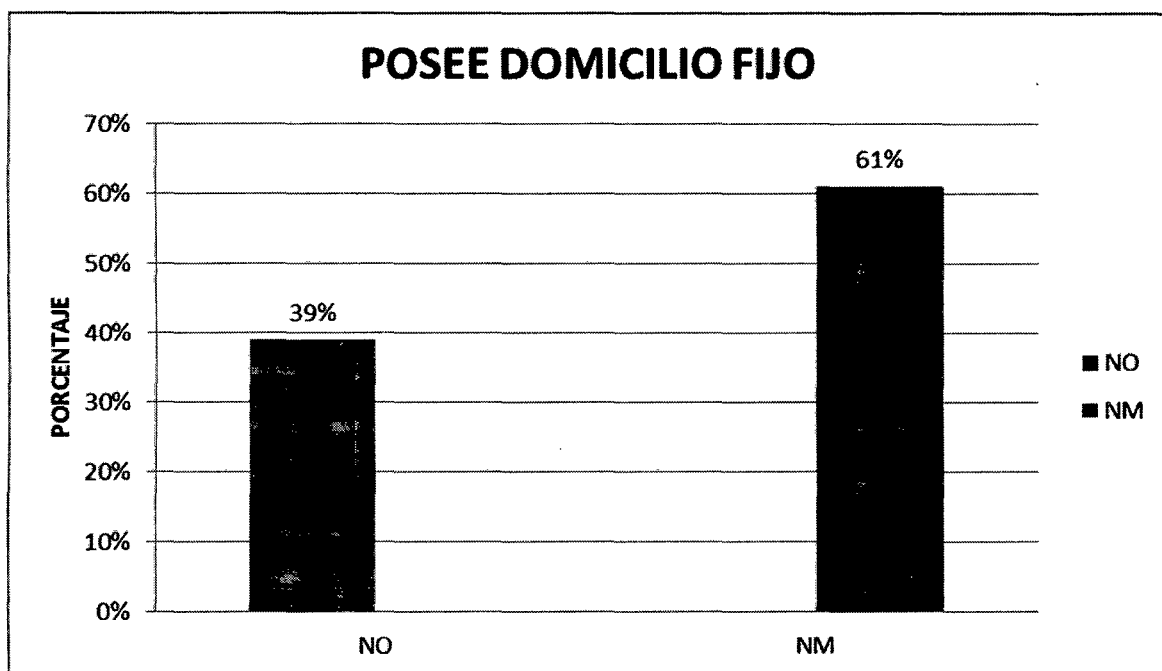


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Poseía documento de identificación, podemos observar que el 76% No lo Menciona y el 24% respondió que No.

3. POSEE DOMICILIO FIJO

	Frecuencia	Porcentaje
NO	24	39%
NM	38	61%
Total	62	100%



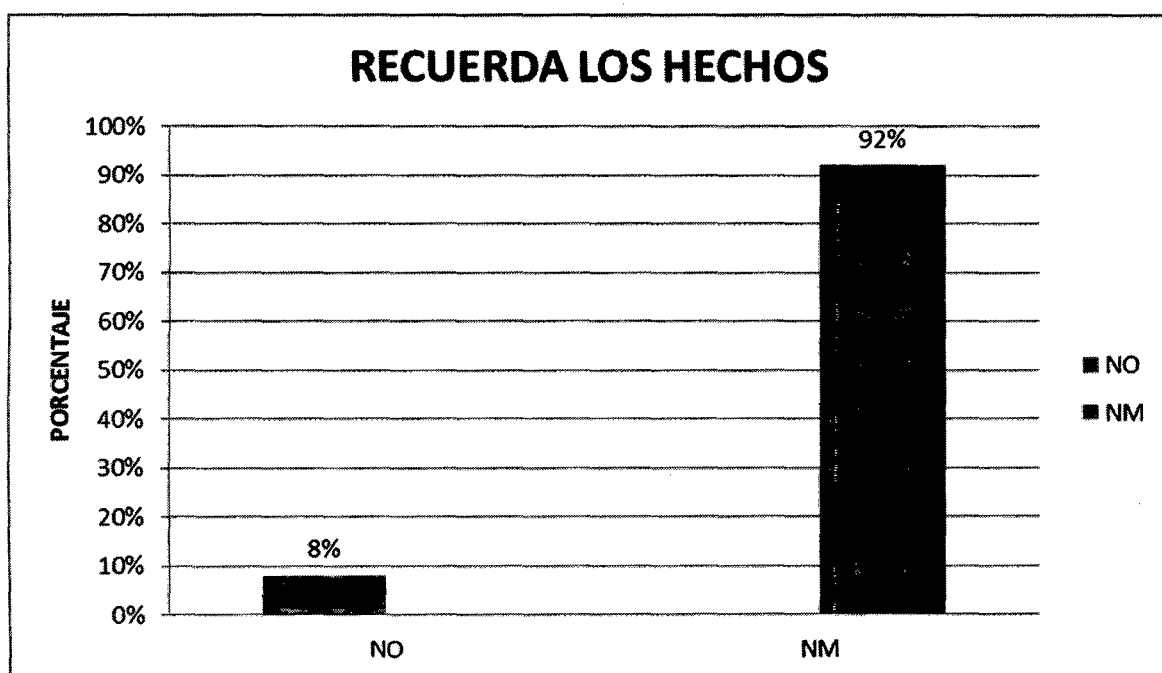
INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Posee domicilio fijo, podemos decir que el 61% No lo Menciona y el 39% respondió que No.

B. COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA:

1. RECUERDA LOS HECHOS

	Frecuencia	Porcentaje
NO	05	08%
NM	57	92%
Total	62	100%

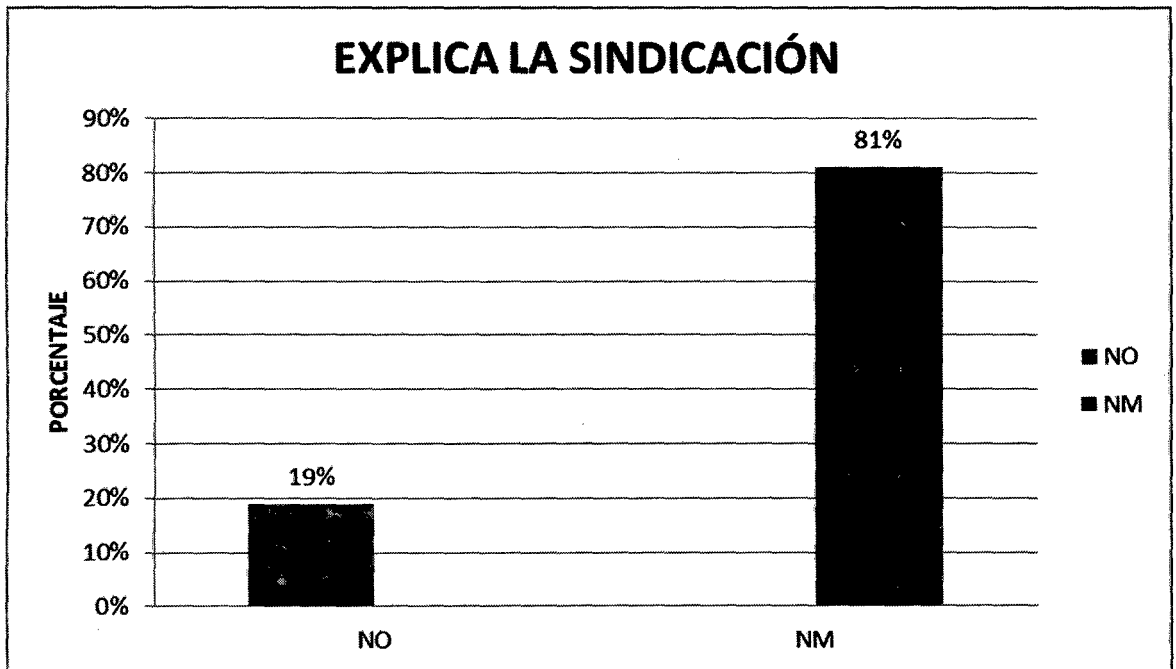


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Recuerda los hechos, podemos decir que el 92% No lo Menciona y el 08% respondió que No.

2. EXPLICA LA SINDICACIÓN

	Frecuencia	Porcentaje
NO	12	19%
NM	50	81%
Total	62	100%

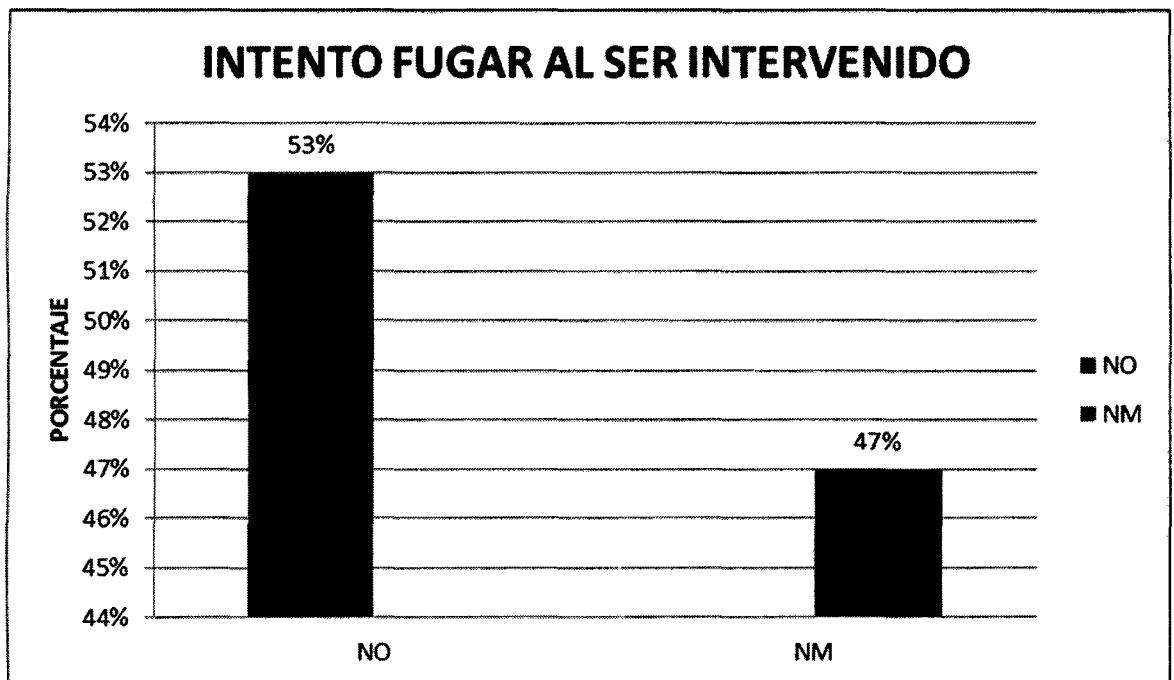


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Explica la sindicación, podemos indicar que el 81% No lo Menciona y el 19% respondió que No.

3. INTENTO FUGAR AL SER INTERVENIDO

	Frecuencia	Porcentaje
NO	33	53%
NM	29	47%
Total	62	100%



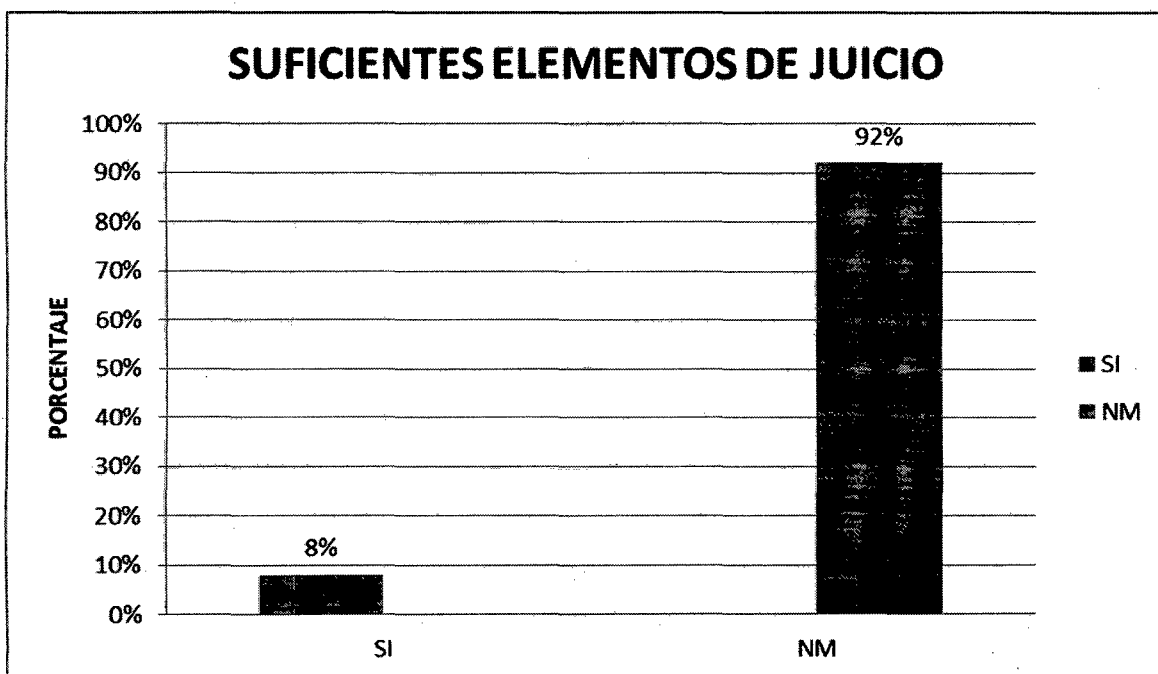
INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Intento fugarse al ser intervenido, podemos decir que el 47% No lo Menciona y el 53% respondió que Si.

