

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS
DE DERECHOS PREVIAMENTE A LA AUDIENCIA DE PRISIÓN
PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA**

TESIS

PRESENTADA POR:

ANA EDITH ARPASI ARPASI

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXVIII

PUNO – PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE
DERECHOS PREVIAMENTE A LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA
EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA”**

**TESIS PRESENTADA POR:
ANA EDITH ARPASI ARPASI**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**



APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

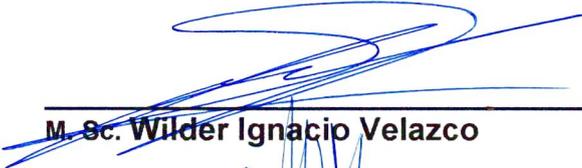
PRESIDENTE:


Dr. Walter Salvador Galvez Condori

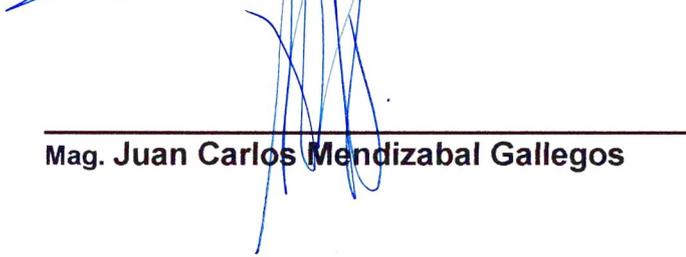
PRIMER MIEMBRO:


M. Sc. Roxana Zapata Coacalla

SEGUNDO MIEMBRO:


M. Sc. Wilder Ignacio Velazco

DIRECTOR / ASESOR:


Mag. Juan Carlos Mendizabal Gallegos

Área : Derecho Público
Línea : Derecho Procesal
Tema : Derecho Procesal Penal

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 19 DE OCTUBRE DE 2017

DEDICATORIA

Pequeño o grande, todo se lo dedico a ÉL, suspiro de mis mañanas, brillo de mis ojos, gozo en mi llanto, rey de mi casa, autor de mi historia, a Dios, que de tal manera me amó que dio a su Hijo unigénito – Jesús-, para que cuando crea en ÉL no me pierda sino tenga vida eterna.

Pequeño o grande, a mi familia diseñada con y por amor, “ángeles” en la tierra a quienes llamo: Papá, Mamá, Liz, Jaime y Damaris, que por muchas virtudes o defectos que tengan, lo importante es que por siempre son mi amada familia: en la carrera universitaria, en la graduación, en todo.

Pequeño o grande, a mis amigos que son mis hermanos, a quienes encontré al lugar a donde iba, diciéndome: esfuérzate y sé valiente.

Pequeño o grande, al mundo, como ÉL lo haría.

Ana Edith Arpasi Arpasi

AGRADECIMIENTO

A Dios.

A mi familia, por serlo y por su incondicional apoyo.

A mis amigos, por alentarme.

A la familia jurídica conformada por el personal administrativo, compañeros y docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional de Altiplano de Puno, que hicieron posible la entrega final de este trabajo.

A los estudiosos del Derecho, que son fuente de inspiración de estudio y trabajo.

Ana Edith Arpasi Arpasi

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	10
ABSTRACT	12
I. INTRODUCCIÓN	14
II. REVISIÓN DE LITERATURA.....	16
2.1. ANTECEDENTES.....	16
2.2. EL PROBLEMA EN CUESTIÓN.....	18
2.3. OBJETIVOS	19
2.4. HIPÓTESIS.....	19
2.5. GENERALIDADES DEL PROCESO PENAL.....	20
2.5.1. DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PENAL.....	20
2.5.2. DERECHO PROCESO PENAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL	22
2.5.3. EL PROCESO PENAL EN EL PERÚ.....	23
2.5.3.1. EL DEBIDO PROCESO.....	26
2.5.4. SUJETOS PROCESALES EN EL NUEVO PROCESO PENAL.....	30
2.5.4.1. POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ.....	30
2.5.4.2. JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.....	32
2.5.4.3. MINISTERIO PÚBLICO	34
2.5.4.4. IMPUTADO.....	36
2.6. EL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL	38
2.6.1. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	38
2.6.2. DERECHOS DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL	40
2.6.3. DERECHO DE LIBERTAD DEL IMPUTADO.....	43
2.6.4. DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO.....	46
2.6.5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL IMPUTADO.....	48
2.7. PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA .	52
2.7.1. FLAGRANCIA DELICTIVA.....	52
2.7.1.1. CONCEPTO	52
2.7.1.2. REQUISITOS.....	53
2.7.1.3. CLASIFICACIÓN.....	53
2.7.2. DETENCIÓN POR FLAGRANCIA	54
2.7.3. PRISIÓN PREVENTIVA.....	56
2.7.3.1. CONCEPTO	56
2.7.3.2. CASACIÓN NRO. 626-2013/MOQUEGUA.....	59
2.7.3.3. REQUISITOS.....	62
2.7.3.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	66

2.8. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA	67
2.8.1. CONCEPTO DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS	67
2.8.2. CONFIRMACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS	69
2.8.3. CLASIFICACIÓN	71
2.9. CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS.....	73
2.9.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	73
2.9.1.1. CONCEPTO	73
2.9.1.2. RESERVA DE LA LEY	75
2.9.2. CONTROL DE LEGALIDAD	78
2.9.2.1. LA NOCIÓN DE BIEN COMÚN COMO CONDICIÓN DE LEGITIMIDAD DE LA LEY.....	79
2.9.2.2. EL CRITERIO DE NECESIDAD: LA OPCIÓN QUE MENOS RESTRINJA EL DERECHO PROTEGIDO.....	79
2.9.2.3. LA PROPORCIONALIDAD COMO MEDIDA.....	80
2.10. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ	81
2.10.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	81
2.10.2 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	82
2.10.2.1. PARÁMETRO CONTROLADOR.....	83
2.10.2.2. OBJETO CONTROLADO	84
2.10.2.3. APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	86
2.10.3 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	90
2.10.3.1. ALCANCES GENERALES.....	90
2.10.3.2. EN EL PERÚ	94
2.10.4 CONTROL DE LEGALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	95
2.10.5 CLAROSCUROS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DE LOS JUECES NACIONALES.....	97
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	99
3.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	99
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	99
3.3. MÉTODOS.....	99
3.4. TÉCNICAS.....	99
3.5. INSTRUMENTOS	99
3.6. OTROS RECURSOS NECESARIOS.....	100
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	101
4.1. SITUACIÓN PLANTEADA.....	101

4.2. IMPORTANCIA DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS ACTUADAS EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA	102
4.2.1. ACTUACIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS	102
4.2.1.1. REQUISITOS DE LA ACTUACIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS	102
4.2.1.2. VIOLACIÓN POR OMISIÓN EN LA ACTUACIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS	112
4.2.2. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS QUE REQUIEREN CONFIRMACIÓN JUDICIAL	113
4.2.2.1. MEDIDA RESTRICTIVA: ASEGURAMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS	115
4.2.2.2. MEDIDA RESTRICTIVA: ASEGURAMIENTO E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS CONTABLES Y ADMINISTRATIVOS.....	116
4.2.2.3. MEDIDA RESTRICTIVA: INCAUTACIÓN	116
4.2.2.4. MEDIDA RESTRICTIVA: INTERVENCIÓN CORPORAL	119
4.2.2.5. MEDIDA RESTRICTIVA: ALLANAMIENTO.....	121
4.2.2.6. MEDIDA RESTRICTIVA: CLAUSURA, VIGILANCIA DE LOCALES E INMOVILIZACIÓN DE BIENES MUEBLES.....	122
4.2.3. CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHO.....	123
4.2.3.1. APROXIMACIÓN.....	123
4.2.3.2. POR SI MISMO.....	127
4.2.3.3. LA CONFIRMACIÓN JUDICIAL COMO UN MECANISMO DEL CONTROL DE LEGALIDAD	129
4.2.4. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL	132
4.2.5. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	134
4.3. TRASCENDENCIA DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS EN UNA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA	138
4.3.1. REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CASO DE FLAGRANCIA	138
4.3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	139
4.4. TIEMPO EN QUE ES NECESARIO REALIZAR UN CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS EN CASO DE REQUERIRSE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA, EN EL MARCO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	142
4.4.1. EL MARCO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	142
4.4.2. EL PLAZO PARA LA CONFIRMACIÓN JUDICIAL.....	148
4.4.3. EN EL MARCO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	150
4.4.4. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	153

4.5. PROPUESTA DE LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS PREVIAMENTE A UNA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA	154
V. CONCLUSIONES	156
VI. RECOMENDACIONES	158
ANEXOS.....	165

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

C.P.: Código Penal

C.P.P.: Código Procesal Penal

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional Peruano

RESUMEN

Objetivo: Verificar la necesidad de un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad. **Materiales y métodos:** La presente investigación tiene un diseño cualitativo, y el tipo de investigación es descriptivo y propositivo, para lo cual el método es el de observación, así como el proceso del análisis de las unidades de estudio son la revisión, estudio, análisis de artículos relacionados al tema de la investigación los libros de la materia, de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Constitucional, y otros, de las sentencias, opiniones consultivas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. **Resultados:** En el marco del control de convencionalidad es necesario un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, pues, se tuvo como resultados que i) El control de legalidad al manifestarse a través de la confirmación judicial respecto a las medidas restrictivas de derechos, persigue dotar de judicialidad y estabilidad instrumental a dichas medidas, ii) Las medidas restrictivas de derechos como la incautación, el registro personal, el allanamiento, etc constituyen los fundados y graves elementos de convicción, requisito que conjuntamente con otros dan lugar a la prisión preventiva, iii) Es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia ello en el marco del control de convencionalidad, y iv) El control de legalidad puede ser realizado – de oficio- por el Juez de Investigación Preparatoria, previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un intervenido en flagrancia, aplicando el control de convencionalidad. Y el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos es un requisito de procedibilidad para el desarrollo de una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, para lo cual el fiscal deberá formular un requerimiento de confirmación judicial de las medidas que así lo requieran. **Conclusiones:** i) En caso de que una persona sea intervenida en flagrancia, procede su detención, en cuyo plazo el Fiscal, en busca de elementos de convicción que vinculen al imputado con el hecho punible, adopta medidas que restringen derechos fundamentales del detenido, las cuales después de haber sido actuadas requieren de la confirmación judicial, la cual es un mecanismo de un control de legalidad, pues, con ella se reviste de judicialidad, de estabilidad instrumental o de legalidad a las tales medidas, cumpliendo su función de garantizar eficazmente que en la actuación de las medidas no hubo injerencia arbitraria alguna y se efectuó conforme a la correspondiente normativa nacional e internacional, ii) En la audiencia de prisión preventiva llevada en contra de una persona detenida en flagrancia, se considera como fundados y graves elementos de convicción a aquellas medidas restrictivas de derechos (allanamiento, intervenciones corporales, exhibición e incautación de bienes, aseguramiento e incautación de documentos privados, clausura o vigilancia de locales e inmovilización de bienes muebles), que pese a requerir de confirmación judicial, no lo están, de forma tal que el Juez de Investigación Preparatoria crea una presunción de legalidad de la actuación de tales medidas restrictivas de

derechos que dieron a lugar a los elementos de convicción, los cuales juntamente a otros presupuestos, dan lugar a la prisión preventiva, y consigo a la futura restricción de uno de los derechos más preciados que es la libertad física del imputado. iii) En el CPP, en caso de solicitarse prisión preventiva en contra del detenido en flagrancia, no indica con precisión el momento en que deberá realizarse la confirmación judicial de la actuación de aquellas medidas restrictivas de derechos que así lo requieren, dándose así una omisión, pues no se vela la efectividad de las normas constitucionales e internacionales cuando estas exigen que se verifique la no vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, por la importancia de la confirmación judicial y por lo ordenado por la normativa nacional e internacional en cuanto a los derechos fundamentales, es decir, realizando un control de convencionalidad sobre la omisión y supuesto señalados, es necesario que se realice la confirmación judicial como un mecanismo de control de legalidad, de aquellas medidas restrictivas que así lo exijan; ello previamente al desarrollo de la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, y, iv) El Juez Investigación Preparatoria o Juez de garantías, realizando un control de convencionalidad, puede realizar – *de oficio*– el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente al desarrollo de la audiencia de prisión preventiva realizado en contra del intervenido en flagrancia. Asimismo, el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos debe constituir un requisito de procedibilidad para el desarrollo de una audiencia de prisión preventiva que se pidió en contra de un detenido en flagrancia, para lo cual el fiscal deberá formular un requerimiento de confirmación judicial de las medidas restrictivas de derechos que así lo requieran y el Juez, atendiendo a dicho requerimiento, debe evaluar su pedido antes de desarrollarse la audiencia de prisión preventiva.

Palabras Claves: Control, derechos, flagrancia, legalidad, prisión preventiva.

ABSTRACT

Objective: To verify the necessity of a legality control of the restrictive rights measures prior to the development of a preventive detention hearing carried out against a detainee in flagrante delicto, within the framework of conventionality control. **Materials and methods:** The present research has a qualitative design, and the type of research is descriptive and propositive, for which the method is that of observation, as well as the process of the analysis of the units of study are the review, study, analysis of articles related to the subject of the investigation the books of the matter, of Penal Right, Penal Procedural Right, Constitutional Right, and others, of the judgments, advisory opinions and of the Inter-American Court of Human rights and of the Constitutional Court. **Results:** Within the framework of the control of conventionality, it is necessary to control the legality of the restrictive measures of rights prior to the development of a preventive custody hearing held against a detainee in flagrante delicto, since, as a result, i) Control of legality when manifested through judicial confirmation regarding restrictive measures of rights, seeks to provide judicial and instrumental stability to such measures, ii) Restrictive measures of rights such as confiscation, personal search, search, etc. constitute the founded and serious elements of conviction, a requirement that together with others lead to preventive detention, iii) It is necessary to conduct a control of legality of the restrictive measures of rights prior to the pretrial detention hearing against a detainee in flagrante delicto this in the framework of conventionality control, and iv) The control of legality can be do - ex officio - by the Preliminary Investigation Judge, prior to the preventive detention hearing against a person intervened in flagrante delicto, applying the conventionality control. And the control of legality of the restrictive measures of rights is a requisite of procedivity for the development of a preventive detention hearing against a detainee in flagrante delicto, for which the prosecutor must formulate a judicial confirmation request of the measures that they require it. **Conclusions:** i) In the event that a person is intervened in flagrante delicto, his detention shall proceed, during which time the Prosecutor, in search of elements of conviction that link the accused with the punishable act, adopts measures that restrict the fundamental rights of the detainee, the which, after having been acted upon, require judicial confirmation, which is a mechanism of legality control, since, with it, judicial, instrumental stability or legality is taken into account in such measures, fulfilling its function of effectively guaranteeing that in the performance of the measures there was no arbitrary interference and was carried out in accordance with the relevant national and international regulations, ii) In the pretrial detention hearing held against a person arrested in flagrante delicto, it is considered as well-founded and serious elements of conviction to those restrictive measures of rights (acquiescence, bodily interventions, exhibition and seizure of welfare) s, insurance and seizure of private documents, closure or surveillance of premises and immobilization of movable property), which despite requiring judicial confirmation, are not, in such a way that the Preparatory Investigation Judge creates a presumption of legality of the action of such restrictive measures of rights that gave rise to the elements of conviction, which together with other budgets, give rise to preventive detention, and lead to the future restriction of one of the most prized rights that is the physical freedom of the accused . iii) In the CPP, in case of requesting preventive detention against the detainee in flagrante delicto, it does not indicate with precision the moment in

which the judicial confirmation of the action of those restrictive measures of rights that require it must be carried out, thus giving an omission, because the effectiveness of the constitutional and international norms is not verified when they demand that the non-violation of fundamental rights be verified. However, because of the importance of judicial confirmation and by what is ordered by national and international regulations regarding fundamental rights, that is, by carrying out a conventionality control on the omission and alleged cases, it is necessary that the judicial confirmation be made as a legality control mechanism, of those restrictive measures that demand it; before the development of the preventive custody hearing against a detainee in flagrante delicto, and iv) The Preparatory Investigation Judge or guarantee judge, carrying out a conventionality control, can carry out, ex officio, the legality control of the measures restrictive of rights prior to the development of the pretrial detention hearing held against the person intervened in flagrante delicto. Likewise, the control of the legality of the restrictive measures of rights must constitute a procedural requirement for the development of a pretrial detention hearing that was requested against a detainee in flagrante delicto, for which the prosecutor must formulate a judicial confirmation request of the restrictive measures of rights that require it and the Judge, according to this requirement, must evaluate his request before the pretrial detention hearing takes place.

Keywords: Control, rights, flagrancy, legality, preventive detention.

I. INTRODUCCIÓN

La presente tesis titulada “Control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previa a la realización de una audiencia de prisión preventiva”, nace a raíz de un problema que dentro de la realidad procesal penal peruana no ha sido identificado como tal o quizá no fue difundido de forma clara y extensa hasta el momento; para entenderlo es necesario situarse en el siguiente cuadro: Una persona es intervenida en flagrancia delictiva, por lo que es detenida por un plazo no mayor de 48 horas, periodo donde el Fiscal en búsqueda de elementos que permitan esclarecer los hechos adopta diversas medidas restrictivas de derechos, y una vez culminado el periodo de detención, el Fiscal decidirá si ordena la libertad del imputado o si solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa; en caso de solicitar la prisión preventiva, dentro de las 48 horas se lleva la audiencia, donde en su desarrollo se discute la concurrencia copulativa de los requisitos de esta medida cautelar, la primera son los fundados y graves elementos de convicción que permiten estimar razonablemente la comisión del delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, elementos que son producto de la actuación de las medidas restrictivas de derechos.

Ahora bien, toda medida que restrinja derechos debe tener conocimiento y aprobación del juez; y en casos de flagrancia delictiva esa aprobación será posterior a la actuación de las medidas a través de la ‘confirmación judicial’, figura que la reviste de juridicidad y estabilidad instrumental. Sin embargo, en el supuesto antes planteado, no se solicita la confirmación judicial de las medidas restrictivas de derechos sino hasta un tiempo después de haberse otorgado la prisión preventiva, donde los elementos de convicción fueron dichas medidas restrictivas.

Ante ello cabe hacerse la interrogante si dentro del marco del control de convencionalidad, es necesario un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, para responder necesario conocer cuál es la importancia del control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos, identificar la trascendencia de las medidas restrictivas de derechos en una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, determinar por qué y cuándo es necesario realizar un control de legalidad de tales medidas restrictivas de derechos, en el marco del control de convencionalidad, y proponer la realización de ese control de legalidad; pues finalmente se desea verificar que, en el marco del control de convencionalidad, es necesario realizar el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia.

Para cumplir con ese propósito, la tesis en cada una de sus arterias tendrá un estudio que implica y se interrelaciona con el control de legalidad en un marco procesal, el control de convencionalidad, las medidas restrictivas de derechos, la prisión preventiva y la detención en flagrancia, pues estos temas conforman la médula de lo que finalmente se pretende verificar, y está organizado en capítulos, donde se estudiará sobre las generalidades del proceso penal, el imputado en el proceso penal, prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, medidas restrictivas de derechos del detenido en flagrancia, control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos y control de convencionalidad en el Perú.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES

Se ha revisado diversas fuentes bibliográficas donde se encontraron antecedentes que se relacionan directa o indirectamente con la presente investigación, y son las siguientes:

- Artículo jurídico presentado por Giammpol Taboada Pilco (2014), con el título: “OBLIGACIÓN DE CONTROLAR LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN Y DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS EN LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA”; cuyos planteamientos fueron: Que se evidencia de la práctica poco feliz que existe una presentación tardía del requerimiento de confirmación de las medidas restrictivas de derechos practicados por la Policía ante supuestos de urgencia o peligro en la demora, en aquellos casos en que previamente se resolvió en audiencia pública de prisión preventiva de un imputado detenido preliminarmente en flagrancia; y que esta inversión en el orden temporal de ambos actos procesales, está generando que las actas policiales de constatación de la forma en que se ejecutó una medida restrictiva de derechos sean ingresadas como elementos de convicción del requerimiento de prisión preventiva en forma irregular.
- Artículo de investigación elaborado por María Carmelina Londoño Lázaro (2010), con el título “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, cuyos objetivos centrales

fueron, en primer lugar, ilustrar el alcance que la jurisprudencia de la Corte IDH ha dado al principio de legalidad y al ejercicio de este control por parte de los jueces, particularmente, en algunos casos de restricción a derechos fundamentales; y, en segundo lugar, demostrar que el reciente concepto de “control de convencionalidad” desarrollado por la Corte IDH, se desprende justamente de la trascendencia que ésta misma ha dado a la noción de control de legalidad en el marco de las nuevas exigencias del derecho internacional de los derechos humanos. Lo cual le permitió arribar a tres conclusiones fundamentales: En primer lugar, que el control de legalidad de las restricciones a derechos fundamentales que surge del principio general de legalidad, exige en la tarea judicial una valoración sobre el grado de adecuación de la conducta de las autoridades públicas con “el derecho”, entendiendo que “derecho” no es sólo el orden jurídico nacional, sino también el internacional en cuanto complementa la garantía y protección a los derechos fundamentales de los individuos, independientemente del modelo particular de recepción del derecho internacional en el ámbito interno; en segundo lugar, que el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es una fórmula que se deriva del principio de legalidad, por cuanto apunta a determinar la legalidad o adecuación a derecho de una actuación del Estado en el marco jurídico de la CADH, cuyo ejercicio corresponde primeramente a los jueces internos, dado un conjunto de condiciones esenciales para su operatividad; y finalmente, que la legalidad y convencionalidad en la jurisprudencia interamericana, se puede deducir que la perspectiva asumida por el tribunal regional supera el modelo de validez

formal de los actos jurídicos, y se les valora como "jurídicos" porque son justos, ajustados a derecho o legítimos.

- Trabajo de Investigación para obtener grado y título de Licenciada en Derecho, presentado por la egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Natalia Torres Zuñiga (2012), con el título “EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PERUANO Y EL JUEZ INTERAMERICANO”, cuyos planteamientos básicamente fueron: Que el control de convencionalidad es como una técnica de control normativo, ha sido definido por la Corte IDH, como un ejercicio de contraste directo entre la CADH -llámese parámetro controlador- y las normas u omisiones del derecho interno, también las interpretaciones que realizan los órganos aplicadores—entiéndase objeto controlado-; y este último, es decir, el objeto de control está compuesto, entre otras, por las omisiones legislativas; pues, el control de convencionalidad se practica respecto de los vacíos y omisiones legislativas también.

2.2. EL PROBLEMA EN CUESTIÓN

¿Es necesario un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad?

2.3. OBJETIVOS

2.3.3. OBJETIVO GENERAL

Verificar la necesidad de un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad.

2.3.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Conocer la importancia del control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos.
- Identificar la trascendencia de las medidas restrictivas de derechos en una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia.
- Determinar cuándo es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos en una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad.
- Proponer la realización del control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia.

2.4. HIPÓTESIS

2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

En el marco del control de convencionalidad es necesario un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia.

2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- El control de legalidad al manifestarse a través de la confirmación judicial respecto a las medidas restrictivas de derechos, persigue dotar de judicialidad y estabilidad instrumental a dichas medidas.
- Las medidas restrictivas de derechos como la incautación, el registro personal, el allanamiento, etc constituyen los fundados y graves elementos de convicción, requisito que conjuntamente con otros dan lugar a la prisión preventiva.
- Es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia ello en el marco del control de convencionalidad.
- El control de legalidad puede ser realizado – de oficio- por el Juez de Investigación Preparatoria, previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un intervenido en flagrancia, aplicando el control de convencionalidad. Y el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos es un requisito de procedibilidad para el desarrollo de una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, para lo cual el fiscal deberá formular un requerimiento de confirmación judicial de las medidas que así lo requieran.

2.5. GENERALIDADES DEL PROCESO PENAL

2.5.1. DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PENAL

El derecho penal es una rama del derecho público, que en función a la potestad punitiva otorgada por el Estado, regula las conductas típicas, antijurídicas y culpables que al ser cometidas reciben como respuesta una sanción penal; en

ese sentido, conforme lo señala Von Liszt, el derecho penal "es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia" (como se cita en Garcías Planas).

