

La obligación de informar sobre el motivo de la detención según la constitución

The legal obligation to inform about the reason of the detention according to constitution



Mg. ROSA MAVILA LEÓN¹
Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política,
Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Ciudad Universitaria Av. Venezuela S/N Lima- Perú

e-mail: r.mavila@hotmail.com

Fecha de Recepción: 20/03/2014

Fecha de Aprobación: 03/06/2014

SUMARIO

Resumen. Abstract. Palabras Claves. Key Words 1. El derecho a la libertad. 2. El numeral 15 del artículo 139 de la Norma Fundamental. 3. La concretización del Estado Constitucional de Derecho. 4. El derecho a la libertad y el derecho a la defensa como reglas jurídicas. 5. Supuestos de afectación jurídica al derecho a la libertad. 5.1. La detención policial. 5.2. El arresto ciudadano. 5.3. La detención preliminar judicial. 5.4. La prisión preventiva. 6. El contenido, sentido y alcances del numeral 15 del artículo 139 de la Norma Fundamental. 7. La notificación como presupuesto del ejercicio del derecho de defensa. 7.1. El derecho al intérprete. 7.2. El derecho a intervenir en los actos de investigación. 7.3. El derecho a ser informado de la acusación. 7.4. El derecho a la defensa técnica o derecho a ser asistido por un abogado defensor. 7.5. El derecho a contar con los medios necesarios para preparar la defensa. 7.6. La detención arbitraria: una mirada desde la realidad y la jurisprudencia.

RESUMEN

El presente artículo desarrolla desde la perspectiva del neoconstitucionalismo la vigencia de la Constitución en el proceso penal, esto es, describe los supuestos donde se encuentra constitucionalmente permitida

la afectación a los derechos fundamentales, construye su fundamentación y, en concordancia con ello, analiza sus límites. Finalmente, ancla el análisis teórico al derecho positivo (numeral 15 del artículo 139 de la Constitución) y desarrolla

1 MAVILA LEON, Rosa. Magíster en Derecho, UNMSM. Docente en Pre y Postgrado.



una interpretación que optimiza la vigencia de los derechos fundamentales.

ABSTRACT

From the neoconstitutional perspective, this article develops an argumentation about the influence of the Constitution on the criminal procedure, that is, it describes the cases where it is allowed to affect a fundamental right, build up its fundamentals, and, according to it, analyzes its limits. Finally, it anchors the theoretical analysis into the positive law (Constitution, article 139-15) and develops and interpretation that optimizes the prevalence of the fundamental rights.

PALABRAS CLAVE:

Neoconstitucionalismo, proceso penal, derechos fundamentales, derecho a la defensa, ius ambulandi.

KEYWORDS

Neoconstitutionalism, criminal procedure, fundamental rights, right to defense, ius ambulandi.

1. El derecho a la libertad

El derecho a la libertad es un derecho subjetivo en virtud del cual nadie puede sufrir limitación alguna a la libertad física o ambulatoria, sea a través de detenciones, internamientos o condenas arbitrarias². La libertad es también un valor objetivo superior que inspira el ordenamiento jurídico y la organización misma del Estado³.

La Norma Fundamental reconoce el derecho de todas las personas a la libertad y seguridad personales, siendo que no se permite forma alguna de restricción a la misma, salvo en los casos previstos por la Ley⁴. Sin embargo, este derecho puede ser limitado siempre que medie un mandamiento escrito y motivado del Juez

2 STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC, f. j. 11.

3 STC Exp. N° 01317-2008-HC/TC, f. j. 12.

4 Constitución Política del Perú. Artículo 2, numeral 24, literal b.

o, cuando él no exista, en caso de flagrancia respecto de la comisión de un delito por las autoridades policiales⁵.

El numeral 15 del artículo 139 de la Constitución dispone que entre los principios y derechos de la función jurisdiccional se encuentra “el (...) que toda persona debe ser informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención”.

Esto quiere decir que como regla general tenemos el ejercicio irrestricto del derecho a la libertad (art. 2, num. 24, literal b); sin embargo, dicho ejercicio puede ser limitado o restringido en algunos supuestos establecidos por Ley. Tal es el caso de la detención, que es la única manera jurídica de afectar la libertad del individuo. Para que la detención sea tal debe cumplir con el requisito de la autorización judicial previa (mandato escrito y motivado del juez). Si aquella es realizada por la autoridad policial el sujeto detenido debe encontrarse, respecto de la comisión de un delito, en estado de flagrancia (art. 2, num. 24, literal f).

En estos dos supuestos de detención jurídica, por mandato del juez y por la autoridad judicial, el detenido debe ser informado inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención (art. 139, num. 15). Sin embargo, existe oscuridad respecto al contenido, alcances y sentido de la norma jurídica constitucional establecida en el precitado numeral 15.

2. El numeral 15 del artículo 139 de la Norma Fundamental

El artículo 139 de la Constitución tiene la peculiaridad de haber duplicado el contenido normativo –incluso se llega a advertir una redacción muy parecida– relativo al derecho a la defensa en dos numerales, el 14 y el 15. El numeral 15 dispone que entre los principios y derechos de la función jurisdiccional se encuentra “el (...) que toda persona debe ser

5 Constitución Política del Perú. Artículo 2, numeral 24, literal f.



informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención”.