C. SOBRE EL AUTO:

1. SUFICIENTES ELEMENTOS DE JUICIO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	05	08%
NM	57	92%
Total	62	100%

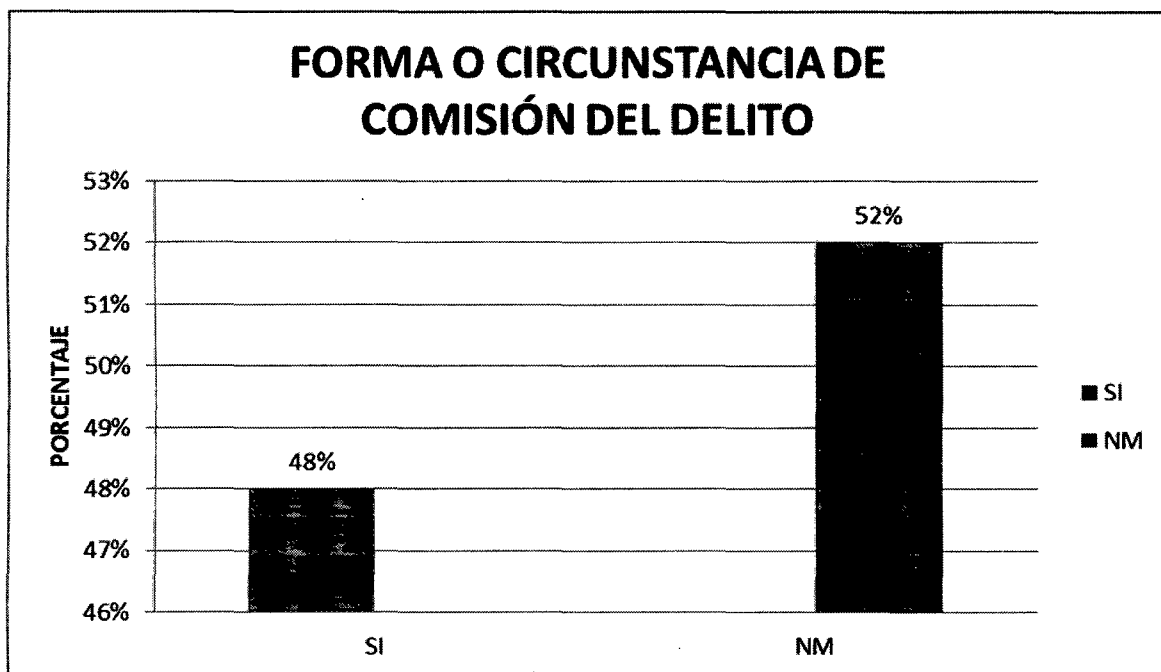


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Suficientes elementos de juicio, podemos indicar que el 92% No lo Menciona y el 8% respondió que Si.

2. FORMA O CIRCUNSTANCIA DE COMISIÓN DEL DELITO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	48%
NM	32	52%
Total	62	100%

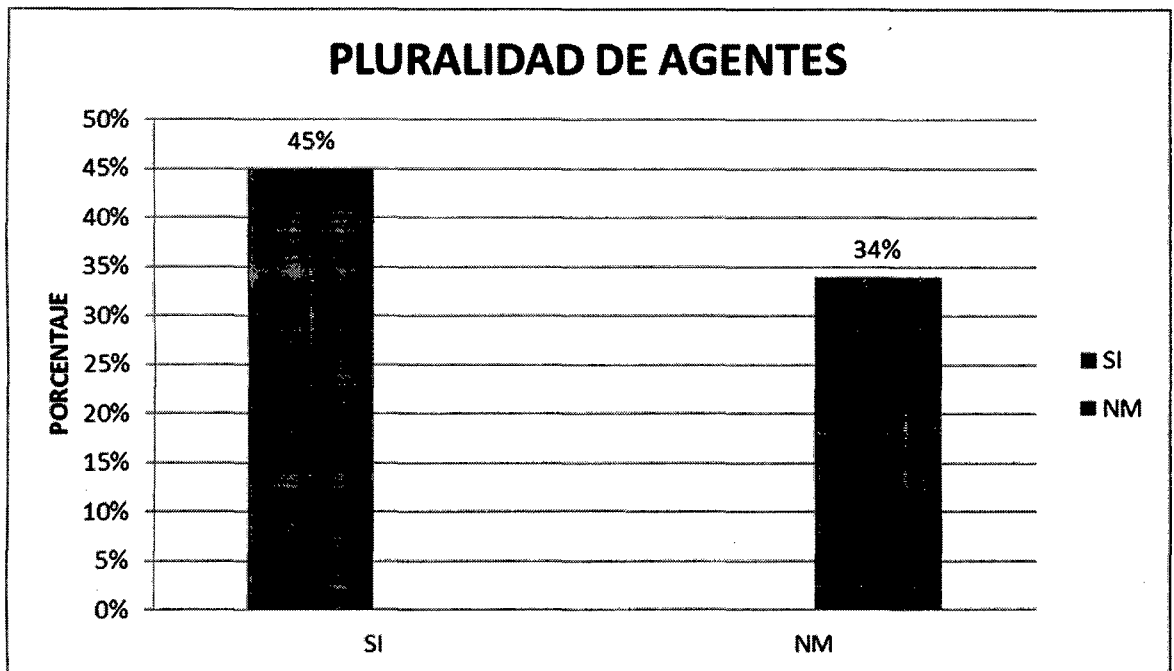


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Forma o circunstancia de comisión del delito, podemos decir que el 52% No lo Menciona y el 48% respondió que Si.

3. PLURALIDAD DE AGENTES

	Frecuencia	Porcentaje
SI	28	45%
NM	34	34%
Total	62	100%

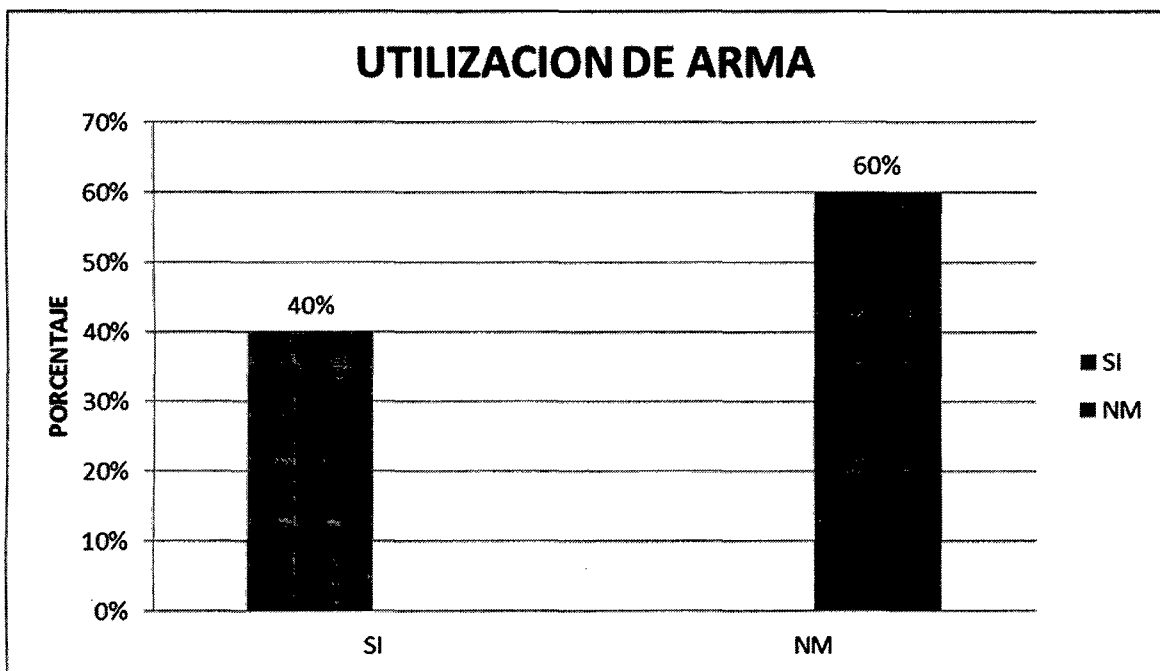


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Pluralidad de agentes, podemos indicar que el 45% respondió que Si y el 34% No lo Menciona.

4. UTILIZACIÓN DE ARMA

	Frecuencia	Porcentaje
SI	25	40%
NM	37	60%
Total	62	100%

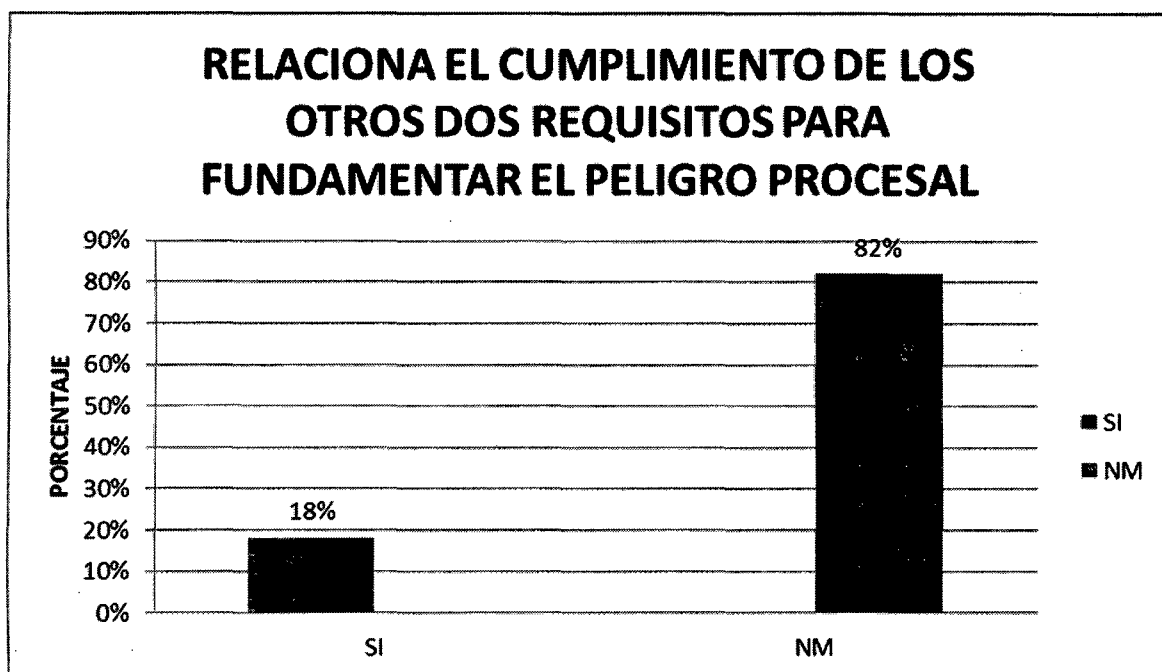


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Utilización de arma, podemos decir que el 60% No lo Menciona y el 40% respondió que Si.

5. RELACIONA EL CUMPLIMIENTO DE LOS OTROS DOS REQUISITOS PARA FUNDAMENTAR EL PELIGRO PROCESAL

	Frecuencia	Porcentaje
SI	11	18%
NM	51	82%
Total	62	100%



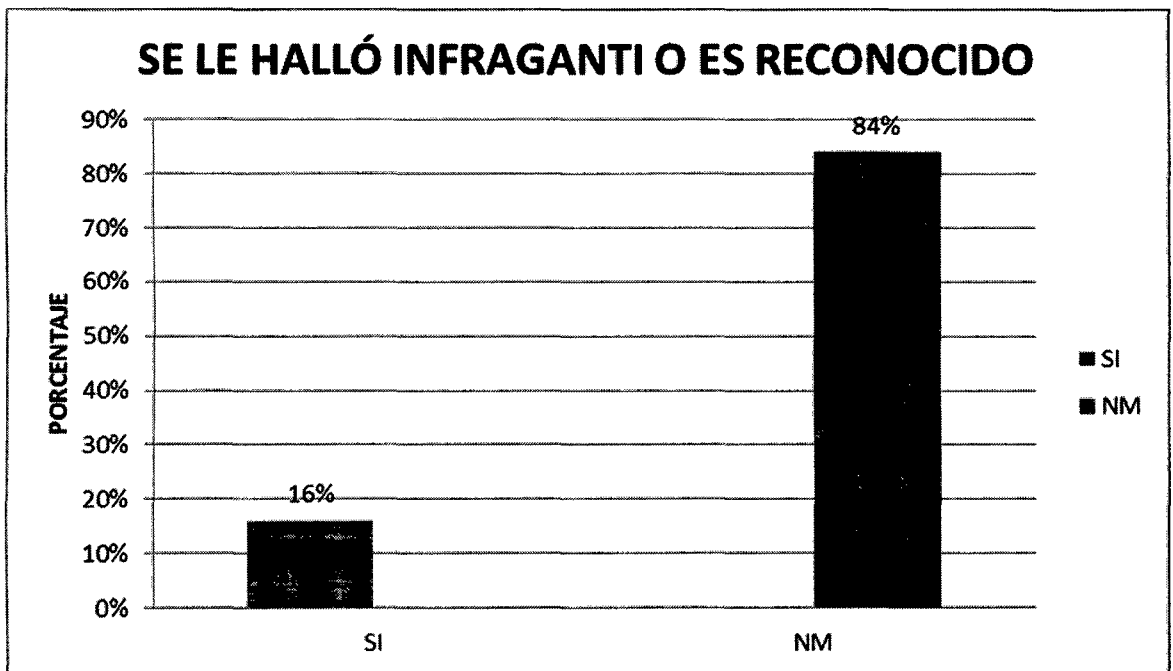
INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Relaciona el cumplimiento de los otros dos requisitos para fundamentar el peligro procesal, podemos indicar que el 82% No lo Menciona y el 18% respondió que Si.