Sin embargo, con el objetivo de que se frene la omnipotencia del Estado, es que "una de las características del Estado Liberal fue la elaboración de políticas dirigidas a limitar los canales de intervención del Control Penal en el desarrollo de las relaciones sociales" (Prado, 2009, p. 253); de igual forma en el Perú, un Estado de Derecho, la potestad punitiva se encuentra sujeto a límites en reconocimiento a los derechos humanos, por ello se coincide con Moreno Hernández quien expresa que "el ejercicio del poder penal que corresponde al legislador tiene que observar ciertos principios fundamentales, porque estos cumplen la función de limitar el poder y garantizar derechos humanos frente a su ejercicio" (p. 328), pero también manifiesta que por razón de esos principios al legislador compete la función de crear los tipos penales y las punibilidades, para de ese modo establecer las bases legales para otras manifestaciones del poder, como es la de investigar y perseguir el delito, someter a proceso e imponer una pena a la persona que ha cometido el delito.

En ese sentido, el instrumento para aplicar el derecho penal es el proceso penal, el cual está conformado por una serie de procedimientos diseñados para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos, principios y garantías en medio de la investigación penal que se efectúe en contra de una persona, desde los primeros actos de investigación.

2.5.2. DERECHO PROCESO PENAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución del Estado es norma suprema y fuente primaria y rectora de toda la legislación peruana, en la cual también deben ajustarse todas las normas procesales penales, y como lo señala Claria Olmedo (2008):

En materia procesal penal la Constitución sienta principios básicos para la garantía de la libertad individual que a su vez aseguran la justicia penal. Esa garantía debe ser reglamentada por las leyes procesales pero sin alterarla (...). Tampoco debe alterarla la realización de la justicia, lo que aún no se consigue plenamente en los primeros momentos de la investigación (p. 60).

En ese sentido, el derecho procesal penal y por ende, en el caso peruano, todo en lo que engloba lo regulado por el Código Procesal Penal (en adelante CPP) también pretende descansar sobre los fundamentos de la Constitución. El autor Vazquez Rossi (2008) expresa que todo Estado se organiza en torno a una serie de principios que ordenan el ejercicio de la autoridad pública, su ámbito de desenvolvimiento y las relaciones entre el poder y los individuos. Lo que implica situaciones fácticas derivadas de la evolución histórica, contenidos ideológicos y valorativos y formulaciones normativas. Roxin (2000) en su obra Derecho Procesal Penal caracterizó al “Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado”. Por su parte, Zaffaroni señala que las garantías constitucionales, los derechos fundamentales, las libertades públicas, las cláusulas constitucionales de la organización del poder y, la finalidad principal del Estado que es la protección efectiva de los derechos de la persona humana,

encuentran en el derecho procesal penal uno de los campos más fructíferos de realización o aplicación (como se cita en Tena de Rosa, 2008).

Entonces el proceso penal guarda estrecha relación con la efectividad de la protección de los derechos humanos que importa parte fundamental de la Constitución. No podía ser de otra forma, pues el derecho constitucional entre otras cosas, busca limitar el poder del Estado y defender a la persona de alguna violación o restricción arbitraria de sus derechos en búsqueda de la verdad procesal; y respecto al *ius puniendi* del Estado que ejerce sobre personas, el derecho procesal penal será un indicador del cumplimiento de los ideales del derecho constitucional.

Además, como bien señala Tena De Rosa (2008), el constitucionalismo global apunta hacia la inversión de la imagen tradicional del *Estado-fin* como entidad totalizadora (el ser humano es para el Estado), hacia un *Estado-medio* que asegure la protección del ser humano, tomándolo no sólo como entidad individual, sino, también, como un miembro de la sociedad y de la especie humana (el Estado es para el ser humano).

2.5.3. EL PROCESO PENAL EN EL PERÚ

El proceso penal peruano se encuentra regulado en el CPP, Decreto Legislativo Nro. 957, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2004, que progresivamente ha entrado en vigencia en los diferentes distritos judiciales del Perú; por medio del mismo, el proceso penal peruano da un giro y cambia, por ejemplo, los roles de los jueces, fiscales, policías y abogados se encuentran

claramente definidos, por otro lado se garantiza los derechos de las partes procesales, pues, tiene un nuevo sistema acusatorio con rasgos adversariales a diferencia del Código de Procedimientos Penales que tenía una inclinación inquisitiva.

A través del referido Código se pretende también velar por el respeto a la Constitución, a los principios generales del Derecho, y a uno de los principios fundamentales que es el debido proceso conceptuado como “un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales” (Landa, 2012), y también se cuenta con la siguiente definición:

[...] [E]l debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos individuales a través de un procedimiento legal en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal [...]” (Landa, 2012)

Al respecto, el autor Amoretti Pachas (2007), señala que el debido proceso en su aplicación, se puede resumir en los siguientes puntos aplicables:

- Que el proceso sea con apego a las reglas del contradictorio y desprecio de ritualismo estériles;

- Que el juez no se desentienda de la verdad objetiva de los hechos;
- Que la decisión final sea dictada en tiempo útil y razonable;
- Que resulte “subjetiva y objetivamente justa”,
- El tratamiento de presunto inocente al procesado;
- No soslayar ningún norma procedimental, y
- La imparcialidad del juez.

Es de tener en cuenta que la doctrina también ha señalado que hablar del debido proceso implica hablar de aquellas garantías procesales, algunas de las cuales reconocidas por la Constitución, por otras normas o aun no expresamente previstas- que buscan el eficaz ejercicio de los derechos fundamentales, además de proteger cualquier acto arbitrario de cualquier autoridad, funcionario o persona particular. También se cuenta con el siguiente concepto del debido proceso:

Un conjunto de principios y reglas de procedimiento preestablecidos en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, la Constitución Política, la ley o el Reglamento, que la autoridad competente debe observar plenamente en la actuación legislativa judicial o administrativa, a fin de garantizar eficazmente con justicia los derechos de la persona humana, reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional de los derechos humanos con efectos jurídicos vinculantes. (Amoretti, 2007)

Entonces, no solo debe buscarse el cumplimiento del debido proceso en la dimensión judicial o procesal sino también en otras dimensiones o

procedimientos como lo es en una investigación penal conformada por procedimientos desde las primeras diligencias.

2.5.3.1. EL DEBIDO PROCESO

En el Perú, el debido proceso como tal se encuentra regulado en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución. Landa Arroyo (2012) señala que, la constitucionalización del debido proceso, por el *due process*, se descompone en el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales; y en el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. Al respecto, se coincide con Amoretti Pachas (2009, p. 36) al señalar que de nada valen los derechos estipulados en la Constitución Política del Estado sino se precisan garantías que permitan su reconocimiento cuando son vulnerados por el Estado o particulares, y es precisamente el debido proceso como derecho fundamental para proteger a los individuos de los abusos del poder estatal que bien podrían empezar desde la investigación preliminar contraviniendo a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Es por ello que se cuenta con el principio de legalidad penal y procesal, a fin de evitar la arbitrariedad por parte de los funcionarios públicos o particulares, o solamente mediante el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva se podrá hacer valer realmente estos principios (Amoretti, 2009).

Además, tiene razón el autor al expresar que en un Estado Democrático de Derecho, los jueces deben respetar el debido proceso en cuanto a la libertad y solo podrán restringir en los casos expresamente señalados por la ley bajo un

debido sustento fáctico y jurídico, que los procesos judiciales están sometidos a los principios y derechos de la función jurisdiccional señalados en la Constitución, en las normas sustantivas y procesales que determinan que el juez debe ser el garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos (Amoretti, 2009, p. 37). Es en ese contexto que se extiende un debido proceso, donde el juez deberá actuar otorgando seguridad jurídica a los justiciables en aras de la tutela de la libertad y la dignidad humana.

También la Constitución provee los principios– directivas fundamentales- en base a los cuales se debe construir un proceso penal; Alvarado Velloso, entiende que los principios son ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas, tienen repercusión teórica y práctica, no necesariamente tienen naturaleza normativa, y su estudio tiene importancia para la discusión de las soluciones *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso (como se cita en San Martín, 2006, p. 55).

De esa forma, en el Perú, el constitucionalismo “*se caracterizó por la acendrada defensa de las garantías del individuo frente al Estado y por una limitación de la esfera del poder de éste a través de divisiones funcionales y encuadrado dentro de esquemas o espacios legalmente predeterminados*” (Vazquez Rossi, s.f., p. 46).

En la doctrina se ha clasificado los principios del siguiente modo (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 33):

A) PRE-PROCESALES

Su finalidad es garantizar algún derecho o libertad fundamental:

- **Prohibición de tortura:** Se trata de evitar que en el curso de investigaciones policiales o judiciales se pretenda por esos medios – tratos inhumanos o degradantes- obtener confesiones de los imputados o testimonios de los testigos; es decir, sería obtenida vulnerando derecho fundamental, lo que la haría inadmisibles (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 34).
- **Garantías de la detención:** En donde si bien se permite la detención preventiva no judicial, lo es con requisitos y condiciones necesarias; y además implica otras garantías tales como: el derecho del detenido a ser informado inmediatamente, y del modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de la detención, el derecho a guardar silencio, no pudiendo ser obligado a declarar, el derecho a la asistencia de abogado y cuando la detención no es judicial se permite, de ser el caso, el «habeas corpus» (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 34).
- **Prohibición de la entrada y registro domiciliario no judiciales:** Relacionado con la inviolabilidad del domicilio, prohíbe la entrada y registro no judiciales, teniendo excepciones tales como la flagrancia delictiva, o en otros casos, si el afecto otorga permiso (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 34).
- **Prohibición de la intervención de las comunicaciones:** Este caso solo procede con permiso del juez (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 35).

B) PROCESALES

En este caso contienen garantías del imputado-acusado en el proceso:

- **Garantías procesales:** Se refiere a un conjunto de derechos que conforman la actitud del imputado-acusado en el proceso, por ejemplo, que tiene la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano jurisdiccional, pero *no tiene obligación de declarar* ni en el procedimiento preliminar ni en el juicio oral (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 35).
- **Presunción de inocencia** Primero: la existencia de la regla de que todo imputado-acusado es inocente mientras no se declare lo contrario en sentencia condenatoria, lo que impone que a lo largo del proceso debe ser considerado y tratado como tal inocente (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 36)
- **Garantías procedimentales:** Respecto de la forma de los actos procesales, entre ellas se encuentra las de: *La oralidad del procedimiento, la publicidad, la garantía «a ser juzgado sin dilaciones indebidas»* (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 38)

En ese contexto, en el proceso penal deberán actuarse diligencias de prevención, es decir, una vez descubierto el hecho criminal, tales como: dar protección a los ofendidos y perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, consignar las pruebas del mismo que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, y detener en su caso a los sospechosos (Montero, Gomez, Montón & Barona, 2001, p. 127).

Pues, como bien se ha dado a entender, el proceso penal es la intervención punitiva más efectiva, donde existe una serie de fases en conformidad a las normas procesales vigentes de observancia obligatoria tanto para los jueces como para los otros sujetos procesales a efectos de garantizar el debido proceso (Amoretti, 2009, p. 37). Dentro de este proceso penal, donde se ve una constante actividad jurisdiccional no se agota en el aseguramiento de la legalidad penal, sino que trasciende a la observancia de los denominados “principios inherentes a la mejor y la más correcta administración de justicia” (Amoretti, 2009, p. 37), para lograr lo que se denomina debido proceso.

2.5.4. SUJETOS PROCESALES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

2.5.4.1. POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Con el actual modelo proceso penal, a la Policía Nacional del Perú también se le ha atribuido especiales funciones que básicamente es apoyar al Ministerio Público en la investigación del delito, pues este último tiene la dirección de la misma y es el titular de la acción penal; es por ello que se ha establecido que “*el Fiscal puede requerir el apoyo e intervención de la policía, la cual, en lo estrictamente funcional está obligada a obedecer sus órdenes*” (Exp. Nro. 005-2001-AI/TC, 15 de noviembre de 2001).

De esa forma la policía interviene por dirección del Fiscal, principalmente en la investigación preliminar, aplicando actos que el CPP permite, exigiéndose que el policía “debe proteger a las personas contra actos ilegales; usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario, y en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones; mantener en reserva las cuestiones de carácter confidencial que

en el ejercicio de sus funciones tenga conocimiento, a menos que el cumplimiento del deber o necesidades de la justicia exijan lo contrario; no cometer ni tolerar ningún acto de corrupción; e, impedir la violación del Código de conducta informando obligatoriamente a sus superiores (art. 12° del Reglamento Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú)”

Alex Carocca Pérez (2005) expresa que una de las funciones de la policía consiste en “llevar a cabo las diligencias de investigación que les ordenen los fiscales: tarea esencial, irremplazable de la policía, es el desarrollo de las actividades de investigación necesarias para establecer la existencia de un hecho delictual y descubrir a sus autores, cómplices o encubridores” (p. 103), ello con la finalidad de que el Fiscal pueda tomar apreciación de los hechos en base a los elementos recabados de acuerdo a las circunstancias pero en ningún caso violando o restringiendo arbitrariamente los derechos del imputado u otras partes. El artículo 67 del CPP estipula que:

“Artículo 67°.- Función de investigación de la Policía

1.- La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujetas a ejercicio privado de la acción penal.

2.- Los policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria”

Asimismo en el CPP, se establece que la comunicación entre los fiscales y policías deberá realizarse por los medios y en la forma más expedita posible sea para comunicación de resultados o coordinaciones para lograr su cometido; Raul Tavolari Oliveros (2005), expresa que:

Las experiencias comparadas confieren a la policía misiones consistentes con lo expuesto para el Ministerio Público: la necesidad de generar una fuerte alianza estratégica con la comunidad local para la denuncia y prueba de los delitos, en la identificación de prioridades, y en el diseño y ejecución de estrategias de prevención poderosamente apoyadas, cuando es el caso, por el poder penal y policial; la necesidad de focalizar las estrategias localmente y de generar rendición de cuentas por resultados mensurables ante la comunidad (p. 63).

2.5.4.2. JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Dentro de modelo procesal peruano, el juez de investigación preparatoria tiene ya un papel definido, cuya actuación se encuentra regulado en el CPP; una de las características que tiene es que el Juez de Investigación Preparatoria es llamado también como el Juez de las Garantías. El autor Carocca Pérez (2005), señala que:

Son aquellos tribunales compuestos por uno o más jueces de garantía, quienes actúan y resuelven unipersonalmente las cuestiones que le son sometidas durante la fase de investigación de un proceso penal, particularmente las referidas a la cautela de los derechos y garantías de las personas y la preparación del juicio oral, y que conocen y fallan de los procedimientos abreviados, simplificados y monitorios (p. 42).

De ese modo, este tribunal es un órgano jurisdiccional encargado de controlar que las actividades de investigación se lleven a cabo por los órganos correspondientes, especialmente fiscales y policías, sin afectar en forma indebida los derechos de las personas (Carocca, 2005, p. 42).

De ahí que se tiene que muchas veces deberá resolver reclamaciones, otorgar previas autorizaciones o confirmar actuaciones de parte del fiscal en su investigación. En ese mismo sentido, el autor Alex Carocca Perez (2005, p. 43) también señala que al juez de investigación preparatoria le corresponde decidir sobre la legalidad de las medidas adoptadas por el fiscal correspondiente en algunas de ellas y en otras es quien derechamente debe decidir la aplicación de tales soluciones legislativas.

Cabe señalar que en el nuevo sistema de justicia penal de Chile, una de las atribuciones más importantes de los juzgados de garantías, es la de *asegurar los derechos del imputado y los demás intervinientes en el proceso penal*, pues:

Uno de los objetivos esenciales de la nueva justicia penal, es el de obtener procesos penales respetuosos de los derechos de las personas, lo que ha permitido que en medida importante el juicio penal haya pasado de ser considerado un medio de ejercicio del poder punitivo del Estado, a ser entendido como un sistema de garantías de las personas, cuyo respeto legitima la aplicación de una sanción penal” (Carocca, 2005, p. 43)

Por ello también que en la doctrina se le ha catalogado como el gran contralor de la actividad de persecución penal estatal. En resumen, “el juez de control de garantías, nació como un elemento esencial del nuevo sistema penal con tendencia acusatoria, destinado por esencia, para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos que intervienen en el desarrollo del proceso desde su etapa preliminar” (Trujillo, 2014, p. 13).

2.5.4.3. MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Fiscal es una corporación de funcionarios públicos instituida y legalmente organizada para la defensa de determinados intereses de la colectividad que deben ser o están sometidos a la decisión de los jueces. Es un ente público que se manifiesta a través de sus integrantes, atento a la intervención que asumen en los procesos. Cada funcionario representa a la corporación en su integridad, la que es manifestación pública del Estado.

Según el derecho procesal penal alemán es una autoridad estatal con facultades soberanas a la cual le corresponde la tarea de conducir las investigaciones y sostener la pretensión penal estatal (principio acusatorio), pues la actividad del ministerio público está netamente separada de la decisoria, que sólo le incumbe al tribunal. Según el derecho procesal penal alemán, le incumbe el deber de hacer investigaciones también en favor del imputado y de interponer recursos en su favor y no ha de adoptar solamente en forma unilateral una posición contraria a él (Baumann, 1986, p. 20,21), sino que actúa con objetividad.

En el Perú, conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como

funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. A ello cabe añadir, que actúa con principios tales como la legalidad, objetividad, la imparcialidad, discrecionalidad en cierto grado, etc. El CPP estipula las funciones del Ministerio Público:

“Artículo 60°.- Funciones

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

En el mismo cuerpo de leyes se establece las atribuciones que tiene el Ministerio Público:

“Artículo 61°.- Atribuciones y obligaciones

- 1. El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.*
- 2. Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.*
- 3. Interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la Ley establece.*

4. Está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53°.

Es en ese sentido, el Fiscal como representante del Ministerio Público es el director de la investigación penal y el titular de la acción penal, tiene como función investigar y perseguir los delitos, ejercer la acción penal, acusar y aportar las pruebas para acreditar la existencia del hecho ilícito y la culpabilidad del sujeto.

2.5.4.4. IMPUTADO

El imputado es la persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, Gomez Orbaneja sostiene que habrá imputado desde el momento mismo en que hay una persona individualizada a quien, con mayor o menor grado de probabilidad, se atribuya participación criminal en el hecho (como se cita en San Martín, 2014, p. 245). Asimismo, el autor Carocca Pérez (2005, p. 81) ha calificado al imputado como la “persona objeto de la persecución penal”, señalando que desde el punto de vista de los derechos y garantías que se le reconocen se transforma en el principal interesado en el proceso penal.

Por lo mismo que sobre esta persona recae diversas actuaciones tendientes a averiguar si ha cometido el hecho penal que se le atribuye, siendo sujeto a diversas nomenclaturas desde la investigación preliminar hasta la emisión de la sentencia condenatoria o absolutoria. Tales actuaciones, según Alex Carocca Pérez (2005, p. 81), se encuentran rigurosamente reglamentadas por la ley - reglamentación que constituye el procedimiento-, de modo que cualquier

proceso que se lleve a cabo en contra del imputado, constituye esencialmente una restricción a la actividad punitiva y, por lo tanto, desde el punto de vista del afectado, una serie de derechos y garantías. Los derechos y las garantías referidas deben estar presentes desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la ejecución de la sentencia, en conformidad a los derechos que se le reconocen expresamente en el CPP pero también y principalmente en la Constitución y en normas internacionales como la CADH entre otros.

Es de señalar que Jurguen Baumann (1986) expresa que el imputado es el sujeto procesal pasivo, y señala que:

(...) esto no significa de ninguna manera que el imputado solo deba sufrir actos procesales. Al contrario, la Ordenanza Procesal Penal cuida de su protección (...) y esta protección puede alcanzarse solamente acortando y limitando las posibilidades jurídicas de actuar de los demás sujetos procesales de la parte activa, por un lado, y abriendo al imputado, por el otro, una cantidad de posibilidades procesales de actuar (p. 192).

De esa forma se advierte que el imputado como sujeto procesal y no objeto del procedimiento, como persona que es, goza de derechos y garantías durante la actuación procesal que se realiza donde él es el presunto autor o partícipe del hecho delictuoso.

2.6. EL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

2.6.1. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

El autor Pérez Luño señala que los derechos fundamentales son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos en el ámbito nacional e internacional” (como se cita en Amoretti, 2009, p. 107).

Los derechos fundamentales los posee toda persona humana por el hecho de ser “persona” y éstos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado sin ninguna discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual (Fix-Zamudio, 1998, p. 45). Es decir son inherentes a toda persona por su dignidad, pues ella, según la Constitución Política del Perú es el fin supremo del Estado, y reconoce en la dignidad humana el fin de la sociedad, razón por la cual, los individuos y sus derechos fundamentales son objeto de una protección calificada por parte del Estado. Al respecto Mario Amoretti Pachas (2009, p.107) cita a Fabian Novar y a Sandra Namhas quienes expresan que para entender ello previamente se han preguntado el “por qué” de los derechos humanos a lo cual se respondió que en la dignidad, ya que no es posible hablar de un ser humano sin dignidad, pero enfatiza también que tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad. Entonces, uno de los fundamentos de la persona es su dignidad, lo que hace que por el hecho de ser “persona” es un sujeto de derechos, no se requiere de algún otro requisito sino el de ser “persona”; de esa forma en el contexto en cual nos encontramos, “el respeto a la dignidad humana, antes que nada se traduce en el hecho de reconocer al imputado como persona,

esto es sujeto de derechos, y jamás como un medio u objeto para llegar a un fin”(Balbuena, Días & Tena, 2008, p. 46), pero también se comparte que la libertad implica llevar una vida digna.

Ahora bien, la Corte IDH ha establecido la prohibición en términos absolutos de la violación de derechos humanos en las investigaciones por la comisión de delitos; de igual forma, en nuestro sistema constitucional. Felix Maria Tena De Rosa (2008) comparte que se ha ido gestando un movimiento transnacional, tendiente a superar los rígidos criterios de la soberanía estatal en materia de protección de los derechos humanos y que se trataría de un nuevo paradigma en las relaciones internacionales que rescata la dignidad del ser humano, convirtiéndolo en un verdadero sujeto internacional de derecho, mediante la elaboración progresiva de *Bill of Rights* o *lex universalis*, normas de carácter internacional para la salvaguarda de los derechos humanos en todos los rincones del globo terráqueo, una suerte de paraguas protector para amparar a todo ser humano, sin distinción de ninguna especie. Lo cual incluye naturalmente al imputado como sujeto de derechos, en cada etapa del proceso penal.

Dentro de la normativa internacional se tiene como aquellas expresiones protectoras de los derechos humanos a las declaraciones Universal y Americana; luego los instrumentos jurídico vinculante para los Estados partes, como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, CADH de los Derechos Humanos, y otros. En el Perú, la normativa de la CADH y otros, son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, además de los pronunciamientos

formales que pudiese dar la Corte IDH como sus sentencias; pero es obligación de los Estados en cada país garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos, ahí cabe la expresión de Héctor Fix-Zamudio (1988) al decir que “no debe olvidarse que el ejercicio de los derechos fundamentales no es ilimitado, sino que puede ser restringido en defensa de la dignidad, la seguridad, la libertad o la convivencia social, aunque estas restricciones no deben ser arbitrarias sino que reguladas jurídicamente” (p. 46). A ello se suma lo establecido por el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al decir que *“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”* con similar contenido es el previsto en el artículo 32.2 de la CADH sobre Derechos expresando que *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*.

2.6.2. DERECHOS DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

Si bien es cierto el imputado es aquella persona a quien se le atribuye la comisión de un delito, por la misma razón se investigará la causa adoptando medidas y se recabará diligencias para conocer la verdad procesal; sin embargo, ello no lo enerva como persona, por consiguiente, no deja de ser un sujeto de derechos fundamentales, lo cual el Estado deberá garantizarlo por ser su fin supremo; y

como bien lo diría Carocca Pérez (2005) “la situación del imputado durante el desarrollo del proceso (...) es la de un ciudadano que no puede ser considerado responsable penalmente ni sufrir la privación de derechos que ello conlleva, mientras no sea condenado por una sentencia firme” (p. 82), sentencia que por cierto deberá ser emitida después de haberse llevado un juicio debido.

Los derechos del imputado que no son nada más que los derechos de una persona humana, también son reconocidos por el sistema jurídico que establece instituciones políticas y jurídicas que tiene como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre, y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y separación, aun mediante la invalidación o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal (Cafferata, 2000, p. 104).