Con mayor elaboración el numeral 14 del mismo artículo señala que constituye un principio y derecho de la función jurisdiccional el no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. **Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención.** Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad (...) (el resaltado es nuestro).

El derecho a la defensa aparece así por primera vez en nuestra Norma Fundamental vigente, siendo su objetivo, de acuerdo con su máximo intérprete, evitar que cualquier persona, en la determinación de sus derechos y obligaciones, según sea su naturaleza, quede en estado de indefensión⁶.

La razón de la existencia individual del mencionado numeral 15 obedecería – intuimos– a la necesidad de diferenciar su trasfondo jurídico constitucional que es el derecho a la libertad, frente al del numeral 14 que es el derecho a la defensa. Mientras una lectura integral del numeral 14 permite advertir que se hace hincapié en la prohibición de poner a alguien en estado de indefensión, el numeral 15 proscribía no cualquier detención sino solo la arbitraria.

Como veremos más adelante, de acuerdo con la redacción del numeral 15, una detención sería arbitraria cuando en el preciso momento en que ella se está ejecutando no se le informa por escrito a la persona detenida las razones de la misma. El desconocimiento de la persona acerca de las causas de su detención la sitúa en un estado de indefensión.

Dicho de otra manera, lo que el numeral 15 del artículo 139 proscribía son los supuestos de afectación del ius ambulandi en un contexto

de indefensión⁷. Por lo tanto, la afectación al ius ambulandi es constitucional si la persona siempre tiene la posibilidad de defenderse. Sin embargo, si bien la limitación del ius ambulandi no es antijurídica per se, es claro que no todas las afectaciones al derecho a la libertad son jurídicas, menos aún son constitucionales.

En ese sentido, realizaremos, en primer lugar, la determinación de los supuestos de detención, posibles solo en el transcurso de un proceso penal (juridicidad legal). En segundo lugar, analizaremos el grado de adecuación y conformidad de dichos supuestos con la Constitución. Dicho de otra manera, a partir de una interpretación in toto del articulado de la Norma Fundamental, estableceremos si los mencionados supuestos de antijuridicidad legal contravienen lo establecido en el numeral 15 del artículo 139, es decir, si las detenciones son arbitrarias (juridicidad constitucional).

Para alcanzar el objetivo señalado intentaremos determinar el contenido esencial tanto del ius ambulandi como del derecho a la defensa, sus alcances y su grado de vigencia en situaciones límite donde se suele vulnerarlos. Los análisis de ambas instituciones se entrecruzan y se sobreponen a lo largo de la exposición, lo cual muestra la existencia de un nexo intrínseco entre estos dos derechos.

3. La concretización del Estado Constitucional de Derecho

El monopolio del uso de fuerza por parte del Estado se concretiza, en los sistemas de separación de poderes, en la atribución del ejercicio de las facultades y deberes derivados de dicho monopolio a unos órganos específicos, los órganos judiciales. Dicho de otra manera, la atribución de la facultad de aplicación de las leyes, dirimiendo los conflictos, a un órgano distinto del legislativo y del ejecutivo,

⁷ A una primera vulneración de un derecho fundamental (ius ambulandi) la persona experimenta una segunda que es su colocación en un estado de indefensión (derecho a la defensa).



es la materialización de la pretensión de la teoría de separación de poderes para evitar la acumulación del poder en un solo órgano⁸.

Esta materialización tiene su correlato en el plano jurídico, pues el individuo es, bajo esta nueva distribución de funciones estatales, ya no un súbdito ni un libérrimo sino que ahora goza, empleando la terminología de Jellinek, de un *status civitatis*. Solo considerando a la persona humana como un sujeto de derechos civiles y políticos, así como de obligaciones, tiene sentido la afirmación según la cual el proceso penal se erige, pues, en un instrumento neutro de Jurisdicción, cuya finalidad consiste tanto en aplicar dicho *ius puniendi* (...), como en declarar e incluso restablecer puntualmente, a través del *hábeas corpus*, el derecho a la libertad que, en tanto derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico ocupa (...), incluso una posición preferente a la potestad jurisdiccional de imposición de penas⁹.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva¹⁰ supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia¹¹. El derecho al debido proceso alude a la observancia de los derechos fundamentales del procesado, que no son sino los principios y las reglas esenciales exigibles del proceso en tanto instrumento de tutela de los derechos

subjetivos¹².

El derecho al debido proceso, de acuerdo con la más autorizada jurisprudencia, no se agota en el ámbito judicial sino que es posible e imperativa la extensión de su aplicación al ámbito administrativo, corporativo, parlamentario, castrense, entre otros¹³. El derecho al debido proceso¹⁴ presenta, por un lado, elementos formales o procedimentales y, por otro, elementos sustantivos o materiales. Dentro de los elementos formales se encuentra, entre otros, el derecho a la defensa.

4. El derecho