D. SOBRE EL SUJETO INVESTIGADO:

1. SE LE HALLÓ INFRAGANTI O ES RECONOCIDO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	10	16%
NM	52	84%
Total	62	100%

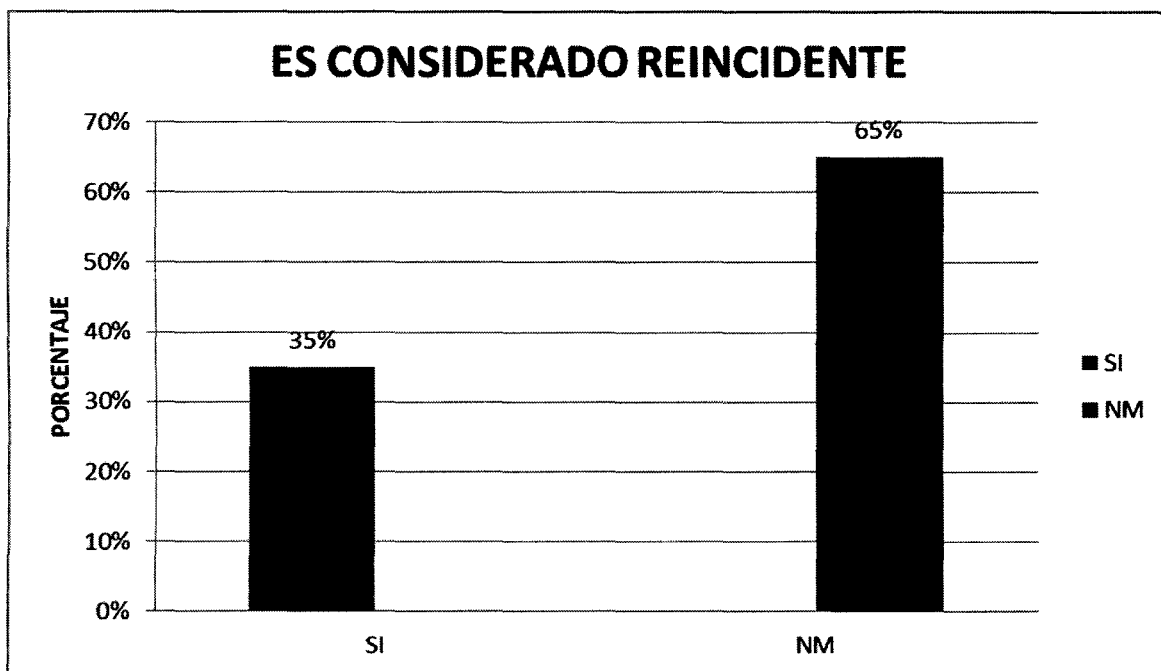


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Se le halló infraganti o es reconocido, podemos decir que el 84% No lo Menciona y el 16% respondió que Si.

2. ES CONSIDERADO REINCIDENTE

	Frecuencia	Porcentaje
SI	22	35%
NM	40	65%
Total	62	100%

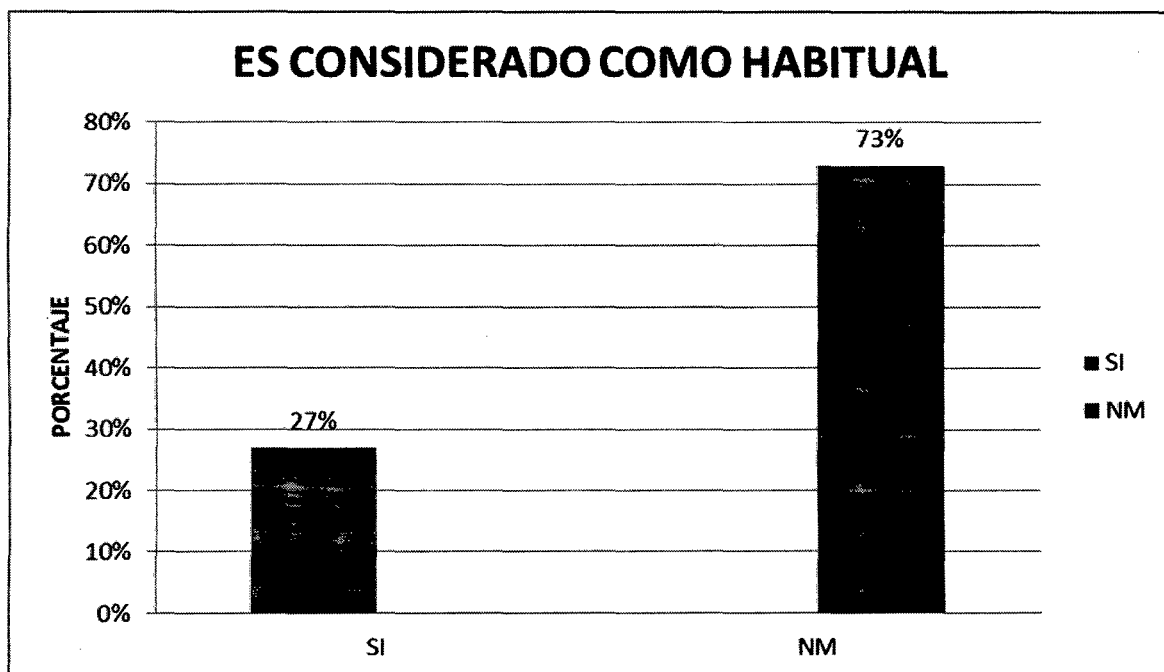


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Es considerado reincidente, podemos indicar que el 65% No lo Menciona y el 35% respondió que Si.

3. ES CONSIDERADO COMO HABITUAL

	Frecuencia	Porcentaje
SI	17	27%
NM	45	73%
Total	62	100%

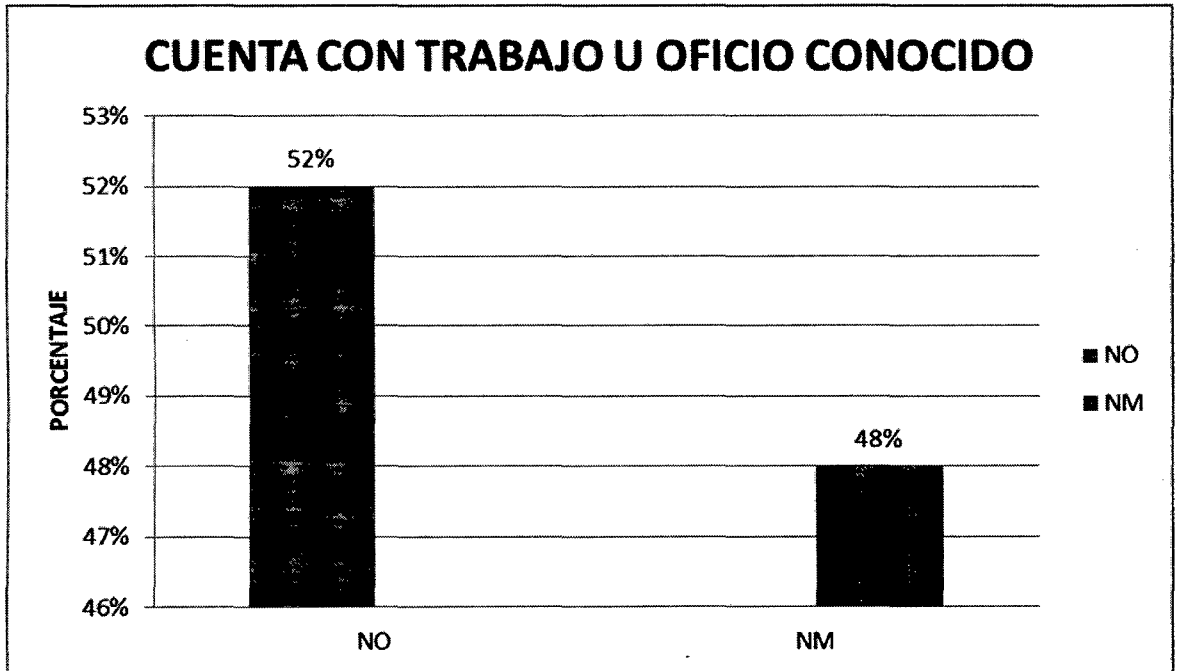


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Es considerado como habitual, podemos decir que el 73% No lo Menciona y el 27% respondió que Si.

4. CUENTA CON TRABAJO U OFICIO CONOCIDO

	Frecuencia	Porcentaje
NO	32	52%
NM	30	48%
Total	62	100%

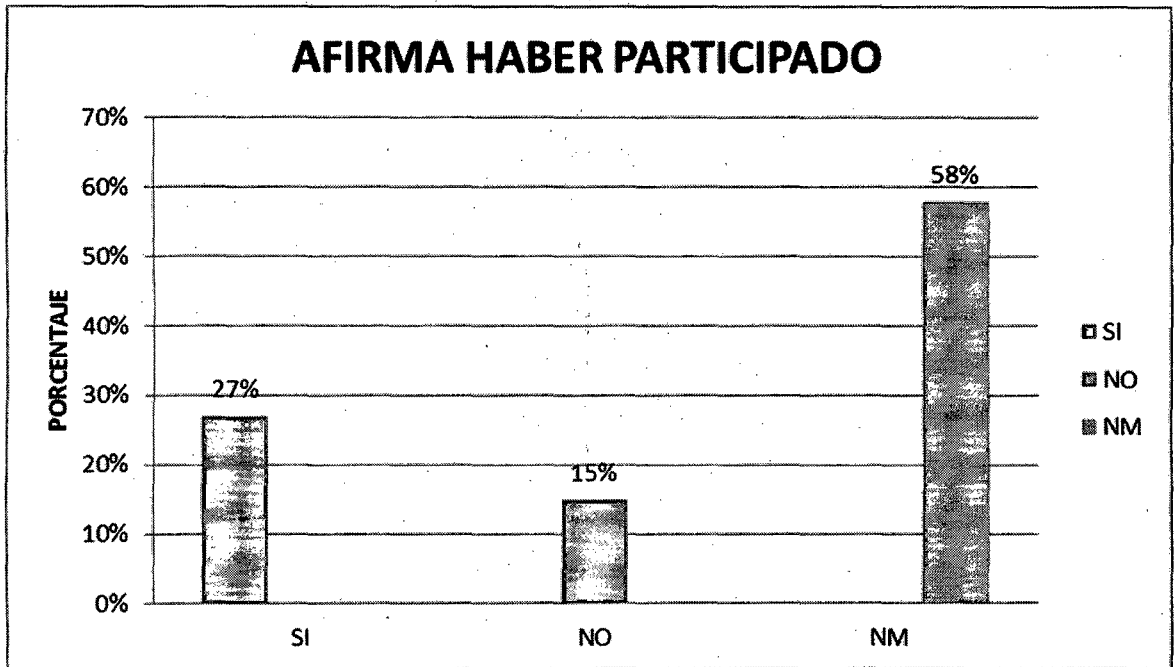


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Cuenta con trabajo u oficio conocido, podemos indicar que el 52% respondió que No y el 48% No lo Menciona.

5. AFIRMA HABER PARTICIPADO

	Frecuencia	Porcentaje
SI	17	27%
NO	09	15%
NM	36	58%
Total	62	100%

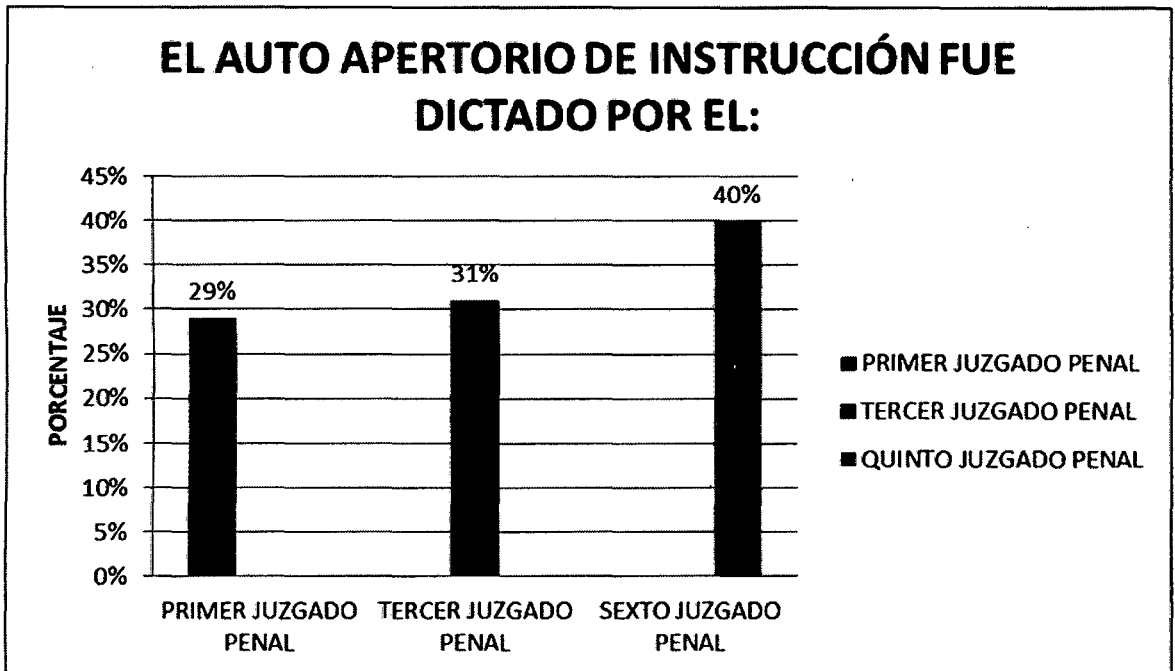


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Afirma haber participado, podemos decir que el 58% No lo Menciona, el 27% respondió que Si y el 15% respondió que No.

E. EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN FUE DICTADO POR EL:

	Frecuencia	Porcentaje
PRIMER JUZGADO PENAL CON REOS	18	29%
TERCER JUZGADO PENAL CON REOS	19	31%
SEXTO JUZGADO PENAL CON REOS	25	40%
Total	62	100%

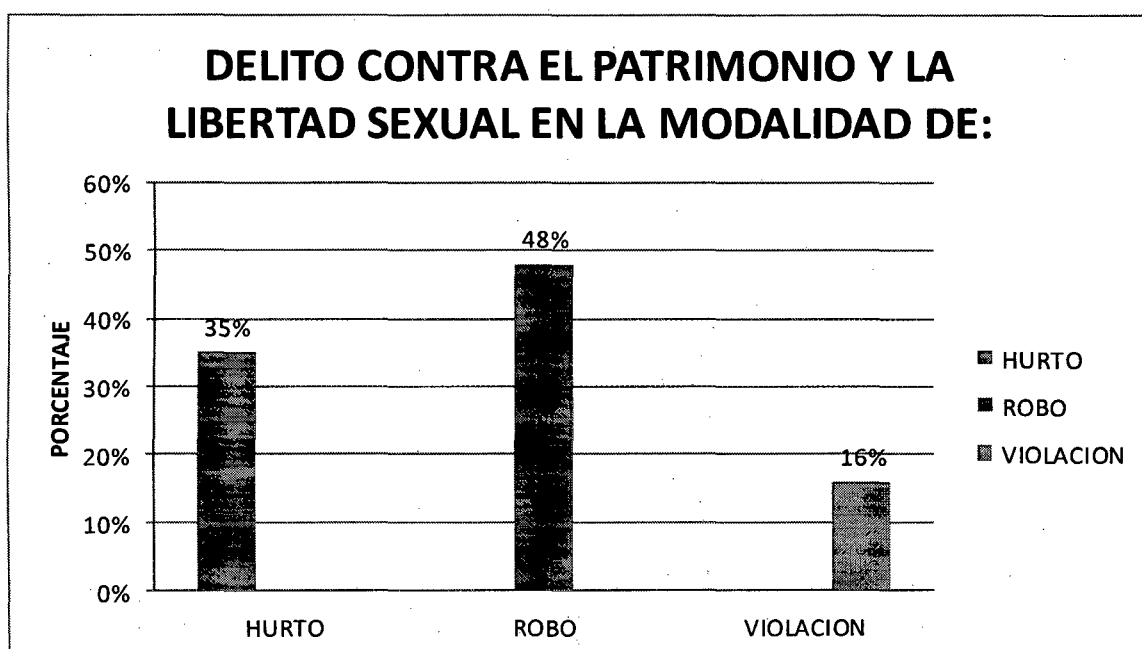


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem El auto apertorio de instrucción fue dictado por el, podemos indicar que el 29% respondió que el auto apertorio de instrucción es dado en el Primer Juzgado Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Loreto, el 31% respondió que el auto apertorio de instrucción es dado en el Tercer Juzgado Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de Loreto y el 40% es dado en el Tercer Juzgado Penal con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Loreto.

F. DELITO CONTRA EL PATRIMONIO Y LA LIBERTAD SEXUAL EN LA MODALIDAD DE:

	Frecuencia	Porcentaje
HURTO	22	35%
ROBO	30	48%
VIOLACION	10	16%
Total	62	100%

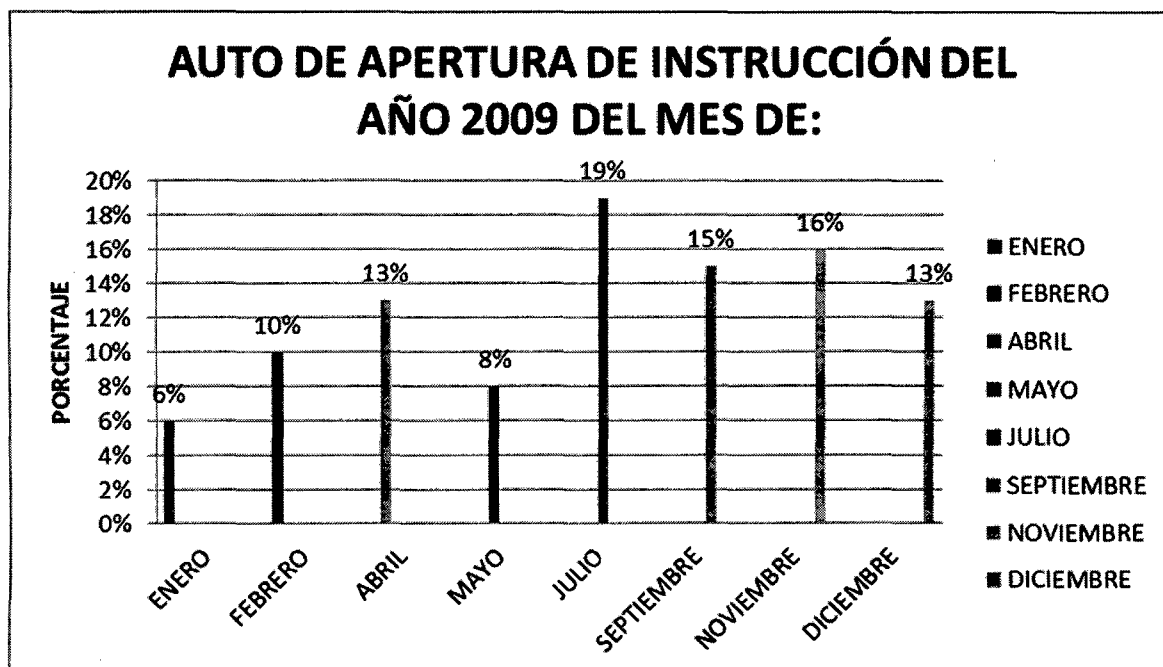


INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del ítem Delito contra el patrimonio en la modalidad de, podemos indicar que respondió el 35% Hurto, el 48% Robo, el 16% Violación.

G. AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN DEL AÑO 2009 DEL MES DE:

	Frecuencia	Porcentaje
ENERO	04	06%
FEBRERO	06	10%
ABRIL	08	13%
MAYO	05	08%
JULIO	12	19%
SEPTIEMBRE	09	15%
NOVIEMBRE	10	16%
DICIEMBRE	08	13%
Total	62	100%



INTERPRETACIÓN:

Se obtuvo como resultado del Ítem Auto de apertura de instrucción del año 2009 del mes de, podemos indicar que respondió que 6% es del mes enero, el 10% febrero, el 13% abril, el 8% mayo, el 19% julio, el 15% septiembre, el 16% noviembre y el 13% fue en el mes de diciembre.

DETALLE: El formato de Levantamiento de Información se anexa al final del trabajo.

CONCLUSIONES

TEÓRICAS

- El proceso penal nace con el auto apertorio de Instrucción. No nace con la denuncia, porque ésta puede ser desestimada por el Juez, tampoco nace con la investigación preliminar del Ministerio Público o de la Policía, porque ella puede llegar a la conclusión de que no hay base para suponer la comisión de un delito o que no hay motivos para formalizar una denuncia. El proceso se inicia pues, cuando hay una imputación con caracteres de verosimilitud y ante la noticia calificada de un delito.
- El Mandato de detención, es una medida cautelar consistente en la privación de la libertad, practicada para poner a una persona a disposición del Juez, con el fin de que pueda efectivamente realizarse la prisión provisional. Cuya finalidad es la presencia del imputado durante el proceso declarativo, tanto por fines probatorios cuanto así como evitar la suspensión del proceso por razones de retardo o falta de las partes, así como asegurar su presencia para el momento en que la sentencia firme deba procederse a la ejecución de la pena corporal.
- La debida motivación o motivación razonada no es sino trasladar al texto de la resolución, de una manera clara y coherente, el razonamiento que ha seguido el Juez para resolver una denuncia de una manera determinada, con la indicación expresa de los hechos y del derecho en que sustenta esa decisión.
- La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados.

PRÁCTICAS

- De las variables señaladas, se puede analizar estadísticamente que la motivación dada por los Juzgadores durante los años 2008 y 2009 se basa en los siguientes criterios: primero con relación al indicador de Perturbación Probatoria; se consideró como un criterio sólo el 10% y 19% de los autos, al haber el denunciado brindado otro nombre a las autoridades, en los demás ni se menciona, así mismo se advierte que la posesión de documento de identificación, resulta determinante para el 25% y 24% de los Juzgadores, así como el poseer domicilio fijo al ser considerado por el 30% y 39% de los Juzgadores. Resultando estos criterios usados para fundamentar la perturbación probatoria en los Autos de Apertura de Instrucción de la Corte Superior de Justicia de Loreto.
- Sobre el indicador de Colaboración con la Justicia: se obtuvo como resultado que al 100% y 92% de los Autos, no se menciona, asimismo que sobre el criterio de si el denunciado explica la sindicación, se aprecia que sólo el 5% y 19% de los Autos menciona que el denunciado no recuerda los hechos por el cual se le está investigado. Y sobre el indicador de si el denunciado intento fugar al momento de ser intervenido, se puede advertir que el 45% y 53% de los Autos si lo considero como criterio determinante, mientras que el resto no lo menciona.
- Acerca del Ítem: sobre el Delito, esto es que criterios utilizan los Juzgadores para fundamentar el requisito de peligro procesal, advirtiéndose la existencia del cliché "Suficientes elementos de juicio" en un 5% y 8% de los autos, siendo en muchos casos el único fundamento utilizado por los Juzgadores para fundamentar el peligro procesal, asimismo se advirtió que el 40% y 48% también utiliza el cliché: "Forma o circunstancia de comisión del delito" no especificando a que circunstancia o cuál de todas se refiere o si en todo caso está utilizando el delito en sí, para fundamentar el peligro procesal, lo cual sería de sumo irregular o agravante, dichos clichés son de sumo peligrosos e inconstitucionales al tratar de fundamentar el grave dictado de mandato de detención con frases vacías de contenido, no fundamentando el fondo del porque es necesario para los fines del proceso el dictar mandato de detención contra el detenido.

- Asimismo del Levantamiento de Información se advirtió que muchos Juzgadores fundamentan el dictar mandato de Detención contra el sujeto denunciado al haber realizado presuntamente el hecho imputado en contubernio con otro investigado, lo cual genera al Juzgador la certeza de un peligro según se advierte del resultado: 75% y 45%, en el mismo sentido resulta determinante la utilización de arma por el agente, apreciándose su peso en el 30% y 40% de los autos.
- Además se debe agregar que al realizar la investigación se halló que muchos Juzgadores fundamentan el requisito de Peligro Procesal relacionándolo al cumplimiento de los otros dos requisitos (prognosis de pena superior o igual al año y suficiencia probatoria) para fundamentar el peligro procesal, relación por demás inconstitucional, pero que alarmantemente se utiliza en el 15% y 18% de los Autos utilizados como muestra.
- Asimismo se aprecia que otro criterio utilizado es haberse hallado al investigado infraganti o haber sido reconocido en un porcentaje del 10% y 16% de los Autos analizados.
- Advirtiéndose que un criterio muy utilizado en los Autos de Apertura de Instrucción para fundamentar el peligro procesal y dictar mandato de detención es la reincidencia siendo considerado por el 30% y 35% de los Juzgadores, en menos porcentaje pero igualmente utilizado es el considerar al denunciado como habitual en la comisión de ilícitos (15% y 27%).
- Un criterio que da mucho que pensar es la consideración por los Juzgadores de si el denunciado cuenta o acredita un oficio o trabajo conocido, siendo ponderado por el 55% y 52% de los Juzgadores, esto se considerara de sumo peligro procesal, el denunciado que no cuente con trabajo conocido o no lo pueda acreditar. Criterio por demás discutible.
- Así mismo se aprecia que si el denunciado afirma haber participado (30% y 27%) será considerado de peligro al admitir su participación, en cambio si responde que no ha participado pero el magistrado considera que no es suficiente su negación por lo que más bien lo considerara como criterio de peligro.

- Como una estadística interesante se advirtió que los delitos cometidos contra el patrimonio más cometidos son 35% y 35% Hurto, el 40% y 48% Robo, el 25% y 16% Violación.

RECOMENDACIONES

- Proponer que los Magistrados en los Plenarios Regionales en materia Penal que se realiza en la Corte de Loreto; hagan propuestas de lineamientos fácticos y jurídicos respecto al requisito de peligro procesal al momento de dictar mandato de detención en delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto y Robo y contra la Libertad Sexual en la modalidad Violación en menor de edad para la aplicación en forma uniforme por parte de los magistrados.
- Además es necesario que se ponga al alcance de los operadores de justicia elementos de estudio y actualidad Jurisprudencial, para que sus resoluciones sean acordes a nuestra Constitución y no se incurran en los criterios contrarios a una lógica y justificada razón jurídica en cuanto a los requisitos para dictar mandato de detención respecto al elemento de peligro procesal .
- Que exista una capacitación constante al Juez, quien por obligación debe estar a la actualidad con los elementos jurídicos ya que está dedicado a la responsabilidad en la administración de Justicia, para que no exista una aplicación por inercia o burocracia de los principios penales al momento de dictar mandato de detención sobre el denunciado, teniendo como base el elemento de peligro procesal.

CAPITULO IV
ANEXOS

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADOS AL PELIGRO PROCESAL

A. EXP. N.º 3380-2004-HC/TC Dado a los 28 días del mes de diciembre de 2004. HUÁNUCO. FELICIANO ARANDA BALTAZAR (Parte Pertinente)

3. En todo caso, y respecto de la medida restrictiva decretada en contra del recurrente, cabe recordar que toda detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso penal. No se trata, entonces, de una medida punitiva definitiva respecto a la culpabilidad del imputado, en el ilícito que es materia de investigación, por lo que no se quebranta el principio constitucional de presunción de inocencia, ya que se trata de una medida cautelar cuyo objetivo es asegurar la eficacia de la labor jurisdiccional en el proceso penal de su referencia.

4. No obstante, la prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, la misma que constituye un valor fundamental para la preservación del Estado de Derecho, base de la democracia. En la defensa de su pleno ejercicio subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, de donde se explica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la detención provisional solo puede ser concebida como una excepción a la que puede recurrir el Estado a través del órgano jurisdiccional para casos excepcionales o de emergencia en beneficio del interés general. Así, en la línea de lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad" (Caso Gangaram Panday, párrafo 47, en Sergio García Ramírez, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México 2001, pág.117).

5. Por ello, para determinar en cada caso si la detención judicial preventiva de un procesado responde a una decisión compatible con dicha situación de necesidad, es menester analizar si los elementos objetivos permiten concluir que, más allá de la existencia de indicios que vinculan razonablemente al inculpado con el hecho instruido, y más allá del *quantum* de la eventual pena a imponerse, existe también peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria. La consecuencia de estos riesgos es lo que en doctrina se denomina peligro procesal.