En el artículo 71 del CPP peruano, se señala que los derechos del imputado son:

“Artículo 71°.- Derechos del imputado

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;*
 - c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;*
 - d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;*
 - e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y*
 - f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.*
- 3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehusa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.*
- 4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.*

Sin embargo, en aras de la protección del efectivo goce de derechos que le asiste al imputado no significa que tales derechos sean absolutos, sino que son limitados. El autor Moreno Catena explica que el imputado es la parte pasiva

necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia (como se cita en Gimeno, 2012, p. 180). Pero no solo eso, sino que las limitaciones a los derechos se ve plasmado en las diversas actuaciones que puedan existir dentro del mismo proceso penal, el mismo que también deberá ser legalmente tramitado, donde "corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa" (Carocca, 2005, p. 82), en palabras sencillas, se deberá establecer los mejores procedimientos posibles para asegurar los derechos fundamentales, es decir, se buscará el debido proceso, y en el contexto penal deberán respetar las autoridades como la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Entonces los derechos del imputado son limitados, no obstante la adopción de ciertas medidas que restrinjan derechos no implicará arbitrariedad o que esta desprovista de tutela para los procesados sino por el contrario dichas medidas limitativas de derechos fundamentales deberán estar sometidas a la concurrencia de ciertos presupuestos.

2.6.3. DERECHO DE LIBERTAD DEL IMPUTADO

Señala Franz Neunmann que, "*la libertad es, más que otra cosa, ausencia de constrictión*" (como se cita en Bustamante, s.f., p. 14). El derecho a la libertad implica un poder de la persona de ir a donde le plazca, en el tiempo que quiera,

y con quienes quiera, trasladarse de un lado a otro. De esa forma, la libertad personal puede ser entendida como la libertad física, locomotora o libertad de movimiento; y resulta ser uno de los derechos fundamentales más importantes que goza el ser humano, debido que al tenerlo se puede ejercer libremente los demás derechos. En similar sentido apunta Gimeno Sendra (2012, p. 75), al decir que entre los derechos subjetivos en conflicto, el derecho a la libertad ocupa un rango superior al derecho de penar, pues, según nuestra Constitución la libertad constituye un valor superior del ordenamiento jurídico y, después del derecho a la vida e integridad física, es, sin duda, el derecho máspreciado.

La libertad es de interés no solo del imputado sino al ser un derecho fundamental también lo debe ser del Estado, más aun si esta persona es presumido inocente, por tanto, es lógico que sólo excepcionalmente pueda ser restringido en su libertad y demás derechos. Además, nadie puede ser restringido de su libertad sino por resolución motivada de autoridad judicial competente e imparcial; de ahí que cualquier limitación o restricción que se pretenda ejercer sobre el derecho de la libertad u otro derecho fundamental, debe realizarse guardando las observaciones necesarias, dotando a la persona el efectivo ejercicio de derecho que tenga; y no se puede ir más allá porque el exceso estaría violando la garantía constitucional de la defensa y la libertad.

En esa misma línea, se encuentran prohibidas las detenciones ilegales, como arbitrarias; tal cual lo citan los autores Balbuena, Días y Tena (2008) que la Corte IDH se ha pronunciado señalando que *“...nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente*

tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)” (p. 59) y también “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aún 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” (p. 59). Pero en alguna situación que se haga caso omiso a lo señalado, naturalmente las partes tienen el derecho de recurrir ante el juez competente para evaluarse la legalidad de las medidas calificadas como ilegales o arbitrarias.

Finalmente es de señalar que este derecho, está protegido constitucionalmente, en el artículo 2 numeral 24 de la Constitución señala:

“Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales (...)”

Asimismo en la CADH en su artículo 7 sostiene que:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
- 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”.

Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 numeral 1 expresa:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 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”.

2.6.4. DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO

Una de las garantías que le asiste al imputado es la defensa, de ese modo y conforme al artículo IX del Título Preliminar del CPP, el derecho de defensa es irrestricto y obliga al Ministerio Público y a la propia Policía Nacional del Perú, desde las primeras diligencias, promover la participación de un abogado defensor que garantice el derecho de los intervenidos o de quienes se sospecha la comisión de un ilícito penal; además respecto a este derecho, Gimeno Sendra (2012) señala que:

- a) La defensa es un auténtico derecho fundamental (...) integrado por todo un conjunto de derechos y garantías instrumentales;
- b) Su primera manifestación consiste en acceder al proceso penal tan pronto como surja en él la imputación, la cual le ha de ser inmediatamente comunicada
- c) Su primer ejercicio estriba en reclamar el derecho a la defensa técnica del Abogado de confianza o del turno de oficio;
- d) Integrando ambos, Abogado defensor y patrocinado, una parte dual a la que el ordenamiento ha de posibilitar, tanto el ejercicio de la defensa pública o técnica, como el de la privada o autodefensa;
- e) Y su contenido consiste en oponerse a dicha imputación a través de la solicitud y obtención de la práctica de los actos de investigación y la realización de los de alegación, prueba e impugnación necesarios para acreditar, bien la inexistencia o atipicidad del hecho, bien la falta de participación en él imputado, su ausencia de responsabilidad penal o la concurrencia de circunstancias atenuantes de su culpabilidad (p. 259).

Es así que, en todo caso, el abogado defensor por su parte velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que le asiste a su patrocinado, es decir, al imputado; sin embargo, no solo debe hacerlo él, sino también el Estado. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia Nacional en una de sus resoluciones se pronunció de la siguiente forma: *“Esta Corte tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del*

tribunal desde sus orígenes, en lo que señaló que el ejercicio de defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio” (C.S.J.N., 20-8-96) (Claria, s.f., p. 90).

Entonces, es cierto que el derecho de defensa tiene gran importancia desde la actuación de las diligencias preliminares, debido a que por medio del mismo se buscará proteger el ejercicio de los demás derechos o se velará que no sean vulnerados o violados. De ese modo, como bien lo dijo Claria Olmedo (s.f., p. 90) el imputado debe ser defendido técnicamente en el proceso por un auxiliar letrado o técnico en derecho de los sujetos privados, para ser asistido profesionalmente en lo jurídico sustancial y formal.

2.6.5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL IMPUTADO

La presunción de inocencia es un derecho fundamental que le asiste al imputado, y se encuentra positivizado en diversos instrumentos internacionales, por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 11 numeral 1 expresa que:

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

De igual forma, el referido derecho es estipulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 numeral 2 señalando que:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”

Asimismo, en la CADH en su artículo 8 numeral 2 expresa que:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)”

Además en este último artículo, en la CADH hace alusión a una serie de garantías mínimas que goza el imputado, notándose que el mismo se conecta e interrelaciona con otros más. Luigi Ferrajoli sostiene:

La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o, si se quiere, de defensa social: de esa esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo (como se cita en Amoretti, 2009, p. 67).

Asimismo, en las conclusiones de una tesis sobre la presunción de inocencia señala que ésta “... tiene una triple dimensión, es un derecho, principio y garantía constitucional. Es un derecho subjetivo por el cual todo sindicado debe recibir el trato y no consideración de no autor. Es un principio rector de la administración de justicia que debe fijar las directrices de cualquier regulación legal. Y es además una garantía genérica que limita la persecución estatal. Ahora bien, la presunción de inocencia radica, en el respeto a la dignidad personal del imputado, por lo que se le reconoce durante todo el proceso un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le imputa (Balbuena, Días & Tena, 2008, p. 55).

Según Mario Amoretti Pachas (2009), es la garantía constitucional que sirve de sustento al imputado y que condiciona la estructura de todo juicio penal porque lo beneficia únicamente a él, otorgándole una serie de garantías específicas en cada etapa del desarrollo del proceso (p. 60), a lo largo de todas las fases del proceso penal y en todas sus instancias debido a que por esta presunción, las diligencias que se propongan al investigarse el caso deberán ser actuadas con las debidas garantías procesales respetando sus derechos fundamentales, pues la presunción de inocencia obliga al Estado y demás personas respetar esta situación.

En ese sentido, al imputado se le tratará como inocente hasta que “su culpabilidad sea demostrada de modo fehaciente, por sentencia definitiva, es decir, sentencia que haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada” (Balbuena, Días & Tena, 2008, p. 55); porque ese estado de inocencia que tiene *“no se destruye ni con el procesamiento ni con la acusación; tampoco lo destruye la sentencia que no ha obtenido autoridad de cosa juzgada”* (Claria, s.f. p. 67, 68).

Es por estas razones que, como se dijo, todas las actuaciones o medidas que se vayan a realizar en contra del imputado se deberán actuar con las debidas garantías, por ello Jorge A Claria Olmedo (s.f.) expresó que “este principio de inocencia ilumina toda norma tutelar del interés individual, pero no impide que el proceso pueda alcanzar sus fines aun sacrificando este interés, mientras esa restricción no se convierta en pena o exceda la estricta necesidad”(p. 353). Al respecto se ha dicho que la presunción de inocencia como regla de prueba consta de tres requisitos debidamente reconocidos que se erigen en condiciones

de legitimidad que debe reunir la actividad probatoria, cuales son: a) existencia de actividad probatoria -prueba formal-, b) prueba de cargo suministrada por la acusación; c) prueba obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (San Martín, 2006, p.116). De lo que se concluye que toda aquella prueba de cargo deberá ser obtenida e introducida al proceso con las debidas garantías según la normativa nacional e internacional, y es necesario señalar que toda prueba proviene de diligencias preliminares o posteriores, donde también se debe actuar reconociendo este derecho, dado que:

La presunción de inocencia ha de desplegar también sus efectos en la fase instructora, impidiendo que los actos limitativos de los derechos fundamentales, en general, y la prisión provisional, en particular, no puedan ser adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del imputado y tras una resolución motivada en la que se cumplan todas las exigencias del principio de proporcionalidad” (Gimeno, 2012, p. 126).

Por tanto, dentro del proceso penal toda actuación de diligencia o aplicación de medidas que impliquen la restricción de algún derecho, deberá hacerse con las debidas garantías por cuanto sobre quien recae dichas actuaciones o medidas es presuntamente inocente.

2.7. PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA

2.7.1. FLAGRANCIA DELICTIVA

2.7.1.1. CONCEPTO

El artículo 2 numeral 24 literal f de la Constitución, prescribe que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, en consecuencia nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

En el artículo 259 del CPP, se encuentra regulada la figura de la flagrancia, y señala que existe flagrancia cuando:

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

Carnelutti señala que es posible establecer que la flagrancia del delito coincide con la posibilidad para una persona de comprobarlo mediante una prueba directa; lo cual denotaría que el delito en flagrancia es aquel cometido

actualmente (como se cita en Sánchez, 2011, p. 26). Entonces no habría delito que en su momento- *por tener actualidad*- no ha sido flagrante; no obstante, la flagrancia no es la actualidad sino la visibilidad del delito (Sánchez, 2011, p. 26).

2.7.1.2. REQUISITOS

Según la jurisprudencia peruana se tiene dos requisitos insustituibles para la constitución de la flagrancia, cuales son:

- a) **La inmediatez temporal**, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes;
- b) **La inmediatez personal**, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo. (Exp. N° 2096-2004-HC, 27 de Diciembre de 2004)

2.7.1.3. CLASIFICACIÓN

De acuerdo a la doctrina nacional y al artículo 259 del CPP, se puede presentar la flagrancia delictiva en diferentes supuestos (Cerna, s.f., pp. 7,8):

- **Flagrancia estricta o en pureza**; es cuando el agente es descubierto en la realización del hecho punible, o cuando acaba de cometer el hecho punible y es descubierto (conforme al artículo 259 numerales 1 y 2 del CPP).
- **Cuasiflagrancia**; es cuando el agente quien fue identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del delito sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho

punible (conforme al artículo 259 numeral 3 del CPP).

- Presunción de flagrancia; es cuando el agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso, lo que evidencia que para presentarse este supuesto resulta suficiente indicios razonables que nos lleve a pensar que la persona es el sujeto activo del delito por los elementos o instrumentos que lo vinculen (conforme al artículo 259 numeral 4 del CPP).

2.7.2. DETENCIÓN POR FLAGRANCIA

La detención consiste en privar o restringir del derecho de la libertad de una persona a quien se le imputa un hecho delictivo. Según Jorge A Claria Olmedo la detención es la *privación de la libertad de las personas de modo inmediato y puede tener su justificación procesal ante la urgencia de las investigaciones y el aseguramiento de las pruebas y del sospechado* (Claria, s.f., pp. 360, 361), y en *términos generales se entiende por detención el acto y subsiguiente estado de privación transitoria de la libertad de una persona por ser sospechada de participación en un delito o por exigencias de obtención de pruebas, para retenerla o ponerla a disposición del tribunal de la causa, y cumplida con o sin orden de éste según los casos* (Claria, s.f., p. 361).

Se trata entonces de una restricción de la libertad de una persona considerada como presunto autor o partícipe de un delito; y en caso de que haya flagrancia delictiva que es aquel delito que se está cometiendo “*actualmente*”, se autoriza

practicar la detención del imputado por el plazo máximo de 48 horas, donde culminado este periodo o el estrictamente necesario, el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.

Finalmente, en este caso el artículo aplicable del CPP es el siguiente:

“Artículo 259°.- Detención Policial

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

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

Sin embargo, es necesario precisar que a través del Artículo Único de la Ley N° 30558, publicada el 09 mayo 2017, se ha modificado el literal “f” del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, al señalar que:

“Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

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

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia”.

Entonces el plazo de la detención puede ser de 48 horas, periodo en el que el representante del Ministerio Público deberá actuar, según sea el caso, una serie de diligencias a fin de permitirle decidir sobre el requerimiento que ha de presentar ante el juzgado respecto al detenido.

2.7.3. PRISIÓN PREVENTIVA

2.7.3.1. CONCEPTO

La prisión preventiva es la medida de coerción más gravosa dentro del proceso penal consistente en la restricción de la libertad por un plazo determinado en tanto la investigación penal prosigue, al respecto Jorge A Claria Olmedo (s.f.) señaló que *“La coerción más característica autorizada por las leyes contra el imputado es la prisión preventiva, que se ejecuta por encarcelamiento. Es la más prolongada privación de la libertad que el imputado sufre durante el proceso, y que se atenúa con el régimen de la excarcelación”* (pp. 353, 354).

En ese sentido, es una medida de coerción excepcional con fines procesales consistentes en la prevención de la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstaculización de la investigación (Loza, s.f., p. 265), por ello la prisión preventiva está *“...dirigida a neutralizar los*

peligros graves (por lo serios y lo probables) que se puedan cernir sobre el juicio previo, con riesgo de apartarlo de su finalidad de afianzar la justicia” (Cafferata, 2000, p. 186).

Mediante la Casación Nro. 626-2013/Moquegua se establece doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal –peligro de fuga–) de la medida de prisión preventiva; dentro de sus fundamentos reconoce que la libertad es uno de los derechos fundamentales en los que se basa el Estado de Derecho, expresando que si bien es cierto su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico no es cuestionable, pero también existen casos en los que ésta (libertad) tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos; y así la libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines.

En ese mismo sentido se tiene que la prisión preventiva al constituir una gravísima afectación al estado de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas, debe ser interpretada como medida excepcional (Matías, 2007, p. 308), pues, se efectúa con la privación de libertad del imputado por un plazo máximo establecido por la ley. Sin embargo, a pesar de ser la injerencia más grave en la libertad individual, resulta indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal de justicia eficiente (Roxin, 2000, p. 257), al ser una medida cautelar que pretende que el imputado se encuentre presente al momento de dictarse la sentencia. Sin embargo, la persona, en contra de quien se dicta el mandato de prisión preventiva, goza del estado jurídico de inocencia,

por lo mismo que la regla de tratamiento, comporta la prohibición de que la prisión preventiva pueda ser utilizada como castigo. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 numeral 3 señala “...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...” y el artículo 8 numeral 2 de la CADH expresa que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”.

Debe tenerse en cuenta que la prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal porque precisamente consiste en la restricción de tal derecho, consecuentemente para la aplicación de dicha medida se exige que se ajuste al principio de proporcionalidad y que sea compatible con los demás derechos (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 31 de agosto de 2004), ya que, al restringir el derecho fundamental de la libertad personal –entiéndase libertad física-, requiere que se dicte en circunstancias netamente excepcionales, subsidiariamente, con el cumplimiento de los requisitos exigidos y con las garantías debidas, de tal modo que se garantice los derechos del imputado y el derecho a la presunción de inocencia.

Y como bien en sus fundamentos la Casación Nro. 626-2013/Moquegua ha expresado que para la adopción de la prisión preventiva se hará solo en los casos necesarios y cuando se cumplan con los requisitos de ley, en especial el peligro procesal; pues de otra forma se lesionaría no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

2.7.3.2. CASACIÓN NRO. 626-2013/MOQUEGUA

La Sala Penal Permanente emite la Casación Nro. 626-2103/Moquegua, el 30 de junio de 2015, de cuyos fundamentos se advierte que la prisión preventiva solo se decreta cuando exista peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, que son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

Luego en dicha casación se habla sobre la argumentación y contradicción de la audiencia de prisión preventiva y la motivación del auto, en donde se hace referencia al Decreto Legislativo Nro. 957 que establece un sistema acusatorio contradictorio de origen eurocontinental, incorporando un sistema de audiencias previas y de juzgamiento, regidos en general por la oralidad, intermediación, contradicción y publicidad.

Califica también que es importante la audiencia para tomar una decisión, pues durante la investigación preparatoria o etapa intermedia las partes sustentan sus pretensiones a través de los principios citados, y el Juez debe cumplir una función activa en busca de la mayor información y de la mejor calidad, que le permita la resolución, lo que se aplica en la audiencia de prisión preventiva, previsto en el numeral 1 del artículo 261 del CPP.

En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del CPP, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos

materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo 268 del CPP, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Se precisa además que lo primero que se tratará de discutir será sobre los graves y fundados elementos de convicción, en tal caso el Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentarán sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario, siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia.

Como aceptar que se discuta la exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a

observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordará íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el Juez hacer las preguntas aclaratorias que estime

Luego señala que una vez se agote la discusión del primer requisito, habiendo el Juez logrado la información que requiere, dará la palabra al Fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos; luego sobre el peligro procesal, el fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración.

Finalmente en la casación concluye en que el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia, es como sigue:

- a) De los fundados y graves elementos de convicción.
- b) De una prognosis de pena mayor a cuatro años.
- c) De peligro procesal
- d) La proporcionalidad de la medida.
- e) La duración de la medida.

Expresa que el representante del Ministerio Público debe comprenderlo en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad indicando por qué la prisión preventiva es idónea, necesaria y proporcional en

sentido estricto; lo que posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotando uno se pasará al otro.

2.7.3.3. REQUISITOS

El CPP ha limitado la utilización de la prisión preventiva a las siguientes circunstancias: a) que existan elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente que el imputado, es con probabilidad autor o cómplice de una infracción; b) peligro de fuga; c) que la infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad. En todo caso, la prisión preventiva solo es aplicable, no solo cuando no pueda evitarse el peligro de fuga del imputado, siempre y cuando se hayan agotado la imposición de otras medidas que resulten menos gravosas para su persona (Balbuena, Días & Tena, 2008, p. 59).

Más precisamente, el artículo 268° del CPP, estipula que:

“Artículo 268°.- Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y*
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.*

A ello se suma lo plasmado en la Casación Nro. 626-2013- Moquegua, donde además de analizar los requisitos previstos por el artículo 268 de CPP, en el fundamento vigésimo segundo expresa que en la audiencia de prisión preventiva finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo 122 de CPP y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto; la defensa podrá cuestionarlo, en conclusión el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, sobre la existencia:

a) DE LOS FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

Este punto es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado, donde no se exige que se tenga certeza sobre la imputación pero si de que haya un alto grado de probabilidad de ocurrencia de los hechos mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria valiéndose de todo lo recaudado. De esa forma, este requisito se satisface cuando mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación se acredita que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad Nro. 1912-2009-Piura,

de 06 de setiembre de 2005, es necesario que el fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación.

En este caso, el fiscal puede presentar elementos de convicción constituidos por indicios, como pericias, declaraciones, informes, toma fotográfica, actas derivadas de medidas restrictivas de derechos, etc.

b) DE UNA PROGNÓISIS DE PENA MAYOR A CUATRO AÑOS:

Este requisito implica un análisis sobre la posible pena a imponer, lo cual no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad de acuerdo a los artículos IV y VIII del Título Preliminar de Código Penal. Deberá tomarse en cuenta que el artículo 45-A de CPP, adicionado por la Ley Nro. 30076, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior, sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, b) causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible, tentativa, responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal, responsabilidad restringida por la edad, complicidad secundaria y los segundos agravante por condición del sujeto activo, reincidencia, habitualidad, uso de inimputables para cometer delitos, concurso ideal de delitos, delito masa, concurso real de delitos, concurso real retrospectivo. También deberá considerarse la regla establecida en el artículo 12 del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz.

c) DE PELIGRO PROCESAL

El peligro procesal es el elemento procesal más importante que requiere la prisión preventiva, se divide en dos: peligro de fuga y peligro de obstaculización probatoria. Y es que la medida de prisión preventiva se autoriza para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En este caso, para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso, el Juez de Investigación Preparatoria considera: el arraigo, la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo, el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, y la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Dicho en otros términos, en este caso se deberá acreditar que no existe arraigo de calidad laboral, ni arraigo de calidad familiar, deberá tomarse en cuenta la gravedad de la pena, la personalidad, la influencia en los testigos (inferencia presunción), circunstancias de intervención, la magnitud del daño, el comportamiento procesal (a través de actas, constancias policiales y fiscales, y otros), la desaparición de evidencias, el comportamiento en reparación del daño, y otros para determinar la magnitud.

d) LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA:

Que la medida sea idónea, necesaria y proporcional en su sentido estricto.

e) LA DURACIÓN DE LA MEDIDA

En este caso deberá sustentarse sobre la duración de la prisión preventiva que se requiere (medido generalmente en meses), en concordancia a la proporcionalidad previamente señalada.

De ese modo el representante del Ministerio Público debe comprender cada de uno de los requisitos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad, lo que posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda proporcionarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, resolverán agotado uno se pasará al otro.

2.7.3.4. TRÁMITE DE LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA

El trámite de la audiencia de prisión preventiva se encuentra regulado en el artículo 271 del CPP del cual se interpreta que bajo responsabilidad funcional el Juez de Investigación Preparatoria debe realizar -dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Fiscal- la audiencia de prisión preventiva para determinar su procedencia o no; a la misma que, deberán concurrir obligatoriamente el Fiscal, el imputado y su defensor, si éste no asiste será reemplazado por el defensor de oficio, ello con la finalidad de discutirse sobre la concurrencia copulativa de los requisitos de la prisión preventiva para su mandato. En caso de que el Juez no considere fundado el requerimiento de prisión preventiva, podrá optar por la medida de comparecencia restrictiva o simple, según el caso.

2.8. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA

2.8.1. CONCEPTO DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

Aragoneses Martínez señala que las medidas restrictivas de derechos a diferencia de los demás actos de investigación, están orientadas a la obtención de elementos o datos relacionados con el delito que pueden servir como prueba en el proceso y que, por lo general, implican una limitación de ciertos derechos fundamentales de la persona, de ahí que tan solo puedan ser practicadas por orden o autorización judicial (como se cita en San Martín, 2014, p. 502). El autor Ibanñez y Garcia Velasco acota que se trata de medios indirectos de investigación, porque no tienden primariamente a los fines averiguativos de la instrucción, sino a obtener otros medios o a facilitar distintos actos de la misma; están provistos para concretar la existencia de otros medios de investigación o determinar la localización de personas u objetos que puedan servir después para la realización de diversos actos de instrucción (como se cita en San Martín, 2014, p. 502).

No obstante, también son definidas como aquellas intromisiones vulneradoras *prima facie* del ámbito de protección de los derechos fundamentales, lo que implica que conforman el supuesto de hecho del derecho fundamental, y que, por este motivo, precisan de justificación conforme a un límite y, asimismo, al principio de proporcionalidad (Cabezudo, 2010, p. 162).

El autor Claria Olmedo (f.s.), señaló que a lo largo del desenvolvimiento de todo el proceso penal se cumple también una actividad restrictiva de la libertad personal o de la libre disposición de los bienes que gozan sus intervinientes, fundamentalmente de los perseguidos frente a la imputación en su consecuencia penal o civil, y en especial del imputado(p. 351).

En ese contexto, el Ministerio Público con apoyo de la Policía Nacional, al disponer actos de investigación adopta diversas medidas, entre ellas las que restringen derechos fundamentales que pueden comprometer el libre ejercicio de los mismos, como por ejemplo el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de domicilio, derecho a la propiedad, etc., cuyas normas que los reconocen son desde las internacionales hasta las constitucionales. Tiene razón María José Cabezudo Bajo (2010) al decir que las medidas restrictivas de derechos:

(...) constituyen aquellas intromisiones que en principio vulneran el ámbito de protección de dichos derechos, lo que implica que conforman el supuesto de hecho del derecho fundamental, y que, por este motivo, precisan de justificación conforme al principio de proporcionalidad” (p. 178).