6. De la lectura del auto de apertura de instrucción, de fojas 27 a 33, aparece que el Juez de la causa penal considera que, en este caso, se dan los presupuestos establecidos en el artículo 135° del Código Procesal Penal, específicamente el riesgo procesal. Estas razones han servido para la resolución emitida por el Juzgado que deniegan la solicitud de variación del mandato de detención (fojas 34), y por la Sala Superior que confirma dicha resolución (fojas 35 a 39), habiéndose puntualizado que es debido a la naturaleza del delito instruido, a la prognosis de la pena y a la existencia de peligro procesal, sustentados en la no acreditación de una actividad laboral lícita ni domicilio habitual, que no procede variar el mandato restrictivo de la libertad del recurrente.

7. La existencia, del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias concurrentes antes o durante el desarrollo del proceso, y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, lo mismo que con su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminarían convirtiendo a la detención judicial preventiva o, en su caso, a su

mantenimiento, en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada.”

B. EXP. N° 1567-2002-HC/TC dado a los 5 días del mes de agosto de 2002 en LIMA, ALEJANDRO RODRÍGUEZ MEDRANO. (Parte pertinente)

1. “(...) 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.

2. No obstante, la prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del Estado Constitucional de Derecho, pues, en la defensa de su pleno ejercicio, subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional. Así, en la línea de lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables imprevisibles o faltos de proporcionalidad" (Caso Gangaram Panday, párrafo 47, en Sergio García Ramírez, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México 2001, pág.117).

3. Por ello, la única manera de determinar si la detención judicial preventiva de un individuo no responde a una decisión arbitraria del Juez, pasa por la observancia de determinados elementos objetivos que permitan concluir que, más allá de que existan indicios o medios

probatorios que vinculan razonablemente al inculpado con la comisión del hecho delictivo y más allá del quantum de la eventual pena a imponerse, existe peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria. La existencia de estos dos últimos riesgos es lo que en doctrina se denomina peligro procesal.

4. La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados.

5. En el presente caso, existen determinadas circunstancias que permiten concluir objetiva y razonablemente que el imputado tiene vocación por obstaculizar la labor de investigación en la causa que se le sigue. En efecto, el proceso judicial que se le sigue al recurrente tuvo como antecedente inmediato una serie de denuncias constitucionales en su contra, las mismas que se ventilaron en el Congreso de la República, y que dieron lugar a dos informes de la Subcomisión Investigadora encargada de su caso. Del análisis de dichos informes se concluye que el imputado muestra una actitud tendiente a obstaculizar la investigación por los delitos de los que se le acusa.

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.

6. (...) De este modo, a juicio del Tribunal Constitucional, existen una serie de elementos objetivos que permiten concluir que el recurrente tiene una actitud tendiente a perturbar la actividad probatoria, lo que constituye un argumento razonable y proporcional para ordenar una detención provisional que asegure la eficacia del proceso penal.

7. Sin perjuicio de lo antedicho, el Tribunal Constitucional considera que en 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. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que la libertad física puede ser objeto de restricciones, y éstas no ser arbitrarias, si es que tal medida se presenta como estrictamente necesaria para garantizar y asegurar el normal desenvolvimiento de una sociedad democrática.

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADOS A LA MOTIVACION

A. EXP. N.º 0872-2007-PHC/TC, EL SANTA dado a los 30 días del mes de marzo de 2007. ANGELICA MARIBEL MALPICA LOPEZ.(Parte Pertinente)

1. "Cabe indicar que este Tribunal ha señalado que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora dictada pese a que, mientras no exista sentencia

condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última *ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, solo puede dictarse en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general [Cfr. Exp N.º 1091-2002-HC/TC, Vicente Ignacio Silva Checa]. Es por ello que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, reconocida en el artículo 139,5 de la Constitución, tratándose de la detención judicial preventiva en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el Juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

2. Dos son, en ese sentido, 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 término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

3. Si bien el Juez constitucional no es competente para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o el mantenimiento de la detención judicial preventiva, esto es, realizar una evaluación del peligro procesal y de los elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho denunciado (*fumus comissi delicti*), lo cual es una tarea que incumbe en esencia al Juez penal, sí lo es para verificar que la misma haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia, valorando si se presenta una evaluación razonada y suficiente de los elementos que la sustentan. Ello no lo priva, tampoco, de delimitar los criterios a tomar en cuenta

por parte del Juez penal a fin de adoptar la medida [Cfr. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa].

4. Así, este Tribunal ha señalado que “[...] la existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados”. [Exp. N.º 1567-2002-HC/TC, Caso Rodríguez Medrano].

5. En el presente caso se tiene que la resolución que confirma el mandato de detención (obrante a fojas 170), fundamenta la vinculación de los procesados con los hechos imputados, en base a la Resolución Presidencial de Directorio N.º 086-2005-SBPCH, y al Informe N.º 4-2006-SBPCH-ALMACEN, así como en los reportes que en copia obran del consumo de RPM y consumo de líneas telefónicas. Asimismo, respecto a la prognosis de la pena, considera que dados los delitos por los que es denunciada la apelante, la pena probable a imponerse será superior a un año. Finalmente, justifica el peligro procesal al considerar que la recurrente, a pesar de tener pleno conocimiento del hecho que se investiga y de haber estado debida y reiteradamente citada a efectos de que brinde sus descargos, no lo ha hecho.

6. Al respecto, estimamos que tal motivación resulta ser suficiente y razonada, ya que en las resoluciones cuestionadas se expresa de manera clara las razones por las que se dicta el mandato de

detención; por lo tanto, al no haberse acreditado la vulneración del derecho invocado, la presente demanda debe desestimarse.”

B. EXP. 0174-2006-PHC/TC LIMA dado a los 7 días del mes de julio de 2006. JOHN MC. CARTER Y OTROS. (Parte pertinente)

1. “En efecto, el auto de apertura de instrucción constituye una resolución que resulta inimpugnable por ausencia de una previsión legal que prevea un recurso con este fin. Siendo así, una alegación como la planteada en la demanda contra este auto se volvería irresoluble hasta el momento de la finalización del proceso penal mediante sentencia o por alguna causal de sobreseimiento, lo que no se condice con el respeto de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

(...)

2. No se trata naturalmente de que el Juez constitucional, de pronto, termine revisando todo lo que hizo un Juez ordinario, sino, específicamente, de que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva, como marco objetivo, y el debido proceso, como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia; es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el Juez natural, el procedimiento preestablecido, el

derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes 2192-2002-HC/TC (FJ 1); 2169-2002-HC/TC (FJ 2), y 3392-2004-HC/TC (FJ 6).

3. Particularmente, si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta de que las vulneraciones aducidas no solo implican la observancia del derecho al debido proceso, sino que incidiría de manera razonable y proporcional en el ejercicio de la libertad individual de los beneficiarios, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.

(...)

§ 4 Vulneración del principio *ne bis in idem* como contenido del derecho al debido proceso

4. No obstante, desde una perspectiva restringida, el hábeas corpus se entiende vinculado, únicamente, a la protección del derecho fundamental a la libertad personal y a un núcleo duro de derechos fundamentales que se concentran en torno a dicho derecho, tales como el derecho a la seguridad personal (artículo 2, 24, de la Constitución), a la libertad de tránsito *–ius movendi et ius ambulandi–* (artículo 2, 11, de la Constitución) y a la integridad personal (artículo 2, 24,h, de la Constitución).

5. Sin embargo, bajo el canon de interpretación constitucional del principio *in dubio pro hómine* (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), se debe señalar que, *a priori* y en abstracto, no es razonable establecer *un numerus clausus* de derechos conexos a la libertad personal a efectos de su tutela, ni tampoco excluirlos, pues muchas veces el derecho a la libertad personal es vulnerado en conexión con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida (artículo 2,1, de la

Constitución), el derecho de residencia (artículo 2, 11, de la Constitución), el derecho a la libertad de comunicación (artículo 2, 4, de la Constitución) e, inclusive, el derecho al debido proceso (artículo 139, 3, de la Constitución).

(...)

§ 6 Falta de motivación del auto de apertura de instrucción

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

7. En efecto, uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al Juez penal corresponde resolver.

8. En el caso de autos, se debe analizar en sede constitucional si es arbitrario el auto de apertura de instrucción que se ordenó dictar contra los beneficiarios, por la falta de motivación. Al respecto, el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (modificado por la

Ley 28117) regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece:

Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción.

9. Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera debe ser efectuada con criterio constitucional de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse con que la persona sea individualizada cumpliendo no solo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, contra los que *resulten responsables*, hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 126, publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia, será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.

10. Esta interpretación se condice con el artículo 14, inciso 3, literal b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, a este respecto, comienza por reconocer que "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las

siguientes garantías mínimas: a) A ser informada, sin demora, en un idioma que comprenda y, *en forma detallada*, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella". Con similar predicamento, el artículo 8, numeral 2, literal a, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: [...]b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada". Reflejo de este marco jurídico-supranacional es el artículo 139, inciso 15, de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: "El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención". Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.

11. Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (f. 392), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, podemos afirmar que tal resolución no se adecua en rigor a lo que estipulan, tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda de que el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que "*El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado*".

12. En otras palabras, la protección constitucional del derecho de defensa del justiciable supone, a la vez, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción. Esta no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le imputan, sino que comporta una ineludible exigencia, cual es que la

acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa, Es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso, en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada que limita o impide al procesado un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

13. En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales de forma razonable y proporcional, lesionando el derecho de defensa del justiciable, al no tener este la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se le atribuye, al amparo del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú.

14. Por lo anteriormente expuesto, la presente demanda debe ser estimada al haberse acreditado que el auto de apertura de instrucción, obrante a fojas 392, de fecha 2 de agosto de 2005, que se dictó por orden de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, vulneró los derechos constitucionales de los beneficiarios de esta demanda, referidos al principio constitucional *ne bis in ídem*, a la motivación de las resoluciones judiciales y de defensa, poniendo en grave peligro su derecho a la libertad individual, resultando de aplicación el artículo 2 del Código Procesal Constitucional.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN
EXP. N° 0174-2006-PHC/TC LIMA. JOHN MC. CARTER Y OTROS

Me adhiero al voto del Magistrado Vergara Gotelli, en el sentido de declarar improcedente la demanda de autos, compartiendo la posición adoptada, en considerar que si el recurrente afirma que el auto de apertura de instrucción no cumple con los requisitos mínimos de validez, y más aún, que la normatividad procesal penal no ha previsto expresamente un medio impugnatorio para cuestionar esta resolución judicial de procesamiento, sin embargo, se debe precisar que de existir vacíos en el tratamiento por dicho ordenamiento procesal, se deben aplicar de forma supletoria las normas del Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, según la previsión de la Primera Disposición Complementaria y Final del referido Código; particularmente, el remedio previsto en el artículo 171° del Código Procesal Civil, que prevé la formulación de la nulidad del referido acto procesal y lograr en sede ordinaria la corrección del vicio que se acusa o, en su defecto, conseguir la resolución firme que lo habilite a recurrir a la vía excepcional y sumarísima del extraordinario proceso de urgencia.

Asimismo, comparto la posición singular del Magistrado Vergara Gotelli, en considerar que al no existir manifiesta vulneración a la libertad individual ni a la tutela procesal efectiva, el Tribunal Constitucional no puede ingresar al análisis del fondo del asunto, pues tratándose de un proceso penal en etapa inicial, obviamente aún no existe una sentencia firme que sindique a los accionantes como responsables de la comisión del delito instruido, permaneciendo inalterable su presunción de inocencia, no resultando posible determinar el grado de participación de cada uno de ellos, lo que será materia precisamente de la investigación en el proceso judicial

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

EXP. N° 0174-2006-PHC/TC LIMA

JOHN MC. CARTER Y OTROS

Emito el presente voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

(...)

4. Esto me lleva a considerar que el auto de apertura de instrucción dictado por el Juez competente, previa denuncia del Fiscal adscrito a tal competencia, como su nombre lo indica, no puede ser la “resolución judicial firme” que vulnere manifiestamente la libertad individual que, precisamente, con la resolución que cuestiona el demandante en sede Constitucional, recién comienza.

(...)

Debemos tener en cuenta primero que tratándose del cuestionamiento al auto que abre instrucción con el argumento de una indebida o deficiente motivación, la pretensa vulneración no puede ser conocida a través del habeas corpus sino del amparo puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación. Este mandato se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando el Artículo 135 del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia considero que si se denuncia que el Juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso ya sea este formal o sustantivo, para lo que resulta vía idónea la del amparo reparador. La medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener la firmeza de la

resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal.

Sin perjuicio de lo anterior creo pertinente considerar que si bien es cierto la normatividad procesal penal no ha previsto expresamente un medio impugnatorio para cuestionar el auto de apertura de instrucción, también lo es que de existir vacíos en el tratamiento por dicho ordenamiento procesal, éste se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, según la previsión de la Primera Disposición Complementaria y Final del aludido Código que a la letra dice: "las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza". Si esto es así, encontramos que en el Artículo 171º del referido complejo legal se prevé que la nulidad de un acto procesal "... puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad".

El recurrente afirma que el auto de apertura de instrucción carece de motivación suficiente pues no expone las razones que el Juez ha tenido en cuenta para imputar la comisión del delito de estafa a cada uno de los instruidos, ni los hechos por los que tendrían que responder individualmente durante la investigación judicial, es decir afirma que el acto procesal no cumple con los requisitos mínimos de validez. Siendo así los recurrentes tuvieron a su alcance el remedio previsto en el artículo 171º del C.P.C. a través de la formulación de la nulidad del referido acto procesal y lograr en sede ordinaria la corrección del vicio que se acusa o, en su defecto, conseguir la resolución firme que lo habilite a recurrir a la vía excepcional y sumarísima del extraordinario proceso de urgencia.

En consecuencia, mi voto es por la **IMPROCEDENCIA** de la demanda.

SR. JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

C. EXP. N.º 7448-2005-PHC/TC TACNA RAFAEL SAN ROMÁN
GARATEA (parte pertinente)

III. FUNDAMENTOS

1. En el presente caso, pues, la controversia radica en establecer si la motivación, con respecto al peligro procesal, es suficiente, pues el peligro es uno de los presupuestos ineludibles para que la autoridad judicial pueda decretar el mandato de detención dentro de un proceso penal.

2. Sobre esto debe precisarse que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la motivación se garantiza, por un lado, que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138º de la Constitución), y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional ha sostenido (Exp. N.º 1230-2002-HC/TC) que este derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, y tampoco excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión.

3. Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial y evaluar si el Juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son, en ese sentido, 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", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la

medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

4. Al respecto, debe subrayarse que si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia, en cada caso, de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, lo cual es una tarea que incumbe en esencia al Juez penal, también lo es que el Tribunal tiene competencia para verificar que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente legítima, lo que exige que haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia. Así, obra en autos (fojas 13) el auto de apertura de instrucción, de fecha 29 de abril de 2005, en el que se señala lo siguiente:

“CUARTO: Respecto a la situación jurídica de los imputados: a) Suficiencia de la prueba: el ministerio público sustenta la pretensión punitiva, en el atestado policial y demás anexos que se adjuntan a la denuncia formalizada; por lo que se considera existen elementos suficientes probatorios de la comisión del delito que vincula a los imputados como autores del hecho denunciado. b) Prognosis de Pena: que los delitos denunciados son sancionados con pena no menor de 15 años, lo que significa que el juzgador al efectuar una prognosis de la pena, de acuerdo a los recaudos y medios probatorios obtenidos, y en el caso de dictarse sentencia condenatoria se prevé que ésta sería mayor de cuatro años de pena privativa de la libertad. c) Peligro Procesal: los denunciados: c1) se encuentran plenamente identificados e individualizados conforme aparece de los datos proporcionados en la investigación prejurisdiccional; c2) que asimismo, conforme a los recaudos anexados a la investigación preliminar se considera que existiría peligro procesal de que podrían perturbar la actividad probatoria; ya que podrían desaparecer los documentos que los vincule con el delito y además porque podrían interferir en las investigaciones con respecto a otras personas vinculadas a la empresa; y asimismo existiría peligro procesal que tratarían de eludir la acción de la justicia. Que de esta manera se

tiene la concurrencia en forma conjunta de los presupuestos de detención señalados por el artículo ciento treinticinco del Código Procesal Penal”

5. Este Colegiado, en anterior oportunidad (Exp. N.º 0139-2002-HC/TC) ha precisado que los supuestos contemplados en los tres incisos del artículo 135º del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin de que proceda la medida de detención, lo que se produce en el presente caso. En efecto, el juzgador ha realizado un análisis de aquellos elementos que configuran válidamente el mandato de detención; particularmente del peligro procesal, ya que de los recaudos anexados a la investigación preliminar se considera que existiría peligro procesal de perturbar la actividad probatoria; además, de la posibilidad de que desaparezcan los documentos que vinculan a los acusados con el delito mencionado y, finalmente, ha concluido en que podrían interferir en las investigaciones con respecto a otras personas vinculadas. Queda claro, entonces, que en el dictado del mandato de detención el Juez penal ha evaluado y descartado, justificadamente, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal. En consecuencia, este Colegiado estima que no se ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del demandante, al haberse merituado suficientemente los hechos a la luz del artículo 135º del Código Procesal Penal.

D. EXP. N.º 7038-2005-PHC/TC PUNO ELEUTERIO PERCY MESTAS URRUTIA. (Parte pertinente)

III. FUNDAMENTOS

1. “En el presente caso la cuestión de controversia radica en establecer si la motivación, con respecto al peligro procesal, es suficiente, considerando que este constituye uno de los presupuestos ineludibles para que la autoridad judicial pueda decretar el mandato de detención dentro de un proceso penal.

2. En principio debe precisarse que la necesidad que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho

fundamental de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional ha sostenido (Exp. N.° 1230-2002-HC/TC) que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; tampoco que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión.

3. Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera será posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, así como evaluar si el Juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son, en ese sentido, 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", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

4. Al respecto, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia, en cada caso, de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, lo cual es una tarea que incumbe en esencia al Juez penal, también lo es que el Tribunal tiene competencia para verificar que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente legítima, lo que exige que haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia.

5. Este Tribunal Constitucional, en anterior oportunidad (Exp. N.º 0139-2002-HC/TC), ha precisado que los tres incisos del artículo 135º del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin de que proceda la medida de detención, lo que, a juicio de este Colegiado, se produce en el presente caso. En efecto, el juzgador, tal como se aprecia a fojas 122, ha realizado un análisis de aquellos elementos que configuran válidamente el mandato de detención; particularmente, en el extremo del peligro procesal y la necesidad de asegurar el juzgamiento. Con ello, en el dictado del mandato de detención el Juez penal ha evaluado y descartado, justificadamente, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal.

6. En consecuencia, este Colegiado estima que no se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal, al haberse merituado suficientemente los hechos a la luz de los alcances del artículo 135º del Código Procesal Penal. De igual modo, se puede observar que en el desarrollo del proceso penal que se le sigue al demandante, se ha respetado su derecho fundamental al debido proceso, toda vez que éste viene haciendo valer los recursos que la Constitución y las leyes correspondientes establecen.

III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADOS A LOS CRITERIOS PARA DICTAR LA DETENCION JUDICIAL

A. EXP. N.º 1091-2002-HC/TC LIMA dado a los doce días del mes de agosto de dos mil dos. VICENTE IGNACIO SILVA CHECA (Parte pertinente)

“(…)

Alcances constitucionales de la libertad personal

1. El primer derecho comprometido con el mantenimiento del mandato de detención contra el actor es la libertad personal. Éste es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Estado y, al mismo tiempo, uno de los

valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

2. En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. En sede judicial, el derecho a la libertad física y a que ésta no sea restringida en forma arbitraria, alcanza no sólo a las denominadas "detenciones judiciales preventivas", sino, incluso, a una condena emanada de una sentencia expedida con violación del debido proceso. A juicio del Tribunal Constitucional, las exigencias de legalidad y no arbitrariedad de la detención judicial no se satisfacen únicamente porque ésta haya sido expedida por un Juez competente, pues si bien el elemento de la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de analizarse a efectos de evaluar la arbitrariedad o no de la privación de la libertad, también existen otros elementos que se tienen que tomar en consideración, los que varían según se trate de una sentencia condenatoria o, por el contrario, de una detención judicial preventiva.

4. Sin embargo, antes de evaluar si, en el caso, la detención judicial preventiva dictada contra el actor vulnera su derecho a la libertad individual, el Tribunal Constitucional estima preciso declarar que la comprensión del contenido garantizado de los derechos, esto es, su interpretación, debe realizarse conforme a los alcances del principio de unidad de la Constitución, pues, de suyo, ningún precepto constitucional, ni siquiera los que reconocen derechos fundamentales, pueden ser interpretados por sí mismos, como si se encontraran



aislados del resto de preceptos constitucionales. Y es que no se puede perder de vista que el ejercicio de un derecho no puede hacerse en oposición o contravención de los derechos de los demás, sino de manera que compatibilicen, a fin de permitir una convivencia armónica y en paz social. En ese sentido, una visión de conjunto, que ligue la realidad concreta con las disposiciones y principios constitucionales, no debe perder de vista que los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos que se reconocen a las personas, sino que también cumplen una función objetiva, por cuanto representan el sistema material de valores de nuestro ordenamiento constitucional.

Detención judicial preventiva y libertad personal

5. Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

6. La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad"

(Caso Gangaram Panday, párrafo 47, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 117).

7. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última *ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese, pues, es el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general", y también la interpretación que de ella ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 77, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 417).

8. En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede sólo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.

9. Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que

ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio" (Informe N°. 12/96, Argentina, Caso N°. 11.245, párrafo 86).

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

11. Por otro lado, en atención a la incidencia que tiene en la libertad física de una persona a la que se presume inocente, sólo cabe apelar a ella, ya para adoptarla, ya para mantenerla. Ello significa que su aplicación no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que sólo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal. En ese sentido, la regla general debe ser que los procesados,

de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya porque se pretende evadir la aplicación de la pena. En el caso, el Tribunal Constitucional considera que no se afecta la libertad física del recurrente, pues conforme se ha sostenido en el fundamento N.º 13 de esta sentencia, 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.

12. Del mismo modo, aparte de tratarse de una medida excepcional, el principio *favor libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el Juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. Por tanto, el Tribunal Constitucional declara que la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva. En el presente caso, el sólo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la exigencia de que el Juez busque una alternativa distinta a la restricción de la libertad física del procesado, dado que mientras no exista sentencia condenatoria, se presume que éste es inocente, sólo es lícita cuando

no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria del proceso, eludir la acción de la justicia o evadirse del cumplimiento de una posible sentencia condenatoria. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que la detención practicada contra el actor del hábeas corpus no es indebida.

13. Como se ha sostenido, la detención judicial preventiva debe ser también una medida provisional, cuyo mantenimiento sólo debe persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado. Una vez removidos, el contenido garantizado del derecho a la libertad personal y al principio de 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.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional considera que no se ha afectado el carácter provisional de la detención judicial preventiva, habida cuenta de que, entre la confirmación de la resolución que declaró improcedente la solicitud de libertad provisional del actor, de fecha diez de diciembre de dos mil uno, y la fecha de interposición del hábeas corpus, el seis de marzo de dos mil dos, no ha transcurrido un plazo razonable que permita considerar que hayan variado las circunstancias que sirvieron para mantener la vigencia del mandato de detención. Finalmente, el mantenimiento de la detención judicial preventiva debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9.3 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".

14. Desde este punto de vista, el principal elemento a considerarse con el dictado de esta 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, de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada.

15. En el presente caso, el Tribunal Constitucional considera que tampoco se ha afectado el principio de proporcionalidad al mantenerse vigente el mandato de detención contra el actor, denegándose su libertad provisional, pues, como antes se ha expresado, aparte de la suficiencia de elementos probatorios existentes sobre la responsabilidad penal del actor, se denegó la solicitud de libertad provisional tras entenderse que el actor viene perturbando la actividad probatoria en el proceso.

Exigencia de una especial motivación de la resolución judicial que decreta el mandato de detención judicial preventiva

16. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 138.º de la

Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión.

17. Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el Juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

18. Dos son, en ese sentido, 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 término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

19. Por ello, de conformidad con el artículo 182.º del Código Procesal Penal, es preciso que se haga referencia y tome en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena que se le podrá imponer, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, que es una tarea que incumbe en esencia al Juez penal, sino para verificar que la medida cautelar haya

sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia.

20. En el caso de autos, la resolución en virtud de la cual se confirma la resolución que denegó la libertad provisional del actor es suficiente y razonada, pues el resultado de la decisión es coherente y compatible con la naturaleza y fines de la detención judicial preventiva.

Presencia de peligro procesal y detención judicial preventiva en el proceso penal seguido contra Vicente Silva Checa

21. Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, de fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se consideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva contra el actor, pues a lo largo del proceso éste no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello "un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria" que "atentaría contra el objetivo del proceso penal [...]". Tal criterio se deriva del hecho de que el actor no expresó, pese a tener "conocimiento pleno", que el dinero utilizado para la compra de acciones del Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma se incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10, hechos que han sido corroborados por la declaración de su coinculpado Vladimiro Montesinos Torres y de la testigo María Angélica Arce Guerrero.

22. Finalmente, según el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" (Opinión Consultiva 08/87, párrafo 26, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 1014). En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que detrás de la medida judicial que restringe la libertad física del recurrente existe una valoración judicial de los hechos que son materia del proceso penal, el número de personas comprometidas, la participación del recurrente como parte de una organización criminal y, especialmente, las repercusiones de los delitos por los cuales se le juzga, no sólo en lo que atañe a la infracción de determinados bienes jurídico-penales, sino incluso, y lo que es más grave, realizadas con el evidente propósito de comprometer la propia viabilidad del sistema democrático. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que la libertad física puede ser objeto de restricciones, y éstas no ser arbitrarias, si es que tal medida se presenta como estrictamente necesaria para garantizar y asegurar el normal desenvolvimiento de una sociedad democrática.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA. EXP. N.º
1091-02-HC/TC**

(...)

4.a) Importa dejar constancia, por otro lado, de que tampoco encuentro convincentes las razones que se invocan, tanto en el proceso penal como en estos autos, para considerar que existe peligro de fuga o riesgo procesal, esto es, que está presente en el caso el respectivo impedimento del citado artículo 182° inciso 2. del Código Procesal Penal. Por este motivo adicional resulta necesario citar a los vocales demandados, de conformidad con el artículo 18° de la Ley 23506, para darles la oportunidad de fundamentar satisfactoriamente su correspondiente apreciación, pues de no hacerlo procedería, al igual que en la hipótesis reseñada en el párrafo precedente (4), y en concordancia con ella, otorgar, de conformidad con el mencionado artículo 182° del Código Procesal Penal, la libertad provisional pedida. Los mismos argumentos serían aplicables, mutatis mutandis, en el caso del artículo 135° del Código Procesal Penal.

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. GUILLERMO
REY TERRY**

1. (...) En conclusión, a mi juicio, el Tribunal Constitucional puede conocer de los procesos en que se haya producido la evidente y objetiva afectación de un derecho constitucional. Por ello, habiéndose demandado en el caso de autos la protección del derecho a la libertad individual del accionante, es que debe procederse –como ha ocurrido en la sentencia–, a emitir un pronunciamiento sobre el particular. En tal sentido, lo importante y trascendente es analizar, tratándose del mantenimiento de la detención judicial preventiva, si las condiciones que sirvieron al Juez para dictar el inicial mandato de detención aún persistían al momento de solicitarse el beneficio de libertad provisional, análisis

que no fue ignorado por los órganos de la jurisdicción penal al resolver la solicitud presentada y que, por lo demás, ha sido objeto de pronunciamiento en la sentencia expedida por mayoría.

FUNDAMENTO SINGULAR DE LA DRA. DELIA REVOREDO MARSANO. EXP. N° 1091-02-HC

1. Mis colegas consideran, en el fundamento N° 2 de la sentencia, que el objeto de esta acción de hábeas corpus no es tanto cuestionar las razones que sirvieron inicialmente para decretar la detención del actor, sino las razones que sirvieron para "mantener vigente" esa detención.