Es por ello que además la doctrina ha señalado que al hablar de la restricción de Derechos Fundamentales, se pone de relieve a la hora de precisar las exigencias constitucionales que han de cumplir los actos procesales que inciden sobre derechos fundamentales para alcanzar la eficacia procesal que persiguen (Cabezudo, 2010, p. 144).

Pues, se señaló que como consecuencia del paso del Estado Liberal al Social, los derechos fundamentales pueden resultar vulnerados, no sólo a través de actuaciones positivas de los poderes públicos, que incumplen con la obligación de respetarlos, sino además frente al incumplimiento de la obligación de garantizar tales derechos («*Schutzpflicht*») (Cabezudo, 2010, p. 151); de ese modo la autora Cabezudo Bajo señaló que tales derechos se salvaguardan frente a las violaciones de los poderes públicos, a las vulneraciones provenientes de los particulares y, a las violaciones que se ocasionan por la omisión de los poderes públicos. Y es que los derechos fundamentales se pueden proteger desde un sentido negativo lo que significa la abstención de los poderes públicos de vulnerarlos, y desde un sentido positivo, es decir, una obligación positiva consistente en hacer efectivo el contenido de los derechos fundamentales (Cabezudo, 2010, p. 151), debido a que pueden existir casos en los que los poderes públicos han incumplido su deber de protección al no haber garantizado suficientemente el derecho fundamental (Cabezudo, 2010, p. 155).

Es decir, en muchos casos es posible que no se aplique alguna debida diligencia para la protección de derechos fundamentales, de forma tal que el Estado omita el deber de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales; lo cual no debe presentarse respecto a las medidas restrictivas de derechos.

2.8.2. CONFIRMACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

En el CPP, se encuentran previstas las medidas restrictivas de derechos que se pueden actuar, las mismas que por su naturaleza requieren de autorización

judicial pero en algunos casos, por flagrancia delictiva por peligro inminente de la perpetración del delito es que se permite actuar sin autorización judicial previa pero en cuyo caso posteriormente deberá requerirse su confirmación judicial que naturalmente será decisión del Juez de Investigación Preparatoria ante el requerimiento del Ministerio Público, y como Cesar San Martin Castro (2006, p.454) señaló: la prolongación de la detención, la revocación del mandato de comparecencia, el arraigo, el secuestro, incautación y exhibición de cosas, el allanamiento, la clausura o vigilancia de locales y la inmovilización de cosas muebles, son medidas coercitivas que el juez dicta a expresa petición del Fiscal.

Estas medidas, como se señaló, requieren de una *resolución confirmatoria* del Juez Penal, según el mismo autor, la confirmación significa la prevalencia de la jurisdicción y la necesidad de una tutela judicial cuando se trata de limitar derechos fundamentales e implica que el Juez se pronuncie no sólo sobre la razonabilidad y amparo jurídico de la propia medida coercitiva sino también si en el caso concreto medió urgencia y peligro por la demora; si el Juez considera que alguno de los dos extremos no se cumplió, denegará la confirmación solicitada por el Fiscal y, consecuentemente, las pruebas obtenidas de ese modo se consideran ilegales, carecerán de valor conviccional y no podrá ser ameritadas en modo alguno (San Martín, 2006, p. 455).

Ahora bien, una de las cuestiones importantes que San Martín Castro ha planteado es qué controles se instauran para evitar la utilización arbitraria del poder público, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales; por lo que posteriormente señaló que se puede controlar de tres

modos, a decir, la primera forma es a través de las *autorizaciones* vinculadas a las medidas coercitivas, y a las contracautelares, la segunda son las *decisiones*, que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal; y tercero, las recomendaciones y quejas sobre la actividad funcional del Fiscal (San Martín, 2006, p. 455). Además de ello se debe requerir que las medidas restrictivas de derechos se actúen cuando fuere estrictamente necesario, con las garantías debidas y en conformidad a lo previsto en los artículos 202 al 204 del CPP.

2.8.3. CLASIFICACIÓN

El autor Gomez Colomer, clasifica las medidas restrictivas de derechos de la siguiente manera:

- a) Allanamiento, que limita el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Registro e incautación de libros o papeles privados, que limita el derecho al secreto y a la inviolabilidad de los documentos privados.
- b) Control de las comunicaciones, que limita el derecho al secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos (son de descartar: 1. La interceptación de correspondencia. 2. La Observación y la intervención telefónica).
- c) Inspección corporal, que limita el derecho a la intimidad corporal.
- d) Intervención corporal, que limita el derecho a la integridad física.
- e) Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, que limita el derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria.
- f) Secuestro, incautación e exhibición instrumental de cosas, que limita el derecho de propiedad.

De las siete medidas restrictivas de derechos que se han identificado, cinco de ellas están vinculadas al derecho fundamental a la intimidad: el allanamiento, el registro e incautación de documentos privados, el control de telecomunicaciones, la inspección corporal y el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. El derecho a la intimidad, señala Carlos Ruiz Miguel (1995, p. 76), al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional, es un derecho complejo o de derechos, no en su concepción y múltiple en cuanto a sus contenidos. De ahí que el artículo 11 de la CADH consagra que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales en su honra o reputación”*.

En ese sentido, es necesario la aplicación de medios o instrumentos procesales que brinda el ordenamiento para efectivizar los derechos, con el fin de que los derechos fundamentales materiales puedan hacerse valer con eficacia; a lo que Cesar San Martin Castro (2006, p. 56), expresó que son en suma medios de protección de la persona que hacen referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas institucionalizadas bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traduce, para el ciudadano, en el derecho a no ser intervenido en el ejercicio de su libertad; y, para el Estado y sus agentes, en que solo efectuarán una limitación al entorno jurídico de las personas si la ley lo habilita. Se erigen, por consiguiente, en parámetros de legitimidad del proceso.

Por lo que, los derechos fundamentales procesales deben concebirse como garantías a favor de las personas frente al poder en función al cual se construye todo el sistema jurídico (San Martín, 2006, p. 88).

Ahora bien, esas medidas restrictivas de derechos también pueden clasificarse del siguiente modo:

- Actuaciones que requieren confirmación judicial.
- Actuaciones que requieren orden judicial.

2.9. CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

2.9.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.9.1.1. CONCEPTO

El principio de legalidad significa que toda la configuración y actividad de los órganos de gobierno está subordinada a la ley; nada ni nadie están por fuera del marco legal, el que, a su vez, descansa sobre el cimiento constitucional, fundamento del orden jurídico y base de las condiciones de legitimidad del sistema (Vazquez Rossi, s.f., p. 241). De esa forma se ha convertido en uno de los principios más sobresalientes en el derecho penal, sin embargo, también tiene su vertiente importante en el derecho procesal penal; tal es así que en el artículo 138 de la Constitución **se** preceptúa que la potestad jurisdiccional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes, en concordancia con el artículo I numeral 2 del Título Preliminar del CPP que prescribe que toda persona tiene derecho a un juicio desarrollado conforme a las normas del referido Código.

En ese sentido, la legalidad procesal penal comprende el respeto por el procedimiento, y por los derechos y garantías de las partes procesales, trata de las etapas, los términos y plazos, incoación, ejercicio y desarrollo de la acción penal, órganos competentes, oportunidades, medidas provisionales e instrumentales -limitativas de derecho- y decisiones. Según Ramirez Bastidas, la legalidad formal indicada a su vez que se entronca con la legalidad material en orden al fin del proceso: efectividad del desarrollo material y con las garantías y derechos que supone el proceso para que pueda reputarse como justo, legítimo y válido (como se cita en San Martín, 2006, p. 59); por lo que los actos de proceso penal deben efectuarse en observancia de lo previsto por el CPP.

La Corte IDH a través de su jurisprudencia ha hecho numerosos aportes en relación con el alcance sustancial de esta premisa, los efectos que de este principio se desprenden y las obligaciones que se derivan para los Estados, en especial, las relacionadas con la función judicial (Londoño, 2010).

En el contexto del Estado de derecho, el principio de legalidad aparece con una doble función: como contención y como protección. Además sirve, por un lado, como contención al ejercicio del poder público que encuentra en la ley su fundamento y margen de actuación; por otro lado, sirve como garantía individual, en cuanto preserva la órbita individual libre de intervención estatal, salvo en los casos previstos en la ley (Londoño, 2010), ello dentro de un escenario profundamente marcado por la necesidad de la promoción y protección de una auténtica cultura de los derechos humanos.

Se señala que a partir de la CADH, este principio toma nuevos matices, entre ellos puede decirse que el alcance de la clásica función de contención de este principio adquiere nuevos matices a la luz de las obligaciones del Estado, en calidad de garante de los derechos humanos y promotor especial de los derechos económicos, sociales y culturales. Pues, el Estado moderno califica a la ley como instrumento del orden público que no sólo cumple un papel de cortapisa, sino también de canal facilitador de una gestión eficaz en la tarea de promover y elevar la calidad de vida de los ciudadanos, de ahí que se dijo que el principio de legalidad tiene una connotación positiva (Londoño, 2010).

Es necesario destacar que la Corte IDH en el caso Baena Ricardo vs. Panamá (Caso, 2 de febrero de 2001) ha dejado claro que el principio de legalidad no se restringe en el ámbito penal sino también a materia administrativa o incluso a cualquier otra en la que se ejercite el poder punitivo del Estado. Desde esta óptica, el principio de legalidad se sitúa como verdadero estandarte a partir del cual se funda toda actividad legítima del Estado, encuadrada en el marco de un sistema democrático de derecho (Londoño, 2010).

De ahí que se desprende que se puede exigir la eficacia de este principio en el proceso penal desde los inicios de la investigación.

2.9.1.2. RESERVA DE LA LEY

La reserva de ley no es más que una expresión del principio de legalidad, y según la misma sólo pueden restringirse derechos fundamentales en virtud de leyes formal y materialmente ajustadas al orden constitucional e internacional de

protección de derechos humanos; de lo cual se colige que el principio de reserva de ley aplica para todos los derechos fundamentales, no sólo aquellos cuya titularidad reside en un imputado o procesado penalmente. Además, dentro del constitucionalismo democrático, para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, la referida reserva de ley es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad (Opinión Consultiva OC-6/86, 1986); de forma tal que se requiere un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona.

Según la autora María Carmelina Londoño Lázaro (2010), cualquier manifestación del poder estatal que afecte a los derechos humanos debe estar sometida a controles estrictos que impidan la vulneración de los atributos inviolables de la persona humana. La Corte IDH en la opinión consultiva número 6 de 1986, sostuvo que:

“La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente”.

En este escenario, el principio de legalidad se constituye en verdadera garantía necesaria, y tal vez no suficiente, para la protección de los derechos humanos en el contexto de la llamada relación vertical entre el Estado y el individuo, según

la Corte IDH, quizá el más importante de estos controles es la exigencia de que las limitaciones a los derechos humanos se establezcan por ley (Londoño, 2010). Y el vocablo “leyes” cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana (Opinión consultiva OC-6/86, 1986). Según la misma autora, se entiende como reserva de ley, cuando a la ley se le otorga el imperio de ser condición para cualquier limitación de los derechos fundamentales, es decir, los derechos fundamentales pueden ser restringidos por ley, en cuanto sea expresión legítima de la voluntad de una nación.

El principio de la reserva de ley es una manifestación concreta del principio de legalidad pues su función se precisa en reafirmar el principio de "sujeción a derecho". Sin embargo, de la Opinión consultiva OC-6/86 (1986) de la Corte IDH, nota 8, párrafo 24, se desprende que para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

En ese sentido para verificar el cumplimiento del respeto al principio de legalidad en las diversas actuaciones procesales u otras, es necesario que se realice un control de legalidad y más aun de las medidas que restringen derechos. De la abundante jurisprudencia de la Corte IDH sobre este tema, ha concluido que el test que se puede aplicar para determinar la licitud de una "restricción legal" a un

derecho fundamental, exige una serie de condiciones, necesariamente concurrentes, las cuales apelan principalmente a las nociones de interés general o bien común, el criterio de necesidad y el de proporcionalidad; la Corte IDH hace ver que tiene una posición clara que desecha la idea de un principio de legalidad meramente formalista, y demanda por un concepto articulado con el principio de legitimidad, de ese modo una restricción de los derechos humanos será legítima en cuanto se ajuste a las condiciones legales y constitucionales del orden nacional y a las exigencias establecidas en el orden internacional, en cuanto abogan por una más amplia protección de la persona humana (Londoño, 2010). La legalidad y legitimidad se comprometen esencialmente en la defensa de los derechos humanos.

2.9.2. CONTROL DE LEGALIDAD

Si se tiene la finalidad de verificar la observancia del principio de legalidad en las diversas actuaciones procesales u otras, será necesario realizar un control de legalidad, analizándose el efectivo cumplimiento y apego a la ley en cualquiera de los actos procesales, y más aún si se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales.

Al respecto, la autora María Carmelina Londoño Lázaro ha organizado una serie de elementos o condiciones utilizados por la Corte IDH en su “test de legalidad de las restricciones a los derechos humanos”, consistentes en: la noción de bien común como condición de legitimidad de la ley, el criterio de necesidad: la opción que menos restrinja el derecho protegido y la proporcionalidad como medida.

2.9.2.1. LA NOCIÓN DE BIEN COMÚN COMO CONDICIÓN DE LEGITIMIDAD DE LA LEY

La Corte IDH ha señalado que las restricciones a los derechos y libertades, impuestos en virtud de una ley, sean jurídicamente lícitas, es necesario que ésta se establezca "por razones de interés general y con el propósito para el cual ha sido establecida" (Opinión consultiva OC-6/86).

EL bien común hace alusión a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos, en tal sentido se puede considerar como un imperativo del bien común la organización de la vida social, en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana (Londoño, 2010); en el mismo contexto, una ley que contiene restricciones a ciertos derechos individuales será legítima cuando se ha concebido para la búsqueda de ese mayor bien social. Estos criterios anotados resultarían válidos al evaluar la licitud de una restricción en un caso concreto, siempre y cuando la modalidad y el alcance de la restricción sean completamente necesarios para el logro del fin propuesto y resulten proporcionales para alcanzarlo.

2.9.2.2. EL CRITERIO DE NECESIDAD: LA OPCIÓN QUE MENOS RESTRINJA EL DERECHO PROTEGIDO

La ponderación del criterio de necesidad requiere del contexto del caso concreto y es evaluado usualmente al lado del criterio de proporcionalidad, adoptando el

criterio de necesidad social imperiosa (Opinión consultiva OC-5/85, 1985). Este concepto articula los criterios de necesidad y proporcionalidad en la evaluación de la licitud de una restricción de un derecho fundamental. Así, el criterio de necesidad se cumplirá en caso de que las medidas restrictivas adoptadas en la ley estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo en una sociedad democrática y no existen otras medidas menos restrictivas; mientras que el criterio de proporcionalidad apunta a que la restricción sea proporcionada al interés que la justifica y se adecua estrictamente a ese fin; además, para que la medida restrictiva adoptada cumpla con el criterio de necesidad no basta con el hecho de que sea razonable, útil u oportuna, sino que se requiere también que sea la que afecte en menor medida el derecho (Londoño, 2010).

2.9.2.3. LA PROPORCIONALIDAD COMO MEDIDA

La valoración sobre la licitud de una medida restrictiva de un derecho fundamental, en el caso concreto, supone analizar la estricta concordancia o adecuación entre la medida impuesta y el fin perseguido, de modo que el fin no justifica los medios. La Corte IDH en el caso Herrera Ulloa ha expresado que "la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión" (como se cita en Londoño, 2010).

Ahora, el test de proporcionalidad se ha ido desarrollando en la jurisprudencia con elementos cada vez más explícitos, que aportan a los jueces nacionales también criterios más claros en relación con una adecuada ponderación de

bienes jurídicos que permita determinar puntos de balance proporcionados y ajustados a las exigencias de los derechos en aparente colisión (Londoño, 2010). De esa manera como se ha estudiado, el principio de proporcionalidad implica diversos requisitos.

2.10. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ

2.10.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Éste ha sido definido como los procedimientos tanto políticos como jurisdiccionales destinados a defender la constitucionalidad (plena vigencia de la Constitución y el respeto a las normas constitucionales), como la forma más adecuada de defender un Estado Constitucional de Derecho (Calderón & Águila, 2012, p. 41), y se configura como una obligación de todos los miembros del Poder Judicial, de los órganos que imparten justicia (Torres, 2012, p. 113).

El control de constitucionalidad puede ser concentrado y difuso. El control difuso implica que, son múltiples los órganos a quienes se les ha encomendado la misión de velar por la eficacia de la Constitución, es así que el control difuso puede manifestarse en que los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto (Garmendia, s.f.), se trata de una especie de control normativo para casos en concreto, es decir, la norma que se considera inconstitucional no es expulsada del ordenamiento, solo inaplicada para la situación concreta que evalúa el juez de la causa (Torres, 2012, p. 113).

Entonces, debe ser aplicado por el Juez, en tanto el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos

o de sus órganos colegiados, tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución pero también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, 14 de noviembre de 2005).

2.10.2 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad se deriva del artículo 9 de la CADH referida al principio de legalidad, así un jurista internacional llegó a plantear que el principio de legalidad, en un sentido amplio, justifica el establecimiento de modelos de control de la juridicidad de las actuaciones del Estado, de conformidad con el *corpus juris* de los derechos humanos o fundamentales (Torres, 2012, p. 32). De ese modo, el control de convencionalidad es una fórmula que se deriva del principio de legalidad por cuanto apunta a determinar la legalidad de la adecuación a derecho de una actuación del Estado en el marco jurídico de la CADH, cuyo ejercicio corresponde primeramente a los jueces internos, dado un conjunto de condiciones esenciales para su operatividad (Torres, 2012, p. 32).

En ese sentido, de acuerdo con el principio de legalidad, cualquier medida que involucre un derecho, solo será legítima si es convencional, es decir, si tiene en cuenta el estándar interamericano y su límite, el de la dignidad humana; inclusive no basta con que cumpla con los requisitos formales de la ley nacional, sino es necesario que cumpla con el estándar internacional que le da un contenido material a dicho principio. Es por ello que precisamente, la Corte IDH involucra un examen de legalidad para verificar el grado de cumplimiento de las

obligaciones internacionales en diferentes casos, pues busca proteger los contenidos de fondo de los derechos reconocidos en la CADH y los otros instrumentos del Sistema Internacional de Derechos Humanos, a favor de la eficacia y el objeto y fin de estos tratados (Torres, 2012, p. 32).

Ahora bien, el control de convencionalidad como técnica de control normativo, ha sido definido por la Corte IDH, como un ejercicio de contraste directo entre la CADH -llámese *parámetro controlador*- y las normas u omisiones del derecho interno, también las interpretaciones que realizan los órganos aplicadores – *entiéndase objeto controlado* - (Torres, 2012, p. 36). El mismo que debe ser aplicado, de ser necesario, por los jueces nacionales y el juez interamericano.

2.10.2.1. PARÁMETRO CONTROLADOR

Se debe tener en cuenta cuáles son las herramientas que debe utilizar el magistrado para efectuar dicho control, y estas herramientas constituyen el parámetro controlador. Principalmente la norma que controla es la CADH, también es el conjunto de fuentes que conforman el parámetro de convencionalidad se puede identificar a la misma Convención, como norma obligatoria para los Estados que la han ratificado, a la jurisprudencia de la Corte IDH –opiniones consultivas y sentencias– y los tratados aprobados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ratificados por los Estados forman parte también del parámetro de Convencionalidad.

Así también la normativa consistente en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), además de ello lo es la jurisprudencia, Ferrer

Mac Gregor plantea que la jurisprudencia de la Corte posee más que un carácter meramente orientativo, pues con ella se realiza una interpretación del corpus juris interamericano (Ferrer, 2011, p. 917), además en el fallo *Almonacid Arellano vs. Chile* y otros casos resueltos en sede interamericana, ha señalado que para el examen de Convencionalidad: el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la CADH (Caso *Boyce y otros vs. Barbados*).

2.10.2.2. OBJETO CONTROLADO

La finalidad del examen de convencionalidad es determinar la conformidad o no de disposiciones de derecho interno o de las interpretaciones que se le brindan a estas en relación con los estándares impuestos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El contraste normativo que se realiza permite promover la protección de los derechos reconocidos en la CADH y otros instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Torres, 2012, p. 93).

Al respecto, cabe señalar que este tipo de contraste va más allá del examen literal del dispositivo, de hecho, el control de convencionalidad involucra el uso de técnicas interpretativas que dotan y enriquecen de contenido a la norma objeto de control, por lo que esta no necesariamente será declarada convencional –aunque de una interpretación literal pudiera concluirse en ello – (Torres, 2012, p. 93). Esta afirmación se sustenta desde la práctica nacional e interamericana sobre la materia, a través de la cual se pretende procurar la defensa u observancia de los derechos humanos por parte de cada Estado a

través del juzgador quien debe velar por efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulada por la aplicación de normas o prácticas internas –nacionales- contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, 2008). Así, a través del control de convencionalidad se busca que el contenido del canon interamericano sea efectivo, por ello, las disposiciones que se vayan a examinar –según el caso concreto- se declaran aplicables, inaplicables, inválidas o se reinterpretan a la luz de la CADH.

En ese entender, el conjunto de disposiciones de fuente nacional que son objeto de control de un examen de convencionalidad, se encuentra las siguientes:

- Normas del ordenamiento de un Estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: En este caso, el juez nacional determinará si es que una disposición aprobada en un periodo anterior o posterior a la asunción de las obligaciones internacionales por parte del Estado cumple con el contenido impuesto por el derecho internacional. En el caso contrario, será declarado como inconvencional. En caso de ser inconvencional, la disposición o la interpretación que se le ha dado a la misma se inaplicará al caso concreto o, si es que está dentro de las competencias del juez nacional podrá declararse inválida; es decir, siempre que el juez constitucional utilice al parámetro interamericano como norma de naturaleza constitucional dentro de un proceso de control abstracto, la norma se declarará inválida por ser inconvencional e inconstitucional; de no ser así en el caso en concreto dejaría de aplicarse (Torres, 2012, p. 94).

- Omisiones legislativas: El control de convencionalidad se practica respecto de los vacíos y omisiones legislativas. Una de las reflexiones del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito de México, fue que aunque el órgano concluyó en que el amparo por omisión no era posible, estableció lo siguiente: “La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados” (como se cita en Torres, 2012).

Entonces, el objeto de control referido, está compuesto primero por las normas del ordenamiento de un Estado, que es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en tal caso, el juez nacional determinará si es que una disposición aprobada en un periodo anterior o posterior a la asunción de las obligaciones internacionales por parte del Estado cumple con el contenido impuesto por el derecho internacional, y segundo por las omisiones legislativas; pues, el control de convencionalidad se practica respecto de los vacíos y omisiones legislativas (Torres, 2012, p. 94).

2.10.2.3. APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Respecto a los fundamentos jurídicos de control de convencionalidad, Nestor Pedro Sagüés (2011) expresa: “*Las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son tres y ambas de derecho internacional: (i) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; (ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el*

artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; (iii) a ello se suma el principio del “efecto útil” de los tratados, que obliga a los Estados a instrumentar el derecho interno para cumplir lo pactado” (p. 275).

En tal sentido, la aplicación del control de convencionalidad consiste en verificar que las normas internas no sean contrarias al Pacto, y en su caso, se dé preferencia y aplicación a estas, todo ello en su declaración, alcance y ejecución (Gozaíni, 2013, p. 290). En el caso Velásquez Rodríguez, supone que los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Torres, 2012, p. 29). En ese sentido, la adecuación del derecho interno no solo impone a quien ejerce la labor legislativa la incorporación de los estándares de derecho internacional al derecho interno, sino que además involucra a todos los órganos que aplican derecho, en este caso los jueces.

La aplicación de este control es una obligación, pues deriva del principio de *pacta sunt servanda* reconocido en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que establece que los pactos son de observancia obligatoria (Torres, 2012, pp. 22-24). Además, la sentencia del caso de “Trabajadores del Congreso vs. Perú” (2006), refiriéndose al caso Almonacid Arellano, en su punto 128 señaló: “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus

respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Dicha obligación de los jueces domésticos – de casa- u ordinarios, con el objeto de que el contenido del canon interamericano sea efectivo. Esa obligación de realizar control de convencionalidad se deriva del deber general de garantía y del de adecuación del derecho interno a los estándares de derecho internacional que en este caso se define como el canon del derecho internacional de los derechos humanos vigente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Torres, 2012, p. 29), además bien se advirtió que el control de convencionalidad tiene dos vertientes claras una primera que hace alusión a la facultad inherente a la Corte Interamericana que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la CADH, de modo que la instancia internacional es una instancia propia y autónoma de control de juridicidad, que no opera como una cuarta instancia de la justicia nacional, ni la sustituye (Caso Vargas Areco vs. Paraguay, y otros). La segunda vertiente, relativamente más novedosa, identifica el control de convencionalidad como una verdadera obligación jurídica a cargo de los jueces nacionales. A partir del caso Almonacid Arellano vs. Chile, la CIDH ha venido insistiendo en que es un deber a cargo de los operadores judiciales del nivel interno efectuar un control de convencionalidad en el momento de la aplicación de las leyes a los casos concretos, deber que se deduce de las obligaciones generales del Estado conforme con el Pacto de San José, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado parte (Londoño, 2010).

En el plano normativo, se encuentra estas obligaciones estipuladas en el artículo 1 numeral 1 y 2 y artículo 2 de la CADH, que señala:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

2. *Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”*

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En función al referido artículo 2 de la CADH, los Estados tienen la obligación de interpretar, invalidar, inaplicar las normas que son contrarias al estándar interamericano, ya que éstas son medidas que también permiten adecuar el derecho interno al contenido de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A partir de dicho dispositivo se genera el deber de verificación por parte del juez nacional principalmente o por el juez interamericano, ya que el control es complementario. Ya sea que el legislador no adecue la norma interna o que el juez aplique la norma contraria al parámetro interamericano, se genera responsabilidad internacional que luego es declarada por el tribunal internacional (Torres, 2012, p. 30). La Corte IDH ha sido explícita en ello, al señalar que esta

institución se configura por los actos u omisiones de cualquier poder del Estado. Sobre esa base, dicho tribunal verificará si el Estado ha incumplido con el deber de adecuar el derecho interno al contrastar la norma nacional con la norma interamericana, igualmente lo hará si es que hay una omisión estatal para adecuar el derecho interno a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Torres, 2012, p. 30).

2.10.3 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

2.10.3.1. ALCANCES GENERALES

Se puede afirmar que el control de convencionalidad es sinónimo del control de constitucionalidad si es que dicha figura se analiza a la luz del pluralismo jurídico que modifica la forma clásica de entender el derecho interno (Torres, 2012, p. 129).

El autor Sagúes (2010), indica que el examen de convencionalidad es distinto al examen de constitucionalidad, ya que se trata de un examen de supra constitucionalidad. Por su parte Ferrer Mac Gregor (2011), ha señalado que la supremacía constitucional se viene redimensionando –el canon convencional prevalece sobre las constituciones–, pero además de ello plantea que en determinados casos el control de convencionalidad es parte del canon de constitucionalidad. Sin embargo, ambos controles son dos instituciones distintas, pero existen similitudes en el diseño y finalidad de ambos así como en el objeto de su protección. Cuando un juez nacional lleva a cabo el control de convencionalidad se puede afirmar que se genera una identidad entre el canon de constitucionalidad y el canon de convencionalidad: ya sea en sentido formal

– que se genera cuando el parámetro de convencionalidad se ha incorporado al ordenamiento nacional con rango constitucional- o en sentido material (Torres, 2012, p.125).

Si bien el canon de convencionalidad puede tener un contenido distinto al de constitucionalidad en sentido formal, cuando el primero se incorpora al ordenamiento y al razonamiento del juez nacional, dota o complementa de contenido al estándar nacional; ambos patrones se unifican, formando uno solo (Torres, 2012, p.126). Pero la identidad se corrobora en los efectos que genera el fallo en el que se ejerció el control de convencionalidad, en el juez que lo llevó a cabo y en las modalidades de uso del canon interamericano; puede que el juez utilice un estándar de contenidos que no coincida con el interamericano, pero no por ello, el ejercicio que se realiza deja de ser control de convencionalidad o deja de identificarse con la figura de control constitucional (Torres, 2012, p.126); el primero de los mencionados pretende salvaguardar al canon interamericano mientras que el segundo, salvaguarda la constitución en sentido formal.

Ahora bien, el control de convencionalidad que lleva a cabo el juez nacional, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede ser normativo (conforme al artículo 55 del texto constitucional que establece el principio de aplicación directa de los tratados y al rango constitucional que se le ha atribuido a los tratados de derechos humanos). A lo largo del capítulo se pretende utilizar el concepto de control constitucional –que también es otro mecanismo para solucionar conflictos normativos a nivel de derecho interno– y la teoría general del Derecho, para establecer un análisis paralelo o comparativo con el control de

convencionalidad que se lleva a cabo tanto en sede nacional como en sede interamericana (Torres, 2012, p.192).

En relación con el control de convencionalidad que lleva a cabo el juez nacional la realidad permite afirmar que es posible establecer un contraste entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad que lleva a cabo el juez nacional, e incluso identificar ambas figuras. En efecto, si bien la Corte IDH ha señalado que el control de convencionalidad deben llevarlo a cabo todos los jueces (no necesariamente de competencia constitucional), tampoco niega que en determinados ordenamientos el juez de constitucionalidad sea quien lo ejecute y aplique las mismas modalidades y efectos que los del control de constitucionalidad (Torres, 2012, p.192). Un ejemplo de ello es el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* en el que la Corte IDH ha señalado que los órganos del Poder Judicial deben ejercer control de constitucionalidad y de convencionalidad, ya sea para resolver casos concretos o utilizando las otras modalidades de control normativo dentro de un ordenamiento (Torres, 2012, p.192). Asimismo, la vinculación entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad se puede comprobar si es que se da una mirada a las sentencias emitidas por los tribunales latinoamericanos de orden constitucional. De hecho la Corte ha dado cuenta de las prácticas de las altas Cortes nacionales –que usualmente ejercen control de constitucionalidad–.

En la práctica internacional, actualmente está cada vez más arraigada la idea de que se constituya un órgano supervisor de los compromisos internacionales adquiridos, en virtud de la ratificación y entrada en vigencia de un tratado

internacional. Se trata de un modelo de 'control internacional' que busca proteger la eficacia del objeto y fin del instrumento, bien en el escenario de eventuales desacuerdos o litigios particulares o, si así se dispone, ante la necesidad de dar alcance e interpretar su texto en abstracto. El espíritu que subyace en la existencia de este tipo de organismos siempre atiende a la idea de un control imparcial, extra estatal, que sea capaz de producir los efectos para los que fue constituido (Londoño, 2010).

En ese sentido, tanto el control de constitucionalidad y control de convencionalidad tienen las siguientes características comunes:

- Como núcleo la dignidad del individuo conceptuado como el “postulado esencial del que se derivan unos derechos universales, expresión de una tradición histórica y de aspiraciones y expectativas de futuro (Torres, 2012, p.149).
- Son límites frente al poder de los Estados (son además como elementos de legitimación de los Estados ante la comunidad internacional. En esa línea García Roca afirma lo siguiente: “los derechos humanos, y con más razón los que además gozan del rango constitucional de fundamentales, son uno de los límites más importantes al ejercicio del poder” (Torres, 2012, p. 151).
- Son limitables (esto es cuando entran en conflicto con otros derechos o con otros bienes jurídicos, pero también el artículo 30 de la CADH establece que las restricciones permitidas por ella al goce y ejercicio de los derechos humanos, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general) (Torres, 2012, p. 153).

- Ambos guardan la característica de universalidad (La universalidad de los derechos individuales es otra de las características de los derechos fundamentales o humanos).
- Interdependencia e indivisibilidad (Los derechos humanos o fundamentales son interdependientes e indivisibles. Al respecto, estas características suelen plantearse frente a los argumentos que distinguen entre derechos civiles y derechos sociales) (Torres, 2012, p. 156).

En líneas generales, el control de convencionalidad al igual que el control de constitucionalidad se orienta a proteger principios comunes que se encuentran en el sustento y finalidad última del Derecho. Así, el control de convencionalidad al igual que el control de constitucionalidad es una manifestación del concepto de garantismo. En ese contexto, una de sus manifestaciones más relevantes es la labor del juez como garante de los derechos del individuo en sede nacional y en sede internacional (Torres, 2012, p. 159).

2.10.3.2. EN EL PERÚ

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 que es en realidad una cláusula de apertura constitucional señala que: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*

De acuerdo con ese apartado, el control de convencionalidad y su equivalencia con la figura de control de constitucionalidad se deriva del hecho que el Tribunal Constitucional haya afirmado ello en la sentencia recaída en el expediente N° 0025-2005-AI/TC. De esa forma, en el caso que se menciona, dicho tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos *integran el ordenamiento jurídico peruano y detentan rango constitucional*, entre ellos se incluye a los que pertenecen al parámetro interamericano –esta ha sido su manera de asumirse como ordenamiento pluralista– (Torres, 2012, p. 193).

2.10.4 CONTROL DE LEGALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de legalidad y el control de convencionalidad velan por el cumplimiento efectivo del principio de legalidad, velando por la legalidad de acto – acto por comisión por omisión -, una vez realizado les da juricidad. Pues, el control de convencionalidad es un tipo de control de legalidad que se efectúa en el plano supranacional con el objetivo de valorar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales a partir de la consonancia entre la conducta del Estado y la prescripción jurídica internacional (Londoño, 2010). En este orden de ideas, un examen de convencionalidad verifica la adecuación de una conducta del Estado con una prescripción internacional establecida. En el contexto del sistema interamericano, los extremos de esta evaluación son, por un lado, el comportamiento de las autoridades públicas de un Estado parte de la CADH y, por otro, el alcance de la obligación contenida en este instrumento, según su texto e interpretación auténtica (Londoño, 2010).

Es de recordar que una de las características de los derechos es que no son absolutos sino que son limitables, y cuando se advierte plasmada en una actuación esta última característica, es que mediante el control de convencionalidad se puede verificar la legitimidad de los actos que limitan algún derecho, en ese sentido la Corte IDH ha establecido que las restricciones deben cumplir con determinados requisitos para su legitimidad, éstas son:

- a) Una restricción debe estar previamente fijada por ley y debe dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas
- b) La restricción permitida por la CADH; en su artículo 13.2 permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
- c) Las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (Torres, 2012, p. 153).

Con relación a los derechos fundamentales, en la justicia constitucional peruana los derechos protegidos por el canon de convencionalidad y constitucionalidad admiten limitaciones, y la constitucionalidad de éstas se pone a prueba a través del test de proporcionalidad antes estudiado.

2.10.5 CLAROSCUROS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DE LOS JUECES NACIONALES

La autora María Carmelina Londoño Lázaro expone este punto, y comenta que es buena la fórmula abierta que se deja en el Poder Judicial o jurisdiccional —si resulta mejor en algún contexto— el deber de adoptar medidas que procuren la eficacia interna de la Convención, y eliminar cualquier práctica que le sea manifiestamente contraria (Londoño, 2010). En función del mismo, resulta muy valiosos los esfuerzos de los Estados en procura de una integración normativa, reconocimiento y eficacia del derecho internacional e incluso, cuando resulte conveniente, aplicación directa de los tratados en el ámbito nacional; ese proceso de “cohesión” entre los dos órdenes jurídicos que ordinariamente conlleva un proceso de adecuación del orden interno, puede promoverse con distintas modalidades: leyes, actos administrativos, reformas constitucionales, políticas públicas, institucionalización de mecanismos de promoción, control, prevención, decisiones judiciales, etcétera. De manera prioritaria, se requiere que se produzca en los Estados y, especialmente, en la rama judicial, un proceso de asimilación del derecho internacional de los derechos humanos, capacitación idónea en todos los niveles en relación con los estándares interamericanos, la implementación de un sistema de monitoreo que apunte a la unidad, de acuerdo con los parámetros nacionales que ya se encuentren establecidos o deseen establecerse. De esa manera, es al Estado mismo a quien le corresponde seleccionar un mecanismo de control, y será la Corte quien evalúe la eficacia de ese control (Londoño, 2010).

El control de convencionalidad procura la unidad y la integración, y en su ejercicio debe tenerse en cuenta que debe ser ejercido por los jueces nacionales con el fin de inaplicar una norma del orden interno *manifiestamente contraria* a la CADH; y de acuerdo con ello, es preciso que la Corte Interamericana *previamente* haya reconocido un *estándar internacional obligatorio* y con efectos *generales, consistente* en su jurisprudencia y *razonable*, esto es, legítimamente inferido del texto convencional, y la función judicial en sí misma debe *observar las formas y competencias prescritas en el orden nacional*, siempre y cuando este mismo estatuto normativo respete las garantías del debido proceso legal y recurso judicial efectivo, esto es, que no las contradiga *manifiestamente* (Londoño, 2010).

En consecuencia, según la autora, esta nueva figura tiene múltiples efectos positivos: refuerza el concepto de Estado de derecho, porque promueve decisiones judiciales más legítimas porque apuntan a reconocer las garantías más amplias que protegen a la persona humana, margen de ampliación que obedece a consideraciones jurídicas establecidas en un conjunto de fuentes que tienden cada vez más a la integración y correspondencia (Londoño, 2010).

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación tiene un diseño cualitativo, pues se busca verificar la necesidad de un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de la presente investigación es como sigue:

- Descriptivo: Estudio analítico sobre el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos y sobre la trascendencia de éstas en los casos de flagrancia.
- Propositivo: Estudio que evaluará la necesidad de realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos en los casos de flagrancia, por lo que se propondrá o aportará posibles soluciones.

3.3. MÉTODOS

Observación.

3.4. TÉCNICAS

Observación Documental; se realizará un análisis e interpretación.

3.5. INSTRUMENTOS

- Ficha de Registro - Observación Documental

3.6. OTROS RECURSOS NECESARIOS

Por ser una investigación cualitativa se requiere de libros de derecho procesal penal, además de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional y por la Corte IDH; respecto a los sujetos que se necesita, será de fiscales, de jueces de investigación preparatoria, abogado litigante, etc. Para lo cual el método es el de observación, así como el proceso del análisis de las unidades de estudio son la revisión, estudio, análisis.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. SITUACIÓN PLANTEADA

Del estudio de la revisión de la literatura se advirtió una situación real de la práctica, en base a la cual también se expondrán los resultados de la presente investigación, y en palabras concretas, esa situación consiste en lo siguiente: una persona es intervenida en flagrancia delictiva, entonces es detenida por un plazo no mayor de 48 horas, plazo donde el Fiscal en aras de la investigación actúa diversas diligencias, adoptando para ello medidas restrictivas de derechos; y una vez culminado el plazo, si el Fiscal decide requerir la prisión preventiva, la detención se prolonga hasta la realización de la audiencia que deberá ser programada dentro de las 48 horas contados a partir de la presentación del requerimiento. En la audiencia, primero se discutirá sobre la concurrencia del primer presupuesto de la prisión preventiva, es decir, los fundados y graves elementos de convicción, que en su mayoría están conformados por las medidas restrictivas de derechos; luego, el juez más allá de ser garante de los derechos fundamentales, creando una presunción de legalidad, considera a tales medidas como elementos de convicción que pese a requerir de confirmación judicial, en dicho momento, no lo están.

Es de resaltar que con la actuación de dichas medidas se restringen derechos fundamentales, y posteriormente, las mismas, sirven de presupuesto para la prisión preventiva que también restringe uno de los derechos más preciados que es la libertad. Sin embargo, en un marco del control de convencionalidad, los derechos pueden ser restringidos y no violados, eso debe ser garantizado por los procedimientos y en caso de que la actuación ya se realizó, debe ser evaluado - controlado - para su consideración y/o validez. Entonces, se plantea

la interrogante de si es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente a la audiencia de prisión preventiva, realizada en contra de un detenido que fue intervenido en flagrancia delictiva. Para su respuesta, este capítulo responde a dicha pregunta general, en torno a la cual gira la investigación; por lo que se pasa a estudiar y analizar diferentes puntos.

4.2. IMPORTANCIA DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS ACTUADAS EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA

4.2.1. ACTUACIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

4.2.1.1. REQUISITOS DE LA ACTUACIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

La “restricción de los Derechos Fundamentales” constituye un instrumento necesario para el Derecho Procesal porque la eficacia procesal del conjunto de medidas restrictivas que se acuerdan y practican en el marco de un proceso está supeditada al cumplimiento de los presupuestos y requisitos que las conforman debido a que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales pueden acordarse en distintos órdenes jurisdiccionales, ello significa que los indicados presupuestos y requisitos han de cumplirse cuando se adopten en el proceso penal, civil y contencioso- administrativo (Cabezudo, 2010, p. 178).

La Corte IDH ha sostenido que los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental; los mismos que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 06 de agosto de 2008). Al respecto, San Martín Castro expresa que, cualquier medida de restricción de derechos fundamentales debe estar prevista legalmente en la propia Constitución o derivarse de ella, en garantía de los demás derechos, intereses o bienes constitucionalmente protegidos.

Pues el concepto de restricción de Derechos Fundamentales se configura mediante la interrelación de tres elementos: en primer lugar, que la actuación estatal incida sobre el ámbito de protección del derecho; en segundo término, que dicha actuación estatal constituya una intromisión eventualmente vulneradora, lo que conforma el supuesto de hecho del derecho fundamental, y, en tercer lugar, que la mencionada intromisión sobre el ámbito de protección del derecho, se justifique, de conformidad con un límite y, en última instancia, con el principio de proporcionalidad (Cabezudo, 2010, p. 163).

En ese sentido, además de que deben ceñirse al principio de legalidad y deben perseguir fines constitucionalmente legítimos, existen otros requisitos más, específicos en cada caso. Debido a que de no ser así, más allá de “restringiendo”, se estaría “vulnerando” los derechos fundamentales, a través de diversas actuaciones, entre ellas pudiera ser de manera positiva – actuación de

parte de quien representa al Estado- o de manera negativa – omisión del Estado al no disponer la protección efectiva de derechos fundamentales.

El autor Cesar San Martin Castro (2014, p. 509)acotó, al decir que en el plano concreto de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, su adopción requiere:

- En *primer lugar*, la existencia de motivos perentorios para decretarlas (necesidad e indispensabilidad de la medida, esto es, que de otro modo no será posible obtener la información que se requiere para acreditar el hecho o la vinculación delictiva del investigado).
- En *segundo lugar*, que se presente un supuesto de peligro de desaparición de la fuente de prueba que pretende recabarse.
- En *tercer lugar*, que haya una relación de pertinencia y utilidad entre el objeto de investigación, la información que se pretende obtener y la limitación de derecho fundamental.

Ahora, un ejemplo que expone la autora María José Cabezudo Bajo (2010) es que en el caso de una medida de allanamiento, señala que si la entrada o registro se ha llevado a cabo con el consentimiento del titular o en virtud de alguno de los dos límites indicados, de un lado, la resolución judicial o, de otro, el supuesto del delito flagrante, sin perjuicio de que asimismo sea respetuosa con el principio de proporcionalidad dicha entrada o registro domiciliario será una medida constitucionalmente legítima y, en consecuencia, podrá considerarse como una medida restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (p. 163), pero si no estuviese justificada *ex Constitutione*, se trataría de una

actuación definitivamente vulneradora del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En ese mismo sentido, la doctrina también ha clasificado existen requisitos que deben cumplirse para la legitimidad de toda limitación de un derecho fundamental: a) requisitos derivados del principio de intervención indiciaria; b) requisitos derivados del principio de proporcionalidad; y c) garantía de ejecución de la restricción.

a. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN INDICIARIA

Cesar San Martin Castro (2014, p. 506) señala que este principio exige que toda limitación de un derecho fundamental requiere de “indicios de criminalidad” o “indicios delictivos”, cuyo nivel de exigencia vaciará según el derecho limitado, el estado y circunstancias de la causa, y el carácter o naturaleza de la medida; por tanto, será necesario, según los casos, desde *sospechas simples a sospechas vehementes*. Los elementos que existan deben permitir al juez estimar la posible o probable existencia de una conducta delictiva, y la participación en ella del imputado o de la persona contra quien se dicta la medida, de esa forma en cierta parte habrá fundamento para limitar un derecho fundamental para luego analizarse la intensidad de la restricción.

En ese mismo sentido, Asencio Mellado en su estudio de la jurisprudencia formada a partir del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, precisamente de la Sentencia de fecha 06 de setiembre de 1978- Caso Klass, dando cuenta de ese fallo sostiene que “(...) La restricción de derechos en el

ámbito de una investigación penal, solo resulta justificada frente a personas sobre las que recaigan indicios delictivos, esto es, se trate, en términos procesales, de imputados” (Asencio, 1998, p. 153) y señala que con esta sentencia se persigue garantizar que las medidas restrictivas se adopten únicamente “*a posteriori*” de la comisión de un delito, y se dirijan a su investigación.

b. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Se permite la restricción de derechos fundamentales, pero se exige que tales intromisiones, adoptadas y practicadas sobre el correspondiente ámbito de protección, ámbito de la libertad ideológica o religiosa, o de la libertad personal, ámbito domiciliario, de la libertad de comunicación deben ser conformes al principio de proporcionalidad (Cabezudo, 2010, p. 177). Angélica María Burga Coronel expresa que este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho, se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales (Burga, 2016, p. 257).

Puntualiza al respecto Pedar Peñalva, que en este ámbito, el principio de proporcionalidad exige que los derechos fundamentales solo han de ser

limitados en la estricta medida en que fuere inevitable para amparar intereses generales; la intromisión ha de ser adecuada y necesaria para alcanzar el fin de aseguramiento del procedimiento de conocimiento o de ejecución, de la administración de justicia penal; objetivo que debe ser alcanzado a través de un medio idóneo y menos gravoso, reconociendo que la carga impuesta ha de estar en razonable relación con las ventajas que derivarán tanto para el investigado como para la generalidad (como se cita en San Martín, 2014, p. 507).

También en la doctrina se ha distinguido que el principio de proporcionalidad importa dos tipos de requisitos cuales son los extrínsecos al contenido de la medida (judicialidad y motivación), y los requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta)(Gonzales- Cuellar, 1990, p. 136). Entonces expresa:

- El requisito de *judicialidad* es de carácter subjetivo. Solo los jueces pueden limitar derechos fundamentales, por ejemplo la intervención de la autoridad judicial es previa a la propia limitación, salvo que expresamente y por excepción se habilite a la autoridad administrativa para llevarla a cabo, como es el caso del allanamiento y de la detención en flagrante delito. Ante un pedido de limitación de un derecho fundamental corresponde al juez decidir si la medida requerida respeta este principio, lo que puede obligarle a interferir legítimamente en las tareas investigadoras a efectos de autorizar o no las medidas solicitadas, es decir, a juzgar si son arbitrarias o excesivas (Gonzales- Cuellar, 1990, p. 136).

- El requisito de *motivación* es de carácter formal. En el caso de tratarse de la limitación de derechos fundamentales, las resoluciones judiciales deben ser motivadas, siempre escritas, donde mencione la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustenta, es decir, que deben no solo la interpretación jurídica de las normas implicadas, sino también los criterios decisivos para la subsunción de los hechos concretos enjuiciados, sin que a ello obste que pueda ser escueta o concisa (San Martín, 2014, p. 508).
- El requisito de *idoneidad* exige que la medida que debe imponerse en un caso concreto debe ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos (obtención y aseguramiento de determinada fuente de prueba, de bienes delictivos o libros- según el caso-, o de la persona del imputado). Según el Tribunal Constitucional, el análisis de la idoneidad supone, “(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante” (como se cita en San Martín, 2014, p. 508). Es decir, la idoneidad debe ser medida con relación a los derechos o principios que se encuentren comprometidos; porque en sí este requisito hace referencia, objetiva y subjetivamente a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, tanto cualitativamente (concreción de la medida en función al objetivo perseguido, v. gr. Allanamiento para conseguir pruebas), como cuantitativamente (duración de la intervención) (como se cita en San Martín, 2014, p. 508).

- El requisito de *necesidad*. Este sub principio se trata del “análisis de una *relación medio-medio*”, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos (Burga, 2016, p. 259). Se exige que cuando se decrete la medida limitativa se tenga en consideración: a) La esencialidad de la propia medida para evitar, de no adoptarse, la frustración de la investigación; y b) si el resultado perseguido con la medida puede obtenerse por otra vía limitativa menos intensa, en cuyo caso debe optarse por esta última, pues no podrá autorizarse cuando el mismo fin pueda alcanzarse por medios menos gravosos (Calderón, Choclán, 2002, p. 214).
- El requisito de *proporcionalidad en sentido estricto* exige que la esfera de actuación de los derechos fundamentales no puede ceder ante la persecución de un ilícito de escasa relevancia social; es del caso ponderar la intesidad de la limitación del derecho fundamental y el interés socialmente protegible tanto con la gravedad de la infracción, medida en función de la pena conminada, como con la conducta propia del sujeto que se pretende reprimir (Asencio, 1989, p. 98). El Tribunal Constitucional ha establecido que “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental” (Burga, 2016, p. 260).

En ese sentido, Burga Coronel (2016) afirma que el principio de proporcionalidad resulta aplicable cuando existe intervención estatal en los derechos fundamentales, además de que se aplica el principio de proporcionalidad a fin de atemperar los excesos que se presenten en cada caso. El autor nacional San Martín Castro (2014, p. 510) explica que la Corte Suprema en una interesante decisión, a propósito del allanamiento de domicilio, estipuló lo siguiente para autorizar una medida instrumental restrictiva de derechos:

“La entrada y registro domiciliario al conllevar una injerencia en los derechos fundamentales individuales constitucionalmente reconocidos, solo puede encontrar justificación cuando se dan tres supuestos: a) *proporcionalidad* (es lo que se llama estricta proporcionalidad), procediendo esta pretensión cuando se persiga un delito grave, no pudiendo concederse en infracciones de escasa consideración; b) *subsidiaridad* (es lo que se llama necesidad), solo debe otorgarse cuando no exista otro medio de investigación menos dañoso, en atención a que se está afectando derechos fundamentales; y c) *razonabilidad* (que es lo que se llama idoneidad), vale decir que deben existir motivos suficientes para concluir que dicha medida va a ser útil y cumplir con su finalidad de descubrir o comprobar que el hecho o circunstancia es importante para el fin del proceso” (Exp. Nro. 4776-98-A, 14 de agosto de 1988).

Sin embargo eso no es todo, sino que el principio de proporcionalidad, en estas condiciones, se asienta sobre dos presupuestos:

- El primero en lo *formal*, constituido por el principio de legalidad, pues el postulado básico de la legitimidad de la medida es el de *legalidad* o principio

de *tipicidad procesal*. Lo que expresa la primacía de las leyes en el sistema democrático, y exige que toda ley especifique tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos (San Martín, 2014, p. 505).

- El segundo por el *material*, el principio de justificación teleológica. Los valores que se tratan de salvaguardar al limitarse el derecho fundamental, deben gozar de fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores que representan los derechos restringidos teniendo en consideración que la limitación de derechos debe tender a la consecución de fines legítimos. Las medidas instrumentales restrictivas de derechos, en sí mismas, buscan obtener la verdad y de este modo consolidar la justicia como fuente de toda decisión de la jurisdicción, lo que tiene un amparo constitucional (San Martín, 2014, p. 505).

Finalmente, la autora Cabezudo Bajo (2010, p. 178) que dichas injerencias son constitucionalmente legítimas cuando:

- Las actuaciones de los poderes públicos han de constituir “intromisiones”;
- Dichas intromisiones deben caer en el “ámbito de protección” de los derechos fundamentales; y
- Tales intromisiones deben resultar respetuosas con las exigencias derivadas del «principio de proporcionalidad.

c. GARANTÍA DE EJECUCIÓN DE LA RESTRICCIÓN

La medida ha de ser ejecutada con respeto a unas mínimas garantías que tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado, como la integridad de la persona investigada (Asencio, 1998, p. 127). Por ejemplo en un caso la presencia y dirección del Fiscal en su ejecución inicial, conocimiento de cargos, respeto del derecho de defensa y control judicial ulterior y permanente, etc. En esta misma perspectiva, en tanto elemento que integra esta garantía, la ley debe prever los recursos impugnatorios correspondientes y la posibilidad de instar reclamos o solicitudes efectivas para garantizar la provisionalidad, racionalidad y temporalidad de la medida, es decir, su permanente revisión (San Martín, 2014, p. 509).

4.2.1.2. VIOLACIÓN POR OMISIÓN EN LA ACTUACIÓN DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

La inclusión de las “violaciones por omisión” en la noción de restricción de los Derechos Fundamentales supone lo siguiente, que el ámbito de protección del derecho puede resultar vulnerado, no sólo por una actuación de los poderes públicos, sino por su omisión en el deber de garantizarlo; en consecuencia, las intromisiones pueden ser ocasionadas, no sólo de forma intencionada, con cobertura jurídica y con carácter inmediato, sino también de forma involuntaria, con carácter fáctico y de forma mediata; y, finalmente el principio de proporcionalidad opera cuando se trata de violaciones ocasionadas por una “actuación” de los poderes públicos, exigiendo la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas; sin embargo, en caso de violaciones “por omisión”, el principio de proporcionalidad lleva a considerar

principalmente al Poder Legislativo como el destinatario de tal deber de protección, sin perjuicio de que asimismo el órgano jurisdiccional tenga que aplicar el juicio de adecuación y necesidad, en el caso concreto (Cabezudo, 2010, p. 178). En otras palabras, las medidas que restringen derechos por su naturaleza deben estar legalmente previstas donde se regule los requisitos que conforman la noción de restricción de los derechos fundamentales; y también han de orientarse al cumplimiento de unos fines constitucionalmente legítimos.

4.2.2. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS QUE REQUIEREN CONFIRMACIÓN JUDICIAL

En el supuesto de alguna intervención de una persona en flagrancia, se desencadenan varias medidas restrictivas de derechos - *dependiendo del delito* -, dando lugar a actuaciones urgentes por parte de la Policía o el Fiscal, ello con el fin de recoger indicios y evidencias; y, por las circunstancias en que dichas medidas fueron adoptadas, sin autorización judicial previa, es que requieren de confirmación judicial.

En el CPP, en su Título III denominado “La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos”, se encuentra diversos capítulos que desarrollan la restricción de derechos, siendo los siguientes:

- El Control de Identidad y la Videovigilancia.
- El Control de Identidad Policial.
- La Videovigilancia.
- Las Pesquisas.
- La Intervención Corporal.

- El Allanamiento.
- La Exhibición Forzada y la Incautación (La Exhibición e Incautación de Bienes, La Exhibición e Incautación de Actuaciones y Documentos no Privados)
- El Control de Comunicaciones y Documentos Privados (La Interceptación e Incautación Postal, La Intervención de Comunicaciones y Telecomunicaciones, El Aseguramiento e Incautación de Documentos Privados)
- El Levantamiento del Secreto Bancario y de la Reserva Tributaria.
- La Clausura o Vigilancia de Locales e Inmovilización.

En el artículo 203 numeral 3 del CPP, se regula la figura de la “confirmación judicial”, del cual, se desprende que existe una excepción a la regla general respecto a la actuación de medidas restrictivas de derechos – *con orden judicial* -, en tal sentido, la Policía o el Ministerio Público pueden realizar actos de investigación, restringiendo derechos fundamentales de las personas aun sin orden judicial, ello, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación; para tal caso, el Fiscal deberá solicitar inmediatamente la confirmación judicial de las medidas adoptadas, a fin de que el Juez de Garantías verifique si fueron obtenidas sin la violación de derechos fundamentales; ya que, la confirmación judicial persigue dotar de judicialidad a dichas medidas; además, de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo (Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, 16 de noviembre de 2010).

Las actuaciones referidas *que requieren confirmación judicial son las siguientes:*

- Aseguramiento e incautación de documentos privados (artículo 232 y 233 del CPP)
- Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos (artículo 234 numeral 2 del CPP)
- Exhibición e incautación de bienes (artículo 218 numeral 2 del CPP)
- Intervenciones corporales (artículo 211 numeral 3 del CPP)
- Allanamiento (artículo 214° numerales 1 y 3 del CPP).
- Clausura, vigilancia de locales e inmovilización de bienes muebles (artículo 241 del CPP).

4.2.2.1. MEDIDA RESTRICTIVA: ASEGURAMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

El artículo 232 del CPP estipula que cuando la Policía o el Fiscal, al realizar un registro personal, una inspección en un lugar o en el curso de un allanamiento, encuentra en poder del intervenido o en el lugar objeto de inspección o allanamiento un documento privado, y no ha recabado previamente la orden de incautación con arreglo al artículo 233 del mismo código, se limitará a asegurarlo –sin examinar su contenido-, sin perjuicio que el Fiscal lo ponga a inmediata disposición judicial, antes de vencidas las veinticuatro horas de la diligencia, acompañando un informe razonado y solicitando dicte orden de incautación, previo examen del documento. El Juez resolverá dentro de un día de recibida la comunicación bajo responsabilidad.

4.2.2.2. MEDIDA RESTRICTIVA: ASEGURAMIENTO E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS CONTABLES Y ADMINISTRATIVOS

En este caso el artículo 234 del CPP se refiere al aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos, y establece que la Fiscalía, o la Policía por orden del Fiscal, cuando se trata de indagaciones indispensables para el esclarecimiento de un delito, puede inspeccionar los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de una persona, natural o jurídica. Si de su revisión considera que debe incautar dicha documentación, total o parcialmente, y no cuenta con orden judicial, se limitará a asegurarla, levantando el acta correspondiente. Acto seguido el Fiscal requerirá la inmediata intervención judicial, antes de vencidas veinticuatro horas de la diligencia, acompañando un informe razonado y el acta respectiva, solicitando a su vez el mandato de incautación correspondiente; rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 230° y 231° referidos a la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles; y al registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación.

4.2.2.3. MEDIDA RESTRICTIVA: INCAUTACIÓN

La incautación como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos se encuentra prevista desde los artículos 218 al 223 del CPP, el primer artículo señalado dice:

Artículo 218°.- Solicitud del Fiscal

1. Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del

delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.

2. La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

Como tal, es una medida limitativa de derechos en la investigación preliminar y preparatoria, y *restringe los derechos* “que tienen que ver con la propiedad o de dominio sobre el patrimonio” (Hurtado, s.f., p. 4), que se encuentran constitucionalmente protegidos en el artículo 2 numeral 16 de la Constitución.

El autor Roberto Eduardo Cáceres Julca, señala que el secuestro y/o incautación consiste en el apoderamiento forzoso por parte de la autoridad del Ministerio Público de los objetos del delito o los instrumentos con los que se hubiere ejecutado, así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente del delito, así se encuentre en poder de personas naturales o jurídicas (como se cita en Garay, 2008, p. 2).

De esa forma, en la práctica, es a través de esta medida que se busca obtener y asegurar los bienes utilizados o vinculados a la comisión del delito; y cuando se realiza se deja constancia en las actas y registros correspondientes, y es posible que se efectúe una incautación sin contar con orden judicial pues resulta

necesario ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, en cuyo caso, el fiscal requerirá la confirmación judicial inmediata y El juez expedirá la resolución correspondiente, dando así estabilidad judicial a la medida.

Entonces, cuando sea necesario presentar el requerimiento de confirmación judicial de una incautación de objetos o instrumentos utilizados en los hechos materia del delito, se narra los hechos materia de investigación de forma detallada, describiendo los instrumentos utilizados al momento de la comisión del delito, referencia a la norma adjetiva que ampara la pretensión y se describe los elementos de convicción, acompañándose copia fedateada de las actas de incautación en el respectivo requerimiento, que describe claramente el lugar donde fueron encontrados los instrumentos del delito, quién lo incautó y en qué situación se realizó dicha diligencia (Garay, 2008, p. 4).

Se sabe que la evidencia obtenida por medio de la incautación podría ser desechada si se verifica que ha sido obtenida mediante violación de derechos fundamentales; en ese caso, si la incautación no es confirmada, la evidencia obtenida por este mecanismo no podrá ser admitida al momento del control de acusación. Esta inadmisibilidad de la prueba se denomina en la jurisprudencia americana como regla de exclusión, estrechamente ligada a los mecanismos de obtención de prueba, entre ellos la incautación (Torquemada, s.f., 12).

4.2.2.4. MEDIDA RESTRICTIVA: INTERVENCIÓN CORPORAL

El artículo 211 de CPP está referido al examen corporal del imputado y estipula que:

“Artículo 211°.- Examen corporal del imputado

- 1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético -moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial.*
- 2. Si el examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición suya debe ser admitida otra mujer o un familiar.*
- 3. El Fiscal podrá ordenar la realización de ese examen si el mismo debe realizarse con urgencia o hay peligro por la demora, y no puede esperar la orden judicial. En ese caso, el Fiscal instará inmediatamente la confirmación judicial.*
- 4. La diligencia se asentará en acta. En esta diligencia estará presente el Abogado Defensor del imputado, salvo que no concurra pese a la citación correspondiente o que exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, en cuyo caso podrá estar presente una*

persona de la confianza del intervenido siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir de la intervención del Abogado Defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido.

5. El Ministerio Público, o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa. En caso contrario, se pedirá la orden judicial, para lo cual se contará con un previo dictamen pericial que establezca la ausencia de peligro de realizarse la intervención”.

Rives Seva define las intervenciones corporales como una medida de investigación que se realiza sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él (Rives, 1996, p. 223).

Según Gil Hernández, los posibles actos de intervención corporal son tales como la realización de exámenes de identificación técnico-policial, que requieren la toma de huellas y de fotografías; la realización de exámenes médicos, radiológicos y/o ecográficos, que requieren cortes de pelo, barba, etc.; la realización de exámenes químicos, que requieren de extracción de sangre, orina u otros fluidos corporales, así como funciones lumbares o extracción del líquido encéfalo- raquídeo (como se cita en San Martín, 2014, p. 528). En este caso la

medida puede ser realizada por el Fiscal o la Policía a conocimiento del primero. En estos casos, para su ejecución se requiere intervención de un experto o profesional sanitario, cuya opinión, acerca de lo riesgoso de la medida, será determinante para recabar o prescindir la orden judicial.

4.2.2.5. MEDIDA RESTRICTIVA: ALLANAMIENTO

En los artículos comprendidos desde el 214 al 217 del CPP se refieren al allanamiento donde se describe que para su actuación previamente se debe solicitar al Juez, pero también se desprende que se encuentra permitido en caso de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración.

Ahora bien, en la actuación de la medida de *allanamiento*, el derecho a restringir es, la inviolabilidad de domicilio reconocida en nuestra Carta Magna, en su artículo 2 numeral 9, que dice que toda persona tiene derecho “*a la inviolabilidad del domicilio...*”, éste es un derecho fundamental, y como recuerda Francisco Ramos Méndez, tiene un carácter instrumental, pues tiende a defender los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de las personas, de ahí que exista un nexo indisoluble entre la citada norma y la del artículo 2 numeral 6 de la Constitución, que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, nadie puede ingresar en un domicilio ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave de su perpetración.

Gimeno Sendra (2012) señala que la principal garantía para proteger el derecho a la intimidad personal y social del individuo, es evidente que el allanamiento ha de estar orientado a garantizar ese derecho, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico proteja también otros bienes constitucionales o incluso ordinarios, por ejemplo el secreto profesional, industrial, etc. En ese contexto, Tomé Paule define al allanamiento como aquella actividad ordenada por el Juez, donde puede utilizarse incluso la fuerza física para que los agentes de la Policía o funcionarios de la Fiscalía puedan acceder al interior de un domicilio; la actividad subsiguiente es el *registro* mediante la cual las personas autorizadas por el juez pueden proceder a la búsqueda, localización y ocupación (secuestro o incautación) de los efectos o instrumentos del delito que pudieran ser hallados o a la persecución y detención del presunto delincuente (como se cita en San Martín, 2014, p. 514); de todo lo actuado se levantará el acta correspondiente.

4.2.2.6. MEDIDA RESTRICTIVA: CLAUSURA, VIGILANCIA DE LOCALES E INMOVILIZACIÓN DE BIENES MUEBLES

Al respecto el artículo 241 del Código Procesal señala que:

“Artículo 241.- Clausura, vigilancia e inmovilización de urgencia

El Fiscal podrá ordenar y ejecutar, por razones de urgencia o peligro por la demora, la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de los bienes muebles, cuando sea indispensable para iniciar o continuar la investigación. Efectuada la medida, antes de vencidas las veinticuatro horas de realizada la diligencia, solicitará al Juez la resolución confirmatoria y para el efecto adjuntará copia del acta”.

4.2.3. CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHO

4.2.3.1. APROXIMACIÓN

Como se ha visto, en los diversos actos procesales o procedimentales, lo que rige es el principio de legalidad, y para verificarse su cumplimiento, se realiza el control de legalidad, y en el caso de que las actuaciones restrinjan derechos fundamentales, también. En ese sentido, se analizará la aplicación del test de legalidad -antes citado- consistente en: la noción de bien común como condición de legitimidad de la ley, el criterio de necesidad: la opción que menos restrinja el derecho protegido y la proporcionalidad como medida.

El control de legalidad de cualquier posible restricción a los derechos humanos, es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la primacía del principio de legalidad en el orden jurídico interamericano. Sin embargo lo que la Corte Interamericano de Derechos Humanos sugiere, supera las raíces formalistas de sus orígenes, y más bien propone como principio de juridicidad en sentido lato; es decir, amplía el significado de principio de legalidad, no condicionándolo únicamente al ámbito penal sino que también apela a la necesidad de controlar la "juridicidad" de las actuaciones del Estado, de conformidad con lo que podría denominarse un nuevo *corpus iuris* de los derechos humanos (como se cita en Vigo, 1984).

En este contexto, la autora Londoño Lázaro (2010) en su estudio de los pronunciamientos de la Corte IDH sostiene:

- En primer lugar, que el control de legalidad de las restricciones a derechos fundamentales que surge del principio general de legalidad, exige en la tarea judicial una valoración sobre el grado de adecuación de la conducta de las autoridades públicas con el derecho, entendiendo que derecho no es sólo el orden jurídico nacional, sino también el internacional en cuanto complementa la garantía y protección a los derechos fundamentales de los individuos.
- En segundo lugar, que el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es una fórmula que se deriva del principio de legalidad, por cuanto apunta a determinar la legalidad o adecuación a derecho de una actuación del Estado en el marco jurídico de la CADH, cuyo ejercicio corresponde primeramente a los jueces internos, dado un conjunto de condiciones esenciales para su operatividad.
- Finalmente, de una mirada conjunta a estas dos figuras: legalidad y convencionalidad en la jurisprudencia interamericana, supera el modelo de validez formal de los actos jurídicos, y se les valora como "jurídicos" porque son justos, ajustados a derecho o legítimos.

Al pretenderse realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos, Manuel E. Ventura Robles (s.f.) expresa que es en el campo de la administración de justicia donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real en el los ámbitos internos e internacionales de protección. Es decir, se debe evaluar la legalidad no solo con garantías nacionales sino también con internacionales.

Burga Coronel (2016, p. 266) comenta que considerando que después de dos guerras mundiales, el mundo finalmente entendió que era necesario reconocer todos aquellos derechos que desde tiempos remotos se consideraban como inherentes al ser humano, y plasmarlos en instrumentos jurídicos supranacionales que constituyeran el marco de referencia dentro del cual deben desarrollar su vida cotidiana los Estados; imponiéndose la obligación de que todos los derechos contenidos en estos instrumentos internacionales sean incorporados en su orden jurídico interno; lo cual se manifestó en constitucionalizar tales derechos, para luego, adecuar toda ley a lo establecido en la Norma Fundamental, lo que implica además, derogar todas aquellas leyes que sean contrarias a esta norma que protege los derechos fundamentales.

En ese sentido, el Estado es responsable de brindar todas las condiciones necesarias para que dentro de su territorio se garantice la protección efectiva de los derechos fundamentales y el hecho de hablar de “protección efectiva”, implica constitucionalizar derechos pero además adecuar todo el ordenamiento jurídico de forma tal que funcione en armonía y ofrezca una protección total de los derechos, lo que conlleva también que ofrezca recursos efectivos que los ciudadanos puedan “activar” para lograr la defensa de los derechos que consideren vulnerados (Burga, 2016, p. 266).

Siendo ello así, en cuanto a los derechos y/o garantías no basta con su positivización en normas constitucionales u otro tipo de norma, sino que es necesario se garantice su cumplimiento a través de otra legislación u otros mecanismos.

Ahora bien, uno de los mecanismos para verificar la correspondencia entre un acto y la Constitución, puede ser el control de constitucionalidad, el mismo que se identifica con el control de convencionalidad, ambos funcionan como parámetro controlador tanto de “actos” – por comisión- como de “no actos” -por omisión-. En ese mismo sentido, y respecto a la omisión legislativa, el control de convencionalidad promueve la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales a través de un fallo que dé cuenta del vacío normativo y su incompatibilidad con el canon interamericano (Torres, 2012, p. 216). Grabarczyk señala lo siguiente:

“El control de convencionalidad que realizan los tribunales nacionales es un examen de compatibilidad y no un control de conformidad en sentido estricto. Siempre que se cumplan es estándar mínimo de la Convención, "las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas para la aplicación de sus obligaciones convencionales” (como se cita en Torres, 2012).

Y según el estudio efectuado por María Carmelina Londoño Lázaro (2010), estas ideas pueden vislumbrarse en toda la jurisprudencia de la Corte que se refiere a la legalidad o licitud de restricciones a derechos humanos. Reiterándose, la licitud de las medidas que restringen derechos, por tratarse de derechos humanos está determinada por el régimen jurídico nacional y también se encuentra profundamente ligada a las prescripciones de los tratados internacionales que en esta materia hayan sido adoptados por el Estado y, en todo caso, a los imperativos del *ius cogens* internacional (Londoño, 2010).

Pues, el principio de legalidad en el sistema interamericano se impone como irradiación de un concepto de derecho amplio que integra al desarrollo constitucional y legal nacional con el internacional, que en mejor medida garantice la primacía de los derechos humanos; de modo que en este sustrato nuevamente se entrecruzan las nociones de legalidad y legitimidad. Lo cual se deduce por cuanto la verificación que se hace en el sistema interamericano sobre la licitud - legalidad en sentido amplio - de una conducta del Estado que afecta los derechos fundamentales de un individuo o grupo de individuos, tiene en cuenta tanto los referentes internos como los internacionales y, a los ojos de la Corte IDH, sólo será legítima la restricción si la medida, además de legal conforme con el orden nacional, es “convencional” por cuanto se ajusta a los estándares internacionales en la materia.

Esa valoración bifocal de legalidad y legitimidad, responde a un mismo criterio de evaluación: la licitud o legalidad como sujeción a derecho. Por tanto, la legitimidad de las actuaciones que limitan derechos fundamentales hunde sus raíces en la conformidad de la conducta con los criterios formales y sustanciales de ley nacional, así como la internacional cuando ésta expande la órbita de protección a la dignidad humana (Londoño, 2010).

4.2.3.2. POR SI MISMO

La Corte IDH al revisar casos donde se aplicaban medidas restrictivas de derechos humanos, elaboró el análisis de los criterios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de manera conjunta; explicó el criterio de proporcionalidad en sí mismo, teniendo como objeto determinar si la restricción

impuesta a un caso concreto resultaba estrictamente proporcional, de tal manera que *"el sacrificio inherente a aquella no result[ara] exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtien[ían] mediante tal limitación"*. Así, la Corte (como se cita en Londoño, 2010) define con precisión los elementos del análisis estricto de proporcionalidad, y los enumera de la siguiente manera:

- "i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- iii) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro".

En ese sentido, al aplicarse una medida restrictiva de derecho, aparece la cuestión del equilibrio de medidas en principio lícitas pero desproporcionadas, lo que subraya la complejidad de la observancia del principio de legalidad que subyace en la CADH. Más aún si el principio de legalidad transversal en el texto convencional apela a la forma y a la sustancia, al estándar nacional y también al internacional (Londoño, 2010). Además se ha señalado que desde la perspectiva estatal, el principio de legalidad informa la conducta de todos sus órganos, pero ya no exclusivamente a partir del referente de la Constitución y la ley nacional, sino también del derecho internacional de los derechos humanos, porque invoca en primera instancia el derecho interno, contando con el hecho de que sea consonante con el derecho internacional que protege las garantías mínimas de los seres humanos; y en caso de fallar esta última condición, el sistema interamericano prevé una segunda oportunidad de control interno ineludible a cargo de los jueces nacionales, ante cuya falencia el juez internacional estará

habilitado para actuar a través del control de convencionalidad, figura que puede entenderse como una nueva dimensión del principio de legalidad (Londoño, 2010).

Así las cosas, la autora María Carmelina Londoño Lázaro (2010), a quien se sigue, expone que el alcance que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos ha dado al principio de legalidad y al ejercicio de este control por parte de los jueces, particularmente, en algunos casos de restricción a derechos fundamentales; y el reciente concepto de “control de convencionalidad” desarrollado por la Corte IDH, se desprende justamente de la trascendencia que la Corte misma ha dado a la noción de control de legalidad en el marco de las nuevas exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, de modo que podría decirse que el “control de convencionalidad” responde a una nueva dimensión del principio de legalidad, en cuanto supone la valoración judicial de una conducta del Estado como ajustada a derecho.

4.2.3.3. LA CONFIRMACIÓN JUDICIAL COMO UN MECANISMO DEL CONTROL DE LEGALIDAD

Cuando en casos de flagrancia delictiva, el Fiscal adopta diversas medidas restrictivas de derechos para que finalmente, de manera objetiva, pueda evaluar si en contra del detenido se requerirá la prisión preventiva o se continuará la investigación; entre dichas medidas, existen las que requieren de confirmación judicial, y es ésta la que funciona como un mecanismo de legalidad de la actuación de las medidas restrictivas de derechos.

Al respecto es necesario recordar que el constitucionalismo, en la formulación y evolución que puede llamarse clásica, se caracterizó por la acendrada defensa de las garantías del individuo frente al Estado y por una limitación de la esfera del poder de éste a través de divisiones funcionales y encuadrado dentro de esquemas o espacios legalmente predeterminados (Vazquez Rossi, s.f., p. 46); y que los derechos-garantía son cláusulas constitucionales que definen los ámbitos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto del proceso, el régimen de actuación de las partes, así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia, con su doble finalidad: a) imparcial aplicación del derecho, por lo que pretende evitar la obtención de la verdad a cualquier precio; y b) evitar situaciones de indefensión y violación de derechos fundamentales materiales (San Martín, 2006, p. 89).

Es en ese marco la confirmación judicial es un mecanismo del control de legalidad, que busca revestir de judicialidad y legalidad a las medidas restrictivas de derechos que se actuaron si autorización judicial, de esa forma, una vez que la actuación de una medida es confirmada judicialmente, se convierte válido como un instrumento probatorio dentro de la investigación o el proceso penal.

En el CPP peruano se encuentra expresamente previsto la confirmación judicial, en su artículo 203 numeral 3, señala lo siguiente:

“Artículo 203°.- Presupuestos

3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la

demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile”.

En el caso colombiano también se observa la previsión de la figura de confirmación judicial con algunas medidas restrictivas de derechos, en el artículo 14 del Código de Procedimientos Penales donde señala que:

“Artículo 14.- Intimidad

Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.

No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.

En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.

Además en el artículo 48 del mismo Código de Procedimientos Penales de Colombia hace referencia al trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso, que señala:

“Artículo 84.-

Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado”.

4.2.4. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Para evaluar la necesidad de una legalidad, debemos tomar en cuenta que la Constitución implica una legalidad fundamental por encima de la voluntad de quienes ejercen el poder, que sólo es válido en la medida en que se desarrolle dentro de los parámetros legales (Vazquez Rossi, s.f., p. 219). Asimismo, la normativa internacional es un parámetro de legalidad.

En ese sentido, la normativa relacionada a los derechos fundamentales y a las garantías que deben estar presentes en el contexto donde se encuentra el presente trabajo, son como por ejemplo:

El artículo 2 numeral 24 literal “b” de la Constitución que señala:

*“... **Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas**” (énfasis añadido).*

De igual forma, sostiene la CADH en su artículo 7.1; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.1 expresa:

*“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 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**” (énfasis añadido).*

Por otro lado, para la restricción de otros derechos fundamentales, se debe considerar que el artículo 1 de la Constitución contempla que:

*“La defensa de la persona humana y el **respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado**” (énfasis añadido).*

Pues, aquellas afecciones a los derechos fundamentales, tiene una delimitación en su aplicación que es exigencia del mismo artículo 44 primer párrafo de la Constitución, que consagra:

*“**Son deberes primordiales del Estado:** defender la soberanía nacional; **garantizar la plena vigencia de los derechos humanos;** proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (énfasis añadido).*

También es de consideración, el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala:

*“**Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales** en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” (énfasis añadido).*

Asimismo la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 30 establece:

*“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren **por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas**” (énfasis añadido).*

La misma Convención, en su artículo 2, expresa:

*“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los **Estados Partes se comprometen a adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, **las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades**” (énfasis añadido).*

Con similar objeto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2 precisa:

*“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” (énfasis añadido).*

4.2.5. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Como se ha visto, en la persecución del delito se aplican las normas del derecho procesal penal, las mismas que han sido diseñadas bajo principios que permiten garantizar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, frente al ejercicio del poder punitivo; lo que debería procurarse desde los primeros actos de investigación, a eso lo llamamos como debido

proceso, desde su óptica adjetiva; pues, de nada valen los derechos estipulados en la Constitución sino se precisan garantías para su reconocimiento.

Ahora bien, en la situación que se planteó en el presente trabajo, el investigado intervenido en flagrancia delictiva, es detenido por no más de 48 horas; en tal plazo, el Fiscal en búsqueda de elementos de convicción que permitan el esclarecimiento de los hechos, actúa diligencias, entre ellas medidas restrictivas de derechos que, por las circunstancias, fueron actuadas sin autorización judicial previa; sin embargo, en todo tiempo debe atenderse a que se encuentra prohibido tratos inhumanos o degradantes, observarse las garantías procedimentales y procesales, respetarse la presunción de inocencia y demás garantías; en resumen, se debe velar por el debido proceso, pues el imputado, a quien se le atribuye la comisión de un delito, es precisamente por esa razón por la cual se investiga la causa adoptando medidas y programando diligencias para conocer la verdad procesal; sin embargo, no deja de ser un sujeto de derechos fundamentales, lo cual el Estado deberá garantizarlo por ser su fin supremo.

Las medidas a las que se hace referencia son el allanamiento, intervenciones corporales, exhibición e incautación de bienes, aseguramiento e incautación de documentos privados, clausura, vigilancia de locales e inmovilización de bienes muebles, las mismas que posteriormente y si correspondiese serán confirmadas judicialmente, lo cual es necesario porque con las medidas restrictivas de derechos, como su nombre lo señala, en su actuación restringieron derechos fundamentales, tales como la intimidad, propiedad, inviolabilidad de domicilio, entre otros.

En ese contexto, una vez que el representante del Ministerio Público presente el requerimiento de confirmación judicial de las medidas restrictivas de derechos ante el Juez de Investigación Preparatoria, este último verificará la legalidad de la actuación de tales medidas, pues la confirmación judicial actúa como un mecanismo de control de legalidad. Por ello es que en el CPP peruano se ha previsto esta figura, y también con mayor precisión en el Código de Procedimientos Penales.

Con la figura de la confirmación judicial, se busca revestir de judicialidad y legalidad a tales medidas restrictivas de derechos. Además, se debe velar por las exigencias constitucionales e internacionales que ha de cumplir dichas medidas que inciden directamente en derechos fundamentales de una persona, los mismos que bien pueden ser restringidos bajo ciertos parámetros más no vulnerados.

La confirmación judicial significa la prevalencia de la jurisdicción y la necesidad de una tutela judicial cuando se trata de limitar derechos fundamentales, el Juez se pronunciará sobre razonabilidad y amparo jurídico de la propia medida, también si en el caso concreto medió urgencia y peligro por la demora para llevarse a cabo dicha medida, deberá verificar si para su actuación se ha observado el principio de proporcionalidad, o que se haya actuado en caso de sospecha de actuación, así también en caso de que no exista otro medio de investigación menos dañoso, por cuanto se está afectando derechos fundamentales, debían existir motivos que indiquen que la medida va a ser útil y cumplir con su finalidad, deberá verificar que los valores que se tratan de

salvaguardar al limitarse el derecho fundamental, deben gozar de fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores que representan los derechos restringidos, todo ello en conformidad a lo previsto en los artículos 202 al 204 del CPP; en caso de que el Juez considere que alguno ellos no se cumplió, denegará la confirmación solicitada por el Fiscal, entonces las pruebas obtenidas de ese modo se consideran ilegales, carecerán de valor conviccional y no podrá ser ameritadas en modo alguno, sino procede su exclusión.

De esa forma, la confirmación judicial, cumpliría su función como aquella figura que garantice eficazmente ninguna injerencia arbitraria y el respeto de los derechos fundamentales en la actuación de las medidas restrictivas de derechos, en conformidad a la norma Constitucional que prevee los derechos fundamentales, el CPP que estipula el procedimiento y normas internacionales como la CADH, que expresa que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona.

En ese sentido, el control de legalidad al manifestarse a través de la confirmación judicial respecto a las medidas restrictivas de derechos, persigue dotar de judicialidad y estabilidad instrumental a dichas medidas; quedando así contrastada la primera hipótesis específica.

4.3. TRASCENDENCIA DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS EN UNA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA

4.3.1. REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CASO DE FLAGRANCIA

Existen diferentes supuestos donde el representante del Ministerio Público puede requerir al Juzgado de Investigación Preparatoria el mandato de prisión preventiva en contra de una persona, quien está siendo investigada y en cuya contra aún no se tiene una sentencia condenatoria firme. Uno de estos supuestos es cuando el imputado se encuentra detenido por flagrancia; según el artículo 264 numeral 1 del CPP y el artículo 2 numeral 24 literal f de la Constitución, el plazo de la detención policial de oficio o la detención preliminar, dura máximamente cuarenta y ocho (48) horas, no obstante, podrá durar hasta un plazo no mayor de quince (15) días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas; a cuyo término señalados, el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o, si solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa; en el caso de que el Fiscal requiera la prisión preventiva del imputado, la detención se mantiene hasta la realización de la audiencia que debe llevarse dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la presentación del requerimiento del Fiscal.

En ese orden, llegado el momento de la audiencia de prisión preventiva donde concurren el Fiscal, el imputado y su abogado defensor, se instala la audiencia y se prosigue con el debate de la concurrencia o no de los siguientes puntos:

- Fundados y graves elementos de convicción.
- Prognosis de pena mayor a 4 años.
- Peligro procesal.
- La proporcionalidad de la medida.
- La duración de la medida.

Según la Casación Nro. 626-2013, el otorgamiento de prisión preventiva no requiere certeza de la imputación sino un alto grado de probabilidad. En relación a los actos de investigación se hará un análisis de suficiencia, evaluará individual y conjuntamente estos, su fiabilidad y aporte respecto del hecho; el fiscal debe sustentar el aspecto fáctico y acreditación, abogado de la defensa, allanarse o refutarlo (causa de justificación, irresponsabilidad, inculabilidad, error, otros), luego juez valora y se pronuncia.

4.3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el caso planteado el Fiscal requiere la prisión preventiva del imputado que fue detenido en flagrancia. En la audiencia, se advierte que el primer presupuesto que se debatirá son los “fundados y graves elementos de convicción”, donde según la normativa del Código Procesal Penal, el Fiscal ofrece aquellas medidas restrictivas de derechos ya actuadas, ya sean las de allanamiento, intervenciones corporales, exhibición e incautación de bienes, aseguramiento e incautación de documentos privados, clausura o vigilancia de locales e inmovilización de bienes muebles.

Entonces, en audiencia, el Juez de Investigación Preparatoria – Juez de garantías que debe velar por los derechos y garantías - las considera como tal,

pese a que previamente no han sido objeto de confirmación judicial pese a que por su naturaleza lo requería. De esa forma, el Juez, más allá de ser garante de los derechos fundamentales, incurre en crear una presunción de legalidad de tales elementos de convicción conformado por medidas restrictivas de derechos, que junto a otros presupuestos, darían lugar a la futura restricción del derecho de la libertad física del imputado, a través de la prisión preventiva.

Ello sucede toda vez que en el CPP peruano, no indica en qué plazo deberá requerirse la confirmación judicial de las medidas restrictivas de derechos que así lo requieran, por lo que para la audiencia de Prisión preventiva, el fiscal no lo solicita, sino que las presenta sin dicha confirmatoria judicial y lo efectúa incluso después de haberse dictado el mandato de prisión preventiva; sin embargo, para que se otorgue la medida cautelar más gravosa dentro del proceso penal, que es precisamente la prisión preventiva, debe existir una serie de filtros procesales, pues con este mandato se restringirá uno de los derechos más preciados del ser humano que es la libertad personal –con el cual se pueden gozar libremente los demás derechos - , ello después de que al imputado se le restringieron derechos fundamentales con la actuación de dichas medidas de los cuales sin la confirmatoria no se tiene control sino solo una presunción de su legalidad para ser consideradas como elementos de convicción.

Entonces, para que se restrinja el derecho a la libertad, es necesario pasar por un procedimiento, además el artículo 7 de la CADH se refiere al derecho a la libertad personal, y expresa que toda persona tiene derecho a la libertad, que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las

condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 numeral 1 expresa que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal y que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Y en caso ser privado de su libertad, se realizará con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Pero, como bien se ha estudiado, el ámbito de protección de los derechos fundamentales, puede ser vulnerado no sólo por una actuación de los poderes públicos, sino por su omisión en el deber de garantizar dicha protección de derechos fundamentales; así, las intromisiones pueden ser ocasionadas también de forma involuntaria, con carácter fáctico y de forma mediata, por lo que en la situación concreta antes planteada, las medidas que restringen derechos por su naturaleza deben estar legalmente previstas donde se regule los requisitos que conforman la noción de restricción de los derechos fundamentales; y también deberán orientarse al cumplimiento de unos fines constitucionalmente legítimos.

Es por estas razones que, como se dijo, todas las actuaciones o medidas que se vayan a realizar en contra del imputado se deberán actuar con las debidas garantías, analizándose cada peldaño que dirige a algún mandato que restringe derechos fundamentales. De ese modo, las medidas restrictivas de derechos como la incautación, el registro personal, el allanamiento, etc constituyen los fundados y graves elementos de convicción, requisito que conjuntamente con otros dan lugar a la prisión preventiva; quedando así contrastada la segunda hipótesis específica.

4.4. TIEMPO EN QUE ES NECESARIO REALIZAR UN CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS EN CASO DE REQUERIRSE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA, EN EL MARCO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4.4.1. EL MARCO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como se ha advertido, en la normativa nacional e internacional, señala que el Estado tiene la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. En preciso, la Corte IDH ha sostenido que los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental; y cualquier medida de restricción de derechos fundamentales debe estar prevista legalmente. De esa forma, en caso de existir una restricción de derechos fundamentales, su configuración debe estar compuesta por los siguientes elementos: que la actuación estatal incida sobre el ámbito de protección del derecho, que dicha actuación estatal constituya una intromisión eventualmente vulneradora, lo que conforma el supuesto de hecho del derecho fundamental, y que la mencionada intromisión sobre el ámbito de protección del derecho, se justifique de conformidad con un límite y, en última instancia, con el principio de proporcionalidad.

Y es que se ha ido estudiando que en caso de que haya una persona intervenida en flagrancia, procede su detención en donde en búsqueda de la verdad procesal se actúan medidas que restringen derechos fundamentales como la intimidad,

propiedad, inviolabilidad de domicilio, etc., posteriormente, es posible que se pretenda el mandato de prisión preventiva que restringe el derecho fundamental de la libertad personal. Lo que hace entrever que resulta necesario un control de legalidad de estas medidas restrictivas de derechos, utilizando uno de sus mecanismos que es la confirmación judicial.

Es de resaltar que toda configuración y actividad de los órganos del Estado, debe realizarse bajo la observación del principio de legalidad que comprendería el respeto por el procedimiento, y por los derechos y garantías que supone el proceso para que pueda reputarse como justo, legítimo y válido. Pues, la legalidad procesal importa que todos los actos de proceso penal se efectúen en observancia de lo previsto por el CPP; pero también debe tenerse en cuenta lo señalado por la Corte IDH que a través de su jurisprudencia ha hecho numerosos aportes en relación con el alcance sustancial de la legalidad, los efectos que de este principio se desprenden y las obligaciones que se derivan para los Estados.

En el contexto de estudio, tendrá que verificarse que en la actuación de alguna medida se esté acorde con el principio de legalidad, desde sus dos puntos como contención - al ejercicio del poder público que encuentra en la ley su fundamento y margen de actuación - y como protección - garantía individual, en cuanto preserva la órbita individual libre de intervención estatal, salvo en los casos previstos en la ley-, pues, el principio de legalidad no se restringe en el ámbito penal sino también a materia administrativa o incluso a cualquier otra en la que se ejercite el poder punitivo del Estado. De ahí que se puede exigir la eficacia de este principio en el proceso penal desde los inicios de la investigación, como es

en la actuación de las medidas restrictivas de derechos, más aun si la Corte IDH amplía el significado de principio de legalidad, apelando a la necesidad de controlar la “juridicidad” de las actuaciones del Estado, en lo que tenga que ver con los derechos humanos. Por lo que, debe atenderse a este principio en tanto se actúe alguna medida restrictiva de derechos, siendo necesario estar sometida a controles estrictos que impidan la vulneración de los atributos inviolables de la persona humana.

Por otro lado, la misma Corte IDH efectuó un tipo “Test de Legalidad”, que puede aplicarse para determinar la licitud de una "restricción legal" a un derecho fundamental, en donde se exige una serie de condiciones que apelan principalmente a las nociones de interés general o bien común, el criterio de necesidad y el de proporcionalidad. Entonces cualquier medida de restricción de los derechos humanos será legítima en cuanto se ajuste a las condiciones legales y constitucionales del orden nacional – como se ha desarrollado - y a las exigencias establecidas en el orden internacional.

El control de legalidad de las restricciones a derechos fundamentales que surge del principio general de legalidad, que exige en la tarea judicial una valoración sobre el grado de adecuación de la conducta de las autoridades públicas con el derecho, entendiendo que el derecho no solo es el orden jurídico nacional, sino también el internacional; además de que el control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es una fórmula que se deriva del principio de legalidad, por cuanto tiene por objeto determinar la legalidad o adecuación a derecho de una actuación del Estado.

Entonces, en las actuaciones de las medidas restrictivas de derechos debe realizarse el control de legalidad por cuanto así lo prevé la normativa nacional e internacional, pues la licitud de las medidas que restringen derechos, por tratarse de derechos humanos está determinada por el régimen jurídico nacional y también se encuentra profundamente ligada a las prescripciones de los tratados internacionales que en esta materia hayan sido adoptados por el Estado y, en todo caso, a los imperativos del *ius cogens* internacional. De esa forma, sólo será legítima la restricción si la medida, además de legal conforme con el orden nacional, es “convencional” por cuanto se ajusta a los estándares internacionales en la materia (valoración bifocal de legalidad y legitimidad).

Además, la Corte IDH ha dado al principio de legalidad y al ejercicio de este control por parte de los jueces, particularmente, en algunos casos de restricción a derechos fundamentales; y el reciente concepto de control de convencionalidad desarrollado por la misma Corte, el cual responde a una nueva dimensión del principio de legalidad, en cuanto supone la valoración judicial de una conducta del Estado como ajustada a derecho.

En ese contexto, es necesario analizar dentro del marco de la situación antes detectada y expuesta, en el sentido de que se advirtió de que en una audiencia de prisión preventiva, que se realiza en contra de un detenido en flagrancia delictiva, se discute la concurrencia de los presupuestos, donde el primero que son los fundados y graves elementos de convicción, se encuentra conformado por las medidas restrictivas de derechos que haber sido previamente objeto de confirmación judicial, son consideradas como elementos de convicción; lo que

se debe a que en la norma procesal penal peruana no se ha previsto o no se ha ordenado al Fiscal requerirse o al Juez realizar, la confirmación judicial de las medidas – control de legalidad - y que una vez sea así, estas medidas con el estado de “confirmadas judicialmente” recién puedan ser consideradas como elementos de convicción; situación que según la normativa nacional e internacional referida a los derechos humanos, a garantizarse su efectivo goce, o a la prisión preventiva como medida excepcional y que debe pasar una serie de filtros para su dación, no debe ser así, sino que el Estado debe verificar que las medidas actuadas cumplan con una “legalidad” establecida, que si bien es cierto se realizará dentro de un tiempo a requerimiento del Fiscal, sin embargo ello debe realizarse antes de que se dicte el mandato de prisión preventiva, en tanto para esta medida cautelar se toma en cuenta las medidas restrictivas de derechos.

Actualmente, el Estado antes de que las medidas restrictivas de derechos sean tomadas en cuenta para un pronunciamiento como es la prisión preventiva, no está verificando la legitimidad de las medidas, lo cual se ha generado porque la legislación que es el CPP no ha previsto el tiempo en que el Fiscal debe requerir la confirmación judicial de las medidas que así lo requieran en caso de flagrancia delictiva, entonces, existe una omisión al no haberse previsto esta situación.

Sin embargo, por el análisis antes realizado respecto a la importancia de la confirmación judicial de la actuación de las medidas restrictivas de derechos que así lo requiere, antes de dictarse el mandato de prisión preventiva se debe analizar la legalidad de dichas medidas a través de la figura de la confirmación

judicial, y lo debe realizar el Juez de Investigación Preparatoria o Juez de garantías, pues es necesario, por un tema de control de convencionalidad, para ello es necesario considerar que la Constitución en el artículo 1° establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en el artículo 44° establece que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, también en su artículo 2.24.b establece que toda persona tiene derecho a la libertad y que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley, además en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que sostienen que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en la ley, además en el Pacto se advierte que expresa que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, y en la misma normativa, en su artículo 17.1 señala que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Asimismo, en la CADH sobre Derechos Humanos, en su artículo 30 establece que las restricciones permitidas no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, asimismo en la CADH, en su artículo 2, establece claramente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la misma CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De esa forma, el objeto de control está constituido por la omisión señalada precedentemente, y el parámetro controlador, es la normativa internacional y constitucional referida a los derechos humanos, por cuanto el Estado debe velar por la efectividad de la normativa previamente especificada. En ese sentido, por el control de convencionalidad sobre la omisión, se advierte que es necesario que se realice la confirmación judicial como un mecanismo de control de legalidad, de aquellas medidas restrictivas que así lo exijan, en caso de que se requiera la prisión preventiva de aquel imputado intervenido en flagrancia delictiva.

4.4.2. EL PLAZO PARA LA CONFIRMACIÓN JUDICIAL

En el CPP, en su Título III referido a la búsqueda de pruebas, y la restricción de derechos, en el artículo 203 numeral 3 señala que:

“3.- Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile”

De ahí se desprende que podrá realizarse una medida restrictiva de derechos ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, donde también en la práctica se incluye a los casos de flagrancia

o en caso de peligro inminente de su perpetración; en cuyos casos se requerirá la confirmación judicial, donde la norma dice que será inmediatamente o en los artículos correspondientes a las medidas también señala que se requerirá, y no da un tiempo específico, excepto en la medida de Clausura, vigilancia e inmovilización de urgencia, donde en el artículo 241 del CPP señala que antes de vencidas las veinticuatro horas de realizada la diligencia, solicitará al Juez la resolución confirmatoria.

Pero como se ha señalado, las medidas restrictivas de derechos requieren de *confirmación judicial siendo necesaria ésta para darles estabilidad judicial, pues en caso contrario se aplica la “regla de exclusión”, al respecto Fray Tomás de Torquemada (s.f.) citando a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico ha señalado que:*

“Al referirnos a la ‘regla de exclusión’, contenida en la Sección 10 del Artículo II de nuestra Constitución, expresamos en Toll vs. Adorno Medina, 92 JTS 49, Opinión y Sentencia del 29 de abril de 1992, en lo pertinente que: “Podemos decir que la regla de exclusión encarna tres propósitos ínsitos en el Art. II, Sec. 10. Primero, disuadir y desalentar a los funcionarios del orden público que violen la protección constitucional (“deterrence”). Se reconoce que este elemento disuasivo realmente es el más fundamental. Segundo, integridad judicial. Los tribunales no deben ser cómplices de actos de desobediencia a la Constitución y admitir evidencia ilegalmente obtenida. Y Tercero, impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilícitos; de otra manera la ciudadanía perdería confianza en el gobierno’. Además y

como señala el Profesor Ernesto Chiesa, la 'regla de exclusión' se extiende a 'evidencia derivativa' que ha sido obtenida como 'fruto' de evidencia primaria que ha sido obtenida ilegalmente, esto es '... a otra evidencia cuyo origen está vinculado estrechamente a la evidencia obtenida originalmente en violación de la protección constitucional'. Como resulta obvio, estamos hablando de la llamada doctrina 'del fruto del árbol ponzoñoso'" Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

Pues la confirmación tiene como fin revestir la legalidad a la evidencia obtenida por las medidas restrictivas de derechos y evita arbitrariedades, de hecho es un mecanismo de control de legalidad. Según se ha estudiado, la consecuencia de la inobservancia del requisito de la confirmación es necesariamente la inadmisibilidad de la prueba o evidencia, es decir, su exclusión del proceso. En otros sistemas más exigentes, como el chileno, no se contempla la confirmación, tal como fluye del texto del artículo 9 del CPP chileno, Título I de Principios Básicos equivalente a nuestro Título Preliminar (Torquemada, s.f. 12).

4.4.3. EN EL MARCO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos

jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la CADH (Londoño, 2010).

Si bien se reconoce en la decisión que los jueces internos se encuentran sujetos al imperio del derecho nacional, asimismo se enfatiza que los funcionarios judiciales deben abstenerse de aplicar normas contrarias a la Convención, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado por desconocer las obligaciones generales que surgen de la CADH, esto es, el deber de garantía, y la obligación del Estado de ajustar su derecho interno, de conformidad con los parámetros convencionales (Londoño, 2010), como precedentemente se ha estudiado.

Ahora, en el artículo 2 de la Convención señala que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos. La omisión de este deber por parte de los jueces genera responsabilidad al Estado, puesto que es un principio de derecho internacional el que indica que todos los órganos del Estado, independientemente de su denominación interna y su jerarquía, comprometen su responsabilidad (Londoño, 2010).

En ese contexto, dicha obligación de adecuación del derecho interno incluye, por un lado, la eliminación de *normas y prácticas* de cualquier naturaleza contrarias

al tratado y, por otro, la promoción de *normas y prácticas* conducentes para la efectiva observancia de las garantías convencionales. Esta obligación apunta a que "los Estados, en el cumplimiento del deber general de respetar y garantizar los derechos, deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental". En consecuencia, la aplicación de la norma anticonvencional quebranta la obligación exigible a todos los órganos del Estado de eliminar cualquier tipo de *práctica* contraria a la CADH y, viceversa, si el Poder Judicial desarrolla una práctica adecuada —como sería el control de convencionalidad de leyes manifiestamente contrarias al pacto— cumple con el deber que le impone la misma Convención (Londoño, 2010).

La obligación judicial de controlar la convencionalidad de los distintos actos de poder del Estado es una concreción del principio consuetudinario que indica que el derecho interno nunca es excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales y que, por tanto, de acuerdo con el principio de buena fe en las relaciones internacionales, es obligación del Estado parte en un tratado internacional —como es la CADH— ajustar su ordenamiento jurídico para hacerlo compatible con las obligaciones adquiridas en aquel escenario (Londoño, 2010).

Esta será la única sentencia en la que se puntualiza que el ejercicio del control de convencionalidad, en todo caso, está sujeto al marco de las competencias judiciales internas y las regulaciones procesales. En palabras del tribunal, "[e]sta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos

de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones" (Londoño, 2010). En este sentido, el tribunal reitera que los jueces tienen el deber de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

4.4.4. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Por lo que se ha ido exponiendo, el Fiscal no requiere la confirmación de las medidas restrictivas de derechos sino después de haberse realizado la audiencia de prisión preventiva, donde tales medidas constituían, en su mayoría, el primer requisito de la prisión preventiva que son los fundados y graves elementos de convicción.

Sin embargo, resulta necesario realizarse el control de legalidad, a través de la confirmación judicial, de tales medidas, pero en el CPP no se especifica el plazo en que deberá realizarse y es por eso que no se realiza, de esa forma el juez de investigación preparatoria no debe incurrir en crear una presunción de legalidad suponiendo que las medidas restrictivas de derechos, fueron actuadas conforme a ley, más por el contrario debe realizar un real control de las medidas restrictivas de derechos; siendo el momento para ello, por no existir otro más oportuno, previamente al mismo debate de la prisión preventiva; ya que, con la actuación de estas medidas restrictivas de derechos se recogieron evidencias o indicios –

fundados y graves elementos de convicción-, los cuales constituyen en cierta parte, uno de los presupuestos de la prisión preventiva, medida que además de perseguir fines procesales, restringe el derecho fundamental de la libertad personal.

Es así que queda contrastada la tercera hipótesis específica consistente en que es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia ello en el marco del control de convencionalidad.

4.5. PROPUESTA DE LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS PREVIAMENTE A UNA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA

Estando a la situación planteada y al estudio realizado, la confirmación judicial de las medidas restrictivas de derechos debe realizarse previamente a una audiencia de prisión preventiva; lo cual puede hacerlo– de oficio- el Juez de Investigación Preparatoria o Juez de garantías, pues tiene la facultad de realizar un control de convencionalidad (consistente en verificar que el ordenamiento jurídico, las omisiones y la interpretación que realicen los órganos aplicadores del derecho interno de un Estado- *que es el objeto de control-* , sea compatible o se efectivice el cumplimiento de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y afines –*entiéndase parámetro controlador-*).

Asimismo, para tal fin, el Fiscal debe requerir la confirmación judicial y ésta debe discutirse antes de desarrollarse la prisión preventiva, de esa manera, el CPP vigente fije que, en caso de flagrancia, y si el Fiscal solicita la prisión preventiva del detenido, requiera también la confirmación judicial de la actuación de las medidas restrictivas de derechos que así lo exijan, siendo la discusión de esa confirmación judicial como un mecanismo del control de legalidad: un requisito de procedibilidad para llevarse adelante el debate de la prisión preventiva, entonces el momento será previamente a la misma audiencia señalada, bajo responsabilidad del Juez de Investigación Preparatoria.

V. CONCLUSIONES

- En caso de que una persona sea intervenida en flagrancia, procede su detención, en cuyo plazo el Fiscal, en busca de elementos de convicción que vinculen al imputado con el hecho punible, adopta medidas que restringen derechos fundamentales del detenido, las cuales después de haber sido actuadas requieren de la confirmación judicial, la cual es un mecanismo de un control de legalidad, pues, con ella se reviste de judicialidad, de estabilidad instrumental o de legalidad a las tales medidas, cumpliendo su función de garantizar eficazmente que en la actuación de las medidas no hubo injerencia arbitraria alguna y se efectuó conforme a la correspondiente normativa nacional e internacional.
- En la audiencia de prisión preventiva llevada en contra de una persona detenida en flagrancia, se considera como fundados y graves elementos de convicción a aquellas medidas restrictivas de derechos (allanamiento, intervenciones corporales, exhibición e incautación de bienes, aseguramiento e incautación de documentos privados, clausura o vigilancia de locales e inmovilización de bienes muebles), que pese a requerir de confirmación judicial, no lo están, de forma tal que el Juez de Investigación Preparatoria crea una presunción de legalidad de la actuación de tales medidas restrictivas de derechos que dieron a lugar a los elementos de convicción, los cuales juntamente a otros presupuestos, dan lugar a la prisión preventiva, y consigo a la futura restricción de uno de los derechos más preciados que es la libertad física del imputado.

- En el CPP, en caso de solicitarse prisión preventiva en contra del detenido en flagrancia, no indica con precisión el momento en que deberá realizarse la confirmación judicial de la actuación de aquellas medidas restrictivas de derechos que así lo requieren, dándose así una omisión, pues no se vela la efectividad de las normas constitucionales e internacionales cuando estas exigen que se verifique la no vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, por la importancia de la confirmación judicial y por lo ordenado por la normativa nacional e internacional en cuanto a los derechos fundamentales, es decir, realizando un control de convencionalidad sobre la omisión y supuesto señalados, es necesario que se realice la confirmación judicial como un mecanismo de control de legalidad, de aquellas medidas restrictivas que así lo exijan; ello previamente al desarrollo de la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia.
- El Juez Investigación Preparatoria o Juez de garantías, realizando un control de convencionalidad, puede realizar *–de oficio–* el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente al desarrollo de la audiencia de prisión preventiva realizado en contra del intervenido en flagrancia. Asimismo, el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos debe constituir un requisito de procedibilidad para el desarrollo de una audiencia de prisión preventiva que se pidió en contra de un detenido en flagrancia, para lo cual el fiscal deberá formular un requerimiento de confirmación judicial de las medidas restrictivas de derechos que así lo requieran y el Juez, atendiendo a dicho requerimiento, debe evaluar su pedido antes de desarrollarse la audiencia de prisión preventiva.

VI. RECOMENDACIONES

- Que, previamente al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, se realice la confirmación judicial como un mecanismo de control de legalidad, de aquellas medidas restrictivas que así lo exijan, para dotarles de judicialidad y de estabilidad instrumental o de legalidad.
- El Juez de Investigación Preparatoria o Juez de garantías, debe realizar –de oficio- dicho control de legalidad, ello, pues tiene la facultad de realizar un control de convencionalidad (consistente en verificar que el ordenamiento jurídico, las omisiones y la interpretación que realicen los órganos aplicadores del derecho interno de un Estado- *que es el objeto de control-* , sea compatible o se efectivice el cumplimiento de lo establecido en la CADH y afines –*entiéndase parámetro controlador-*)
- Que, el CPP vigente fije que, en caso de una intervención en flagrancia, y si el Fiscal solicita la prisión preventiva del detenido, requiera también la confirmación judicial de la actuación de las medidas restrictivas de derechos que, por las circunstancias en las que fueron actuadas, así lo requieran, y atendiendo a ello, el Juez de Investigación Preparatoria deberá programar que esta discusión sobre la legalidad de las medidas restrictivas de derechos sea un requisito de procedibilidad para llevarse adelante el debate de la prisión preventiva.

VII. REFERENCIAS

- EXPEDIENTE N° 0014-2006-PI/TC (19 de Enero de 2007). Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima c. Congreso de la República. El Tribunal Constitucional
- EXPEDIENTE N° 2096-2004-HC (27 de Diciembre de 2004). El Tribunal Constitucional.
- EXPEDIENTE N° 3741-2004-AA/TC (14 de Noviembre de 2005). El Tribunal Constitucional.
- CASO BOYCE Y OTROS VS. BARBADOS. (20 de Noviembre de 2007). La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CORTE IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.(12 de Agosto de 2008). La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116 (16 de Noviembre de 2010). *Asunto: Incautación*. La Corte Suprema de Justicia.
- AMORETTI PACHAS, M. (2007) *Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*. Lima: Editores Grijley.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (1998). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- ASUNTO DEFENSORÍA DEL PUEBLO C. LEGISLACIÓN SOBRE TERRORISMO AGRAVADO, Exp. Nro. 005-2001-AI/TC (El Tribunal Constitucional 15 de Noviembre de 2001).
- BALBUENA, P., Días Rodriguez, L., & Tena De Sosa, F. (2008). *Los principios fundamentales del proceso penal vistos por nuestras cortes de apelación* (Vol. 1). Colección Jurídica Finjus- Unibe.
- BAUMANN, J. (1986). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Depalma.

- BURGA CORONEL, A. M. (2016). El Test De Ponderación o Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Gaceta Constitucional Nro. 47*, págs. 253-267.
- BUSTAMANTE MARTINEZ, J. C. (s.f.). La prisión preventiva en el nuevo modelo procesal penal, conflictividad en su naturaleza jurídica. *Alerta Informativa-Loza Avalos Abogados*.
- CABEZUDO BAJO, M. J. (s.f.). La Restricción de los derechos fundamentales: Un concepto en evolución y su fundamento constitucional. En Derecho Procesal, *Revista de Derecho Político*. Obtenido de mcabezudo@der.uned.es
- CAFFERATA NORES, J. (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Del Puerto S.R.L.
- CAFFERATA NORES, J. (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. La Influencia De La Normativa Supranacional Sobre Derechos Humanos De Nivel Constitucional En El Proceso Penal Argentino. (C. d. Sociales, Ed.) Buenos Aires: Del Puerto S.R.L.
- CALDERÓN CEREZO, Á., & Choclán Montalvo, J. (2002). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Dykinson.
- CALDERÓN SUMARRIVA, A., & Aguila Grados, G. (2012). *El ABC del derecho constitucional* (Segunda ed.). Lima: EGACAL.
- CAROCCA PÉREZ, A. (2005). *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal* (Tercera ed.). Santiago: Lexis Nexis.
- CASACIÓN N° 626-2013/MOQUEGUA (30 de Junio de 2015). Corte Suprema de Justicia.
- CASO BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ, Fondo, reparaciones y costas. (02 de Febrero de 2001). La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (06 de Agosto de 2008). La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- CASO NOGUEIRA DE CARVALHO Y OTRO VS. BRASIL (2006 de Noviembre de 2006). *Excepciones preliminares y fondo*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CASO RICARDO CANESE VS. PARAGUAY (31 de Agosto de 2004). La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CASO RÍOS Y OTROS VS. VENEZUELA. (28 de Enero de 2009). Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CASO TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ (24 de Noviembre de 2006). La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CASO VARGAS ARECO VS. PARAGUAY. (26 de Setiembre de 2006). Excepciones preliminares y fondo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CERNA GARCÍA, R. A. (s.f.). *Flagrancia delictiva: Comentarios a su modificatoria por Ley N° 2956 . Alerta Informativa- Loza Avalos .*
- CLARIA OLMEDO, J. (s.f.). *Derecho Procesal Penal* (Vol. Tomo II). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- DE LA OLIVIA SANTOS, A. (1993). *Derecho Procesal Penal*. Madrid.
- DEL RÍO LABARTHE, G. “. (2008). La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal*, pág. 100.
- EJECUTORIA SUPREMA, Exp. Nro. 4776-98-A (14 de Agosto de 1998). Corte Suprema de Justicia.
- FERRER MAC GREGOR, E. (2011). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 917- 967.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1998;). *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Primera ed.). Costa Rica: Secretaría De La Corte Interamericana De Derechos Humanos- San José.

- GARAY MERCADO, M. (2008). *Requerimientos de confirmación de incautación en caso de intervenciones en delitos flagrantes*. Obtenido de El proceso de pérdida de dominio & Las medidas cautelares en la investigación preliminar. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/9_Requerimientos_de_confirmacion_de_incautacion_en_delitos_flagrantes.pdf.
- GARMENDIA CEDILLO, X. (s.f.). *Control Difuso y Control Convencional de Constitucionalidad*. Obtenido de [http://www. Tjffa.gob.mx/investigaciones /pdf/control difuso ycontrolconvencional.pdf](http://www.Tjffa.gob.mx/investigaciones/pdf/control%20difuso%20ycontrolconvencional.pdf)
- GIMENO SENDRA, V. (2012). *Derecho procesal penal* (Primera ed.). Lima: Thomson Reuters- Civitas.
- Gonzales- CUELLAR SERRANO, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- GOZAÍNI, O. A. (2013). *Proceso y constitución*. Buenos Aires: EDIAR.
- LANDA ARROYO, C. (2012). *El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional Del Perú, Corte Interamericana De Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura. Obtenido de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/derecho_debido_proce_jurisp_vol1.pdf
- LONDOÑO LÁZARO, M. C. (Mayo de 2010). *Boletín mexicano de derecho comparado*. Revisado el 07 de Junio de 2017. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_serial&pid=0041-8633&lng=es&nrm=iso
- LOZA AVALOS, C. (2013). *Anuario Alerta Informativa*. Lima: Estudio Loza Avalos Abogados.
- MATÍAS PINTO, R. (IV). Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera. *Revista Lationamericana de Derecho*, núm. 7-8, enero – diciembre de 2007.

- MORENO HERNÁNDEZ, M. (s.f.). *La relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal en el CNPP*.
- MONTERO AROCA, J., Gomez Colomer, J., Montón Redondo, A., & Barona Vilar, S. (2001). *Derecho jurisdiccional - III Proceso Penal* (Décima ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85 (13 de noviembre de 1985) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-6/86. (09 de Mayo de 1986). *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la CADH sobre derechos humanos*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- PRADO SALDARRIAGA, V. (2009). *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal* (Primera ed.). Lima: Idemsa.
- RIVES SEVA, A. P. (1996). *La prueba en el proceso penal*. Plamplona: Aranzadi.
- ROSSI, J. E. (s.f.). *Derecho Procesal Penal – Tomo I Conceptos Generales –*. Obtenido de Rubinzal – Culzoni Editores. Obtenido en: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/>
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- RUIZ MIGUEL, C. (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos.
- SAGUES, N. (01 de Diciembre de 2011). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>
- SAGÜÉS, N. P. (s.f.). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Opus Magna Constitucional Guatemalteco. Libro del Instituto de Justicia Constitucional*. Corte de Constitucionalidad Asociación Cívica Instituto de Gobernanza.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2006). *Derecho Procesal Penal* (Segunda edición actualizada y aumentada ed., Vol. I). Lima: Grijley.

- SAN MARTIN CASTRO, C. (2014). Derecho Procesal Penal. *Tercera edición*. Lima: Grijley.
- SÁNCHEZ VELARDE, P. (2011). *La Flagrancia en el nuevo Procesal Penal*. Universidad de San Martín de Porres. Lima.
- TAVOLARI OLIVEROS, R. (2005). *Instituciones Del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos*. Santiago: Editorial Jurídica Del Chile.
- TENA DE ROSA, F. (2008). APUNTES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Procesal Penal. Santo Domingo, República Dominicana: Colección Jurídica Finjus-Unibe.
- TORQUEMADA, F. T. (s.f.). *La necesidad de uniformizar criterios en la aplicación del Código Procesal Penal. Dos casos: La transcripción de las audiencias orales y el procedimiento de confirmación de incautación*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cebfb100487c86eba941bb9a280c8f6a/DOC002.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cebfb100487c86eba941bb9a280c8f6a>
- TORRES ZÚÑIGA, N. (2012). *El Control De Convencionalidad: Deber Complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano (Similitudes, Diferencias Y Convergencias)*,. Tesis para obtener el título de abogado. (A. S. Siles Vallejos, Asesor.) Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TRUJILLO, M. R., & Diaz Garzón, G. H. (2014). El juez de control de garantías en las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación en Colombia. *Trabajo para optar el título de magister en derecho procesal penal* Tesis para obtener el grado de magister. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granad.
- VENTURA ROBLES, M. E. (s.f.). Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, págs. 345-370.
- VILLAVICENCIO RÍOS, F. S., & Reyes Alvarado, V. R. (2008). *El Nuevo Código Proceso Penal en la Jurisprudencia* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXOS

- A. Proyecto de Ley
- B. Matriz de consistencia

ANEXO “A”**PROYECTO DE LEY PARA LA MODIFICATORIA DE LOS ARTÍCULOS 203° Y
271° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL****EXPOSICIÓN DE MOTIVOS****I. ANTECEDENTE DE LA PROPUESTA**

La presente propuesta legal tiene como antecedente la Tesis titulada “El control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia”, el cual fue presentado

II. FUNDAMENTACIÓN

Para los casos de flagrancia y de llevarse la audiencia de prisión preventiva, la norma procesal no indica el momento en el que deberá realizarse la confirmación judicial, si la actuación del representante del Ministerio Público, dé lugar la realización de medidas restrictivas de derechos; tampoco exige que se realice la confirmación judicial como una condición para llevarse adelante el debate de la prisión preventiva; dicha situación constituye una omisión, dando lugar a que se considere y presuma la conformidad de aquella actuación de medidas restrictivas de derechos con el ordenamiento constitucional e internacional (tales como el artículo 1, artículo 2 numeral 24 literal “b”, artículo 44 de la Constitución, artículo 2, artículo 7 numeral 1 y artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 9 numeral 1 y artículo 17 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1 de la Constitución, artículo 29 numeral 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)

Por lo señalado, el Fiscal no requiere dicha confirmación, sino después de haberse realizado la audiencia de prisión preventiva; evidenciándose que, en dicha audiencia, se discutió respecto del primer presupuesto, consistente en los fundados y graves elementos de convicción (que fueron obtenidos por medidas restrictivas de derechos que requieren confirmación judicial); siendo así que, el Juez de Investigación Preparatoria los consideró como fundamentos para sustentar la emisión de su resolución, pese a que previamente no han sido objeto de confirmación judicial; de esa forma, el Juez, más allá de ser garante de los derechos fundamentales, incurre en crear una presunción de legalidad de tales elementos de convicción, que junto a otros presupuestos, darían lugar a la futura restricción del derecho de la libertad física del imputado.

Sin embargo, por el análisis antes realizado, respecto de la importancia de la confirmación judicial de la actuación de las medidas restrictivas de derechos que así lo requiere, y previamente al desarrollo de la misma audiencia de prisión preventiva llevada en contra de una persona intervenida en flagrancia, el Juez nacional que es el Juez de Investigación Preparatoria o Juez de garantías, debe realizar el control de legalidad – a través de la confirmación judicial - de la actuación de las medidas restrictivas de derechos que así lo requieren,.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente norma no irroga gastos al Sector Público, por cuanto la modificatoria se trata de un cambio en el tiempo de la presentación del requerimiento de confirmación judicial en casos de flagrancia y en tanto el Fiscal decida requerir la prisión preventiva, más no se trata de otro tipo de cambio que genere gastos.

IV. FÓRMULA LEGISLATIVA

Debiendo entender lo subrayado y en negrita como la fórmula legislativa que se modifica (agrega) es de la siguiente forma:

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 203°.- Presupuestos

1. Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.
2. Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes.
3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile.
4. Respecto de la realización de la audiencia, rige en lo pertinente el artículo 8°.

ARTÍCULO MODIFICADO

Artículo 203°.- Presupuestos

1. Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.
2. Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes.
3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente,

confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile.

4. En los supuestos del numeral 3, en caso de que haya mediado la detención preliminar, y si el Fiscal decide requerir la prisión preventiva, deberá solicitar la confirmación judicial junto al requerimiento de prisión preventiva, debiendo el Juez de Investigación Preparatoria previo traslado a los sujetos procesales, confirmar o desaprobar la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, previamente al desarrollo de la audiencia de prisión preventiva.

5. Respecto de la realización de la audiencia, rige en lo pertinente el artículo 8°.

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 271°.- Audiencia y resolución

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.

(...)

ARTICULO MODIFICADO

Artículo 271°.- Audiencia y resolución

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio. **Previamente al desarrollo de la audiencia deberá atenderse si se presenta el supuesto previsto en el numeral 4) del artículo 203°.**

(...)

ANEXO "B"

MATRIZ DE CONSISTENCIA

CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS PREVIAMENTE A LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE UN DETENIDO EN FLAGRANCIA

<p>1. ENUNCIADO</p> <p>¿Es necesario un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad?</p> <p>Preguntas específicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cuán importante es el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos actuadas en contra de un detenido en flagrancia? - ¿Cuál es la trascendencia de las medidas restrictivas de derechos en una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia? - ¿Cuándo es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos en caso de requerirse la prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, en 	<p>2. OBJETIVOS GENERALES</p> <p>Verificar la necesidad de un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conocer la importancia del control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos. - Identificar la trascendencia de las medidas restrictivas de derechos en una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia. - Determinar cuándo es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos en una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, en el marco del control de convencionalidad. 	<p>3. HIPOTESIS</p> <p>En el marco del control de convencionalidad es necesario un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previo al desarrollo de una audiencia de prisión preventiva realizada en contra de un detenido en flagrancia.</p> <p>Hipótesis específicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El control de legalidad al manifestarse a través de la confirmación judicial respecto a las medidas restrictivas de derechos, persigue dotar de judicialidad y estabilidad instrumental a dichas medidas. - Las medidas restrictivas de derechos como la incautación, el registro personal, el allanamiento, etc constituyen los fundados y graves elementos de convicción, requisito que conjuntamente con otros dan lugar a la prisión preventiva. - Es necesario realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia ello en el marco del control de convencionalidad.
--	--	--

<p>el marco del control de convencionalidad?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo se podría realizar el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos preventivos a una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia? 	<ul style="list-style-type: none"> - Proponer la realización del control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos preventivos a la audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia. 	<ul style="list-style-type: none"> - El control de legalidad puede ser realizado – de oficio- por el Juez de Investigación Preparatoria, previamente a la audiencia de prisión preventiva en contra de un intervenido en flagrancia, aplicando el control de convencionalidad. Y el control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos es un requisito de procedibilidad para el desarrollo de una audiencia de prisión preventiva en contra de un detenido en flagrancia, para lo cual el fiscal deberá formular un requerimiento de confirmación judicial de las medidas que así lo requieran. 	
<p>VARIABLES</p>	<p>FUENTE DE INFORMACIÓN</p>	<p>UNIDADES DE ESTUDIO</p>	<p>MÉTODOS</p>
<p>INDEPENDIENTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Control de convencionalidad <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En cuanto a la privación del derecho de la libertad personal. - En cuanto a la importancia de las medidas restrictivas de derechos. <p>DEPENDIENTE:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Necesidad del control de legalidad de las medidas restrictivas de derechos. <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En una audiencia de prisión preventiva. - Actuadas en contra de un detenido en flagrancia y que así lo requieran. 	<p>Fuentes primarias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Artículo jurídico de Giammpol Taboada Pilco (2014). - Artículo de investigación elaborado por María Carmelina Londoño Lázaro (2010). - Tesis de Natalia Torres Zuñiga (2012). <p>Fuentes secundarias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Libros de derecho procesal penal. - Doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional. 	<p>Sujeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fiscales. - Jueces de investigación preparatoria. <p>Objeto:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Código Procesal Penal. - Normativa internacional. <p>Proceso:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Revisión, estudio, análisis. 	<ul style="list-style-type: none"> - Observación.