Arriban a tal conclusión, porque el actor solicitó su libertad provisional más de 4 meses después de ordenada su detención. A partir de esta presunción, omiten analizar la constitucionalidad de la detención misma, así como evitan expresamente pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 135° del CPP; es decir, las condiciones para que proceda una detención arreglada a derecho y para mantener una detención ya ejecutada.

Mi discrepancia consiste en opinar que el lapso de aproximadamente 4 meses entre la detención y la solicitud para que sea variada, no justifica razonablemente la interpretación de que el recurrente no cuestiona, en su petitorio, la detención misma.

Ocurre que para evaluar si se ha lesionado el derecho a la libertad personal, muchas veces resulta indispensable apreciar cuestiones de orden penal. Así sucede, por ejemplo, cuando el TC debe decidir si procede o no un beneficio procesal ante una acumulación o fusión de penas; cuando el TC analiza si los jueces penales motivaron suficientemente sus resoluciones; si hay o no congruencia lógica entre los fundamentos y el fallo penal; si procede la libertad por exceso de detención preventiva cuando ha

habido maniobras procesales, probablemente dilatorias, por parte del detenido, etc., etc.

- a. que en autos se encuentran suficientes elementos probatorios para expedir una sentencia de mérito, y
- b. que el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "toda persona que sea privada de su libertad en virtud de una detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

En virtud de este artículo, y específicamente de la frase "a la brevedad posible" y en acatamiento del principio de celeridad y economía procesales, mis colegas no optan por declarar nulo el proceso para que el Poder Judicial investigue mejor la situación del actor, como ordena la ley, sino más bien, optan por sentenciar ellos mismos "de inmediato" ... y lo hacen a favor de mantener preso al recurrente.

Creo que la correcta interpretación del artículo 9.4 del Pacto Internacional citado es distinta: la finalidad del dispositivo es proteger la libertad del individuo, no su detención, y la urgencia de investigar y resolver, surge ante la posibilidad de que esté preso un inocente que no merece la prisión preventiva. Pero no cabe esa urgencia de decidir el fondo del hábeas corpus "de inmediato", con prescindencia de la investigación judicial que impone la ley, cuando el TC estima que el recurrente debe permanecer detenido ... La necesaria celeridad funciona a favor –y no en contra– de la libertad personal. Sin embargo, parecería, al plantear de ese modo la interpretación del artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que mis colegas opinan que hay tal urgencia de mantener al recurrente en prisión, y que no debe investigarse el caso en las instancias judiciales.

- 1. En el segundo párrafo del fundamento 14, la mayoría de magistrados del TC consideran que con la detención "no se afecta la libertad física del recurrente", pues éste obstaculizó la investigación judicial.**

A mi parecer, no cabe mayor afectación a la libertad física de una persona que mantenerla en prisión. Lo que ocurre es que el convencimiento judicial de que existe peligro de fuga o procesal, opera como una "justificación constitucional" de la afectación del derecho fundamental a la libertad física.

En principio, la carga de la prueba de la violación del derecho constitucional (la detención) recae sobre quien la alega, en este caso, el demandante. Si, *prima facie*, tal violación queda probada, la carga de demostrar que ella tiene justificación constitucional recae sobre el eventual "infractor", en este caso, sobre los miembros de la Sala Penal Especial que ordenaron la detención.

En estos casos, el Juez constitucional debe ponderar el peso de los valores o derechos contrapuestos en juego, según las circunstancias probadas de cada caso concreto. En éste, se debe sopesar, por un lado, la importancia que tiene para el Estado de Derecho y para la Justicia la libertad de un individuo presuntamente inocente, y por el otro, la importancia que tiene para ese mismo Estado de Derecho y esa misma Justicia, que los procesos penales iniciados cumplan su finalidad en la forma prevista por la ley y del modo más rápido posible, sin que lleguen a frustrarse por la evasión o fuga del procesado o por su indebida actuación en el proceso.

No cabe duda de que ha quedado demostrada la privación de la libertad del demandante. Su justificación, en cambio, requiere mayor análisis. Se debe sopesar si el interés social o colectivo es superior y preferible al interés particular del

demandante. Mientras que el de éste es recuperar su libertad, el de la colectividad consiste en asegurar su presencia en el proceso y llegar a la verdad de los hechos en la sentencia.

2. En el numeral 15 de la sentencia se lee que "el solo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente.

Me parece que tal afirmación no es conforme a nuestro ordenamiento jurídico:

No basta, para detener a un individuo y encarcelarlo, el solo peligro procesal. El art. 135° del CPP establece 3 condiciones que deben darse CONCURRENTEMENTE.

Una de ellas es el peligro procesal o el de fuga. Pero es necesario que también concurren las otras dos; a saber: que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincula al imputado como autor o como partícipe, y que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad.

El Juez penal ha de investigar si concurren necesariamente los 3 requisitos a fin de proceder a la detención del imputado y no debe limitarse a constatar –como parecen sostener mis colegas- sólo el peligro procesal.

3. En el fundamento 20, así como en el 21, 22 y 23 de la sentencia, se desarrolla extensamente el contenido y la importancia que tiene la garantía constitucional de motivar las resoluciones jurisdiccionales. Se expresa que, tratándose de la detención, la exigencia de una motivación en el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, "pues sólo de esa manera

es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial". Sin embargo, en las únicas 4 líneas del fundamento 24 se concluye someramente que la resolución denegatoria del hábeas corpus por parte de la Sala "es suficiente y razonada". Opino que debió explicarse de modo más detallado por qué se considera "suficiente y razonada" la resolución impugnada, en cumplimiento precisamente de la exigencia que ellos reclaman al Poder Judicial.

B. EXP. N.º 02763-2006-PHC/TC LIMA dado a los 11 días del mes de mayo de 2007. JUAN CARLOS CHIPANA JORGE (Parte Pertinente)

1. "Al respecto este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado. En tal sentido, tanto la resolución que decreta el mandato de detención como su confirmatoria deben cumplir con la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

2. En este orden de ideas resulta imprescindible destacar, como se hizo anteriormente en la sentencia recaída en el expediente N.º 1291-2000-AA/TC, fundamento 2, que "[l]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión".

3. (...) El artículo 135º del Código Procesal Penal establece que para el dictado de la medida cautelar de detención es necesario la concurrencia simultánea de tres presupuestos: a) que existan

suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (...), b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad –en el caso de autos, vigente a la fecha de apelación al mandato de detención–, y c) que existan suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1091-2002-HC/TC, caso *Vicente Ignacio Silva Checa*, que la justicia constitucional no es la competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitiman la adopción de la detención judicial preventiva, lo cual es tarea que compete a la justicia penal ordinaria; sin embargo, sí es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición se haya adoptado acorde a los fines y el carácter subsidiario y proporcional de dicha institución; lo que debe estar motivado en las resoluciones que se cuestiona.

4. En el presente caso se advierte que tanto el órgano judicial demandado como el que dictó la medida coercitiva impugnada han cumplido con la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, adecuada a las condiciones legales de la materia, al expresar en sus fundamentos una suficiente justificación, la cual está descrita de manera objetiva y razonada para decretar y confirmar el mandato de detención en contra del favorecido, precisando que “subsisten elementos probatorios de la comisión del delito doloso”, y que, “ha planificado detenidamente los actos criminosos (...) la pena probable sea superior a cuatro años (...) no habiendo acreditado de manera fehaciente tener una ocupación laboral fija y lícita”. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos reclamados, resultando de aplicación el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

5. Finalmente este Colegiado debe señalar que no concuerda con el fallo del Juez de primera instancia que conoció del presente proceso,

por cuanto, como se dijo antes, el Juez constitucional no es el competente para efectuar una evaluación de los elementos probatorios aportados en el proceso penal a fin de determinar la vinculación del imputado con el hecho denunciado (*fumus comissi delicti*), ni para subrogar al Juez penal en el dictado de una resolución al interior del proceso penal.

BIBLIOGRAFIA

I. DICCIONARIOS

1. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina.2000.
2. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo III, Editorial Bibliográfica, Lima, Perú, 1993.
3. OSORIO, Manuel.Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y sociales. Prólogo de Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1987.
4. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de Lengua española. XX Edición; Editorial Espasa -Calpe, Madrid, 1994.

II. LIBROS

1. BRAMONT ARIAS, Luis. Temas de Derecho Penal. Tomo III, SP Editores, 1990, Lima, Perú.
2. ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial alternativas. Primera edición, Lima, 1996.
3. QUIROGA LEON, Anibal. Los Derechos Humanos. El Debido Proceso y las garantías constitucionales de administración de Justicia. En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de Aplicación. Once estudios Interpretativos. Francisco Eguiguren. Director, Cultural Cuzo, Lima, 1987.
4. SANCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal penal. 1ra Edición, Editorial IDEMSA, Perú, 2004.
5. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal, Tomo I y tomo II, Editora Grijley, 1999, Lima, Perú.

6. RAMOS NUÑEZ, Carlos. Como hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento (y como sustentar expedientes). Segunda Edición aumentada. Gaceta Juridica Editores, marzo del 2002. 366 paginas.
7. VITERBO ARIAS, José. Exposición comentada del Código de procedimientos en materia penal del Perú, 2da Edición, Perú, 1984.
8. CALLE, Juan José; Código de Procedimientos en materia Criminal, Perú, 1920.
9. CARNELUTTI, Francesco. Lecciones de Derecho Penal, Roma – Italia, 1948.
10. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia 3, IMA, Perú, marzo, 2000.
11. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Material de estudio del Módulo 6 Derecho Procesal Penal del Cuarto Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura; Lima, Perú, marzo del 2001.
12. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. 8va edición, Lima - Perú, tipografía Sesator, 1982.
13. CATAORA PEREZ, Alex: Las garantías Constitucionales del debido proceso y de la tutela Judicial Efectiva en España. En revista jurídica del Perú, Año XLVI, Nº 2, Lima, Editorial Normas legales, abril- julio, 1996.
14. CATAORA GONZALES, Manuel: Lecciones de Derecho Procesal Penal, Lima, Perú, Cultural Cuzco Editores, 1990.

15. CATAORA GONZALES, Manuel. Manual de Derecho Procesal Penal, Lima, Perú, editorial Rodas, 1996.
16. CUBAS VILLANUEVA, Víctor: El Proceso Penal. Lima, Perú. Editorial Palestra, 1997.
17. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Todo sobre el ilícito tributario. Tomo IV, Lima, Perú, Editorial Grijley, 1996.
18. PEÑA CABRERA, Raúl. Nuevo Código Penal y leyes complementarias. Lima, Perú, AFA editores importadores, 1991.
19. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Medidas Cautelares y contracautelares, en temas de Derecho Procesal Penal.
20. RUBIO CORREA, Marcial: EL sistema Jurídico. Introducción al derecho. Lima Perú, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
21. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Volúmenes I y II. Lima, Perú, Editorial Jurídica Grijley, 1999.
22. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito en Legal Express, Gaceta jurídica. Año I, N^o 1, 2001.
23. QUIROGA LEON, Aníbal. Conceptos Básicos en el estudio del Derecho Procesal, en: Derecho, número 40, Lima, Pontificia universidad Católica del Perú, 1986.
24. CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1962, Tomo V.

III. REVISTAS

1. ACTUALIDAD JURIDICA. Gaceta Jurídica Editores. Tomo 136, Marzo, 2005, Perú, Lima, 2007.
2. DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. Gaceta Jurídica Editores. Año 08, Nº 41, Febrero, 2002, Lima, Perú.
3. HECHOS Y DERECHOS. Editora Normas Legales. Año 01, ° 13, Octubre, 2003, Lima, Perú.
4. LEGAL EXPRESS. Gaceta Jurídica Editores. Año 5, Nº 53, Mayo, Perú, Lima, 2005.
5. LEGAL EXPRESS. Gaceta jurídica Editores. Año 7, Nº 73. Enero, Perú, Lima, Junio, 2007.
6. NORMAS LEGALES. Editora Normas Legales. Tomo 299, abril, 2001, Lima, Perú.
7. NORMAS LEGALES. Editora Normas Legales. Tomo 306, Noviembre, 2001, Lima, Perú.
8. NORMAS LEGALES. Editora Normas Legales. VOL 1-2, Tomo 331, diciembre, 2003, Lima, Perú.
9. REVISTA JURIDICA DEL PERU. Editora Normas Legales. Lima, Perú, Tomo 70, diciembre, 2006
10. REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA. Editora Normas Legales. Año 06, Nº 45 Noviembre, 2004, Lima, Perú.
11. REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA. EDITORA NORMAS LEGALES. AÑO 06, Nº 41, JULIO 2004, LIMA, PERÚ.

12. ORTELL RAMOS, MANUEL. ORIGEN HISTÓRICO DEL DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS, EN REVISTAS DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANO, Nº 4.

IV. PAGINAS DE INTERNET

1. <http://www.carlosparma.com.ar/>.
2. <http://www.iuspenalismo.com.ar>.
3. <http://:blog.pucp.edu.pe/item/24971+peligro+procesal>
4. www.derechopenalonline.com

FORMATO DE LEVANTAMIENTO DE INFORMACION DE LA CSJL

CRITERIOS EN LOS CUALES SE BASO EL JUZGADOR PARA DICTAR
MANDATO DE DETENCION

PELIGRO PROCESAL

	SI	NO	NM
A. PERTUBACION PROBATORIA:			
1. BRINDO OTRO NOMBRE			
2. POSEIA DOCUMENTO DE IDENTIDAD			
3. POSEE DOMICILIO FIJO			
B. COLABORACION CON LA JUSTICIA			
1. RECUERDA LOS HECHOS			
2. EXPLICA LA SINDICACION			
3. INTENTO FUGAR AL SER INTERVENIDO			
C. SOBRE EL DELITO			
1. SUFICIENTES ELEMENTOS DE JUICIO			
2. FORMA O CIRCUNSTANCIA DE COMISION DEL DELITO			
3. PLURALIDAD DE AGENTES			
4. UTILIZACION DE ARMA			
5. RELACIONA EL CUMPLIMIENTO DE LOS OTROS DOS REQUISITOS PARA FUNDAMENTAR EL PELIGRO PROCESAL			
D. SOBRE EL SUJETO INVESTIGADO			
1. SE LE HALLO INFRAGANTI O ES RECONOCIDO			
2. ES CONSIDERADO REINCIDENTE			
3. ES CONSIDERADO COMO HABITUAL			
4. CUENTA CON TRABAJO U OFICIO CONOCIDO			
5. AFIRMA HABER PARTICIPADO			
E. EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN FUE DICTADO POR EL			
1. PRIMER JUZGADO PENAL			
2. TERCER JUZGADO PENAL			
3. QUINTO JUZGADO PENAL			
F. DELITO CONTRA EL PATRIMONIO Y LA LIBERTAD SEXUAL EN LA MODALIDAD			
1. HURTO			
2. ROBO			
3. VIOLACION			
G. AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN DEL AÑO 2008 DEL MES DE			
1. ENERO			
2. FEBRERO			
3. ABRIL			
4. MAYO			
5. JULIO			
6. SEPTIEMBRE			
7. NOVIEMBRE			
8. DICIEMBRE			

INDICE

DEDICATORIA.....01
AGRACEDIMIENTO02

**PARTE I
ASPECTOS METODOLOGICOS**

INTRODUCCIÓN.....04

CAPITULO UNICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... 05
1.1. JUSTIFICACIÓN.....06
1.2. ANTECEDENTES NACIONALES Y EXTRANJEROS06
1.3. FUENTES DEL PROBLEMA07
 1.3.1. GENERAL.....07
 1.3.2. ESPECIFICO.....07
1.4. OBJETIVOS08
 1.4.1. GENERAL.....08
 1.4.2. ESPECIFICOS08
1.5. APORTES.....09
 1.5.1. APORTE CIENTIFICO.....09
 1.5.2. APORTE SOCIAL.....09
 1.5.3. APORTE ECONÓMICO09
 1.5.4. APORTE HUMANISTICO.....09
1.6. HIPOTESIS.....10
 1.6.1. HIPOTESIS CENTRAL.....10
1.7. UNIVERSO10
1.8. MUESTRA10
1.9. VARIABLES10
 1.9.1. DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL10
1.10. METODOLOGIA12
 1.10.1. MÉTODO.....12
 1.10.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN12
 1.10.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN12
 1.10.4. FUENTES DE INFORMACIÓN.....12
1.11. TÉCNICAS DE RECOJO DE DATOS13
1.12. RECURSOS.....14
 1.12.1. EQUIPO14
 1.12.2. MATERIAL14
 1.12.3. RECURSOS HUMANOS14

**CAPITULO II
ASPECTOS TEORICO**

2. MARCO TEÓRICO..... 16
2.1. EL AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN.....16
 2.1.1. CONCEPTO16
 2.1.2. DENOMINACIONES17
 2.1.6.1. EN LA LEGISLACION EXTRANJERA17
 2.1.6.2. EN LA LEGISLACION NACIONAL17
 2.1.3. IMPORTANCIA18
 2.1.4. PRESUPUESTOS PROCESALES20
 2.1.6.3. QUE EL HECHO DENUNCIADO CONSTITUYA DELITO20
 2.1.6.4. QUE SE HAYA INDIVIDUALIZADO AL PRESUNTO AUTOR.....22
 2.1.6.5. QUE LA ACCIÓN PENAL NO HAYA PRESCRITO23
 2.1.5. CONTENIDO DEL AUTO23
 2.1.6. EFECTOS DEL AUTO APERTORIO.....28
3. MEDIDAS COERCITIVAS 28
3.1. INTRODUCCION28
3.2. REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD29
3.3. DIFERENCIAS ENTRE COERCION PROCESAL Y COERCION MATERIAL31
3.4. LAS MEDIDAS DE COERCION EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991 Y DE 199532
3.5. A MANERA DE DEFINICIÓN.....34
3.6. CLASES DE MEDIDAS COERCITIVAS35
 3.6.1. MEDIDAS COERCITIVAS DE NATURALEZA PERSONAL.....36
 3.6.2. MEDIDAS COERCITIVAS DE NATURALEZA REAL.....37
3.7. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES37
3.8. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN.....37
 3.8.1. PRINCIPIO DE NECESIDAD.....38
 3.8.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD40

3.8.3.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	41
3.8.4.	PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD.....	42
3.8.5.	PRINCIPIO DE PRUEBA SUFICIENTE.....	42
3.8.6.	PRINCIPIO DE MOTIVACION.....	43
3.9.	COERCION PERSONAL.....	44
3.9.1.	MODELOS DE COERCIÓN PERSONAL.....	44
3.9.1.1.	EL MODELO GARANTISTA.....	44
3.9.1.2.	EL MODELO EFICIENTISTA.....	45
3.9.1.3.	EL MODELO PREVENTIVISTA RADICAL.....	46
3.10.	EL SIGNIFICADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL – IMPORTANCIA.....	48
4.	EL MANDATO DE DETENCIÓN.....	50
4.1.	A MANERA DE DEFINICIÓN.....	50
4.2.	NATURALEZA JURIDICA. POLEMICA: ¿MEDIDA COERCITIVA O MEDIDA CAUTELAR?.....	53
4.3.	EVOLUCION HISTORICA JURIDICA A NIVEL NACIONAL.....	53
4.4.	PERCEPCION A NIVEL INTERNACIONAL ANTIGUA Y ACTUAL. DOCTRINA EXTRANJERA.....	57
4.4.1.	ESPAÑA.....	57
4.4.2.	ARGENTINA.....	59
4.4.3.	SUIZA Y ALEMANIA.....	61
4.5.	MANDATO DE DETENCION Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	62
4.6.	RELACION DEL MANDATO DE DETENCION CON LOS DERECHOS HUMANOS. TRATADOS INTERNACIONALES Y ORGANIZACIONES MUNDIALES.....	63
A.	CONVENCION EUROPEA.....	63
B.	ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS.....	63
C.	ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.....	70
4.7.	REQUISITOS PARA DICTAR MANDATO DE DETENCIÓN.....	72
4.7.1.	PRESUPUESTOS MATERIALES DEL MANDATO DE DETENCIÓN.....	72
4.7.1.1.	SUFICIENCIA PROBATORIA: ELEMENTO PASADO.....	72
4.7.1.2.	PROGNOSIS DE PENA MAYOR A UN AÑO. ELEMENTO PRESENTE.....	75
4.7.1.3.	REQUISITO DE PELIGRO PROCESAL: ELEMENTO FUTURO.....	76
4.7.1.4.	CONCURRENCIA DE LOS TRES PRESUPUESTOS MATERIALES DEL ARTÍCULO 135 DEL CODIGO PROCESAL PENAL.....	78
4.7.2.	REQUISITOS FORMALES DEL MANDATO DE DETENCION.....	82
4.7.2.1.	JUDICIALIDAD.....	82
4.7.2.2.	MOTIVACIÓN.....	82
4.7.2.3.	IDENTIFICACIÓN.....	83
4.8.	RECURSOS CONTRA EL MANDATO DE DETENCIÓN.....	84
4.8.1.	DEL RECURSO DE QUEJA CONTRA EL MANDATO DE DETENCIÓN.....	84
4.8.2.	RECURSO DE APELACION CONTRA EL MANDATO DE DETENCIÓN.....	88
4.9.	PELIGRO PROCESAL.....	89
4.9.1.	EVOLUCIÓN CONCEPTUAL JURIDICA.....	89
4.9.2.	MOTIVACIÓN ACTUAL DEL PELIGRO PROCESAL A NIVEL NACIONAL - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	94
4.9.3.	PROBLEMÁTICA DEL PELIGRO PROCESAL.....	102
4.9.4.	SOBRE LA MOTIVACION O FUNDAMENTACION.....	104
4.9.4.1.	BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES.....	104
4.9.4.2.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DE LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES.....	107
4.9.4.3.	OBLIGACIÓN DE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN LLAMADA AUTO.....	108
4.9.4.4.	A MANERA DE DEFINICION.....	109
4.9.5.	MANDATO NACIONAL DE OBLIGACIÓN DE MOTIVAR. CONSTITUCIONAL, LOPJ, OTROS: LEY 28490, 121 Y 50 INC. 5 CPC.....	113
4.9.6.	IMPORTANCIA DE LA MOTIVACION.....	118
4.9.7.	CLASES DE MOTIVACIÓN SEGÚN ANDRES IBAÑEZ.....	120
4.9.7.1.	MOTIVACION IMPLICITA.....	120
4.9.7.2.	MOTIVACION POR REMISION O POR RELATIONEM.....	120
4.9.8.	MOTIVACION APARENTE.....	121
4.9.9.	CLASES DE MOTIVACION SEGÚN OLSEN GHIRARDI.....	122
4.9.9.1.	ERRORES EN COGITANDO.....	122
4.9.9.2.	FALTA DE MOTIVACION, AUSENCIA. CONSECUENCIA INVALIDEZ.....	122
4.9.9.3.	MOTIVACION DEFECTUOSA.....	123
4.9.9.3.1.	APARENTE MOTIVACIÓN.....	123
4.9.9.3.2.	INSUFICIENTE MOTIVACIÓN.....	124
4.9.10.	EL CONTROL DE LOGICIDAD Y LOS DEFECTOS EN LA MOTIVACIÓN.....	125
4.9.11.	PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA MOTIVACION.....	126
5.	DETENCIÓN JUDICIAL.....	129
5.1.	DEFINICIÓN.....	129
5.2.	CARACTERISTICAS PRINCIPALES.....	129
5.3.	PRESUPUESTOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.....	131
5.3.1.	PRUEBA SUFICIENTE DE LA COMISIÓN DE UN DELITO, QUE VINCULEN AL IMPUTADO COMO AUTOR O PARTICIPE DEL MISMO.....	132

5.3.2.	PROGNOSIS DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO O QUE EXISTAN ELEMENTOS PROBATORIOS SOBRE LA HABITUALIDAD DEL AGENTE AL DELITO	132
5.4.	QUE EXISTAN SUFICIENTES ELEMENTOS PROBATORIOS PARA CONCLUIR QUE EL IMPUTADO INTENTA ELUDIR LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA O PERTURBAR LA ACCIÓN PROBATORIA. NO CONSTITUYE CRITERIO SUFICIENTE PARA ESTABLECER LA INTENCIÓN DE ELUDIR A LA JUSTICIA, LA PENA PREVISTA EN LA LEY PARA EL DELITO QUE SE LE IMPUTA	133

CAPITULO III
ANALISIS ESTADISTICO DE LOS DATOS OBTENIDOS DE LOS AUTOS DE
APERTURA DE INSTRUCCIÓN DEL PRIMER, TERCER Y SEXTO JUZGADO
PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS 2008.....	136
A. PERTURBACIÓN PROBATORIA	136
1. BRINDO OTRO NOMBRE	136
2. POSEIA DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN	137
3. POSEE DOMICILIO FIJO	138
B. COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA.....	139
1. RECUERDA LOS HECHOS.....	139
2. EXPLICA LA SINDICACIÓN.....	140
3. INTENTO FUGAR AL SER INTERVENIDO.....	141
C. SOBRE EL AUTO	142
1. SUFICIENTES ELEMENTOS DE JUICIO	142
2. FORMA O CIRCUNSTANCIA DE COMISIÓN DEL DELITO	143
3. PLURALIDAD DE AGENTES	144
4. UTILIZACIÓN DE ARMA	145
5. RELACIONA EL CUMPLIMIENTO DE LOS OTROS DOS REQUISITOS PARA FUNDAMENTAR EL PELIGRO PROCESAL	146
D. SOBRE EL SUJETO INVESTITADO.....	147
1. SE LE HALLO INFRAGANTI O ES RECONOCIDO	147
2. ES CONSIDERADO REINCIDENTE.....	148
3. ES CONSIDERADO COMO HABITUAL	149
4. CUENTA CON TRABAJO U OFICIO CONOCIDO	150
5. AFIRMA HABER PARTICIPADO	151
E. EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN FUE DICTADO POR EL.....	152
F. DELITO CONTRA EL PATRIMONIO EN LA MODALIDAD DE.....	153
G. AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN DEL AÑO 2008 DEL MES DE.....	154
INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS 2009.....	155
A. PERTURBACIÓN PROBATORIA	155
1. BRINDO OTRO NOMBRE	155
2. POSEIA DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN	156
3. POSEE DOMICILIO FIJO	157
B. COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA.....	158
1. RECUERDA LOS HECHOS.....	158
2. EXPLICA LA SINDICACIÓN.....	159
3. INTENTO FUGAR AL SER INTERVENIDO.....	160
C. SOBRE EL AUTO	161
1. SUFICIENTES ELEMENTOS DE JUICIO	161
2. FORMA O CIRCUNSTANCIA DE COMISIÓN DEL DELITO	162
3. PLURALIDAD DE AGENTES	163
4. UTILIZACIÓN DE ARMA	164
5. RELACIONA EL CUMPLIMIENTO DE LOS OTROS DOS REQUISITOS PARA FUNDAMENTAR EL PELIGRO PROCESAL	165
D. SOBRE EL SUJETO INVESTITADO.....	166
1. SE LE HALLÓ INFRAGANTI O ES RECONOCIDO	166
2. ES CONSIDERADO REINCIDENTE.....	167
3. ES CONSIDERADO COMO HABITUAL	168
4. CUENTA CON TRABAJO U OFICIO CONOCIDO	169
5. AFIRMA HABER PARTICIPADO	170
E. EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN FUE DICTADO POR EL.....	171
F. DELITO CONTRA EL PATRIMONIO EN LA MODALIDAD DE.....	172
G. AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN DEL AÑO 2009 DEL MES DE.....	173
CONCLUSIONES	174
TEÓRICAS	174
PRACTICAS.....	174
RECOMENDACIONES	177

**CAPITULO IV
ANEXOS**

I.	SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADOS AL PELIGRO PROCESAL	179
II.	SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADOS A LA MOTIVACION...	183
III.	SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELACIONADOS A LOS CRITERIOS PARA DICTAR LA DETENCION JUDICIAL	199
BIBLIOGRAFIA		218
I.	DICCIONARIOS.....	218
II.	LIBROS	218
III.	REVISTAS	221
IV.	PAGINAS DE INTERNET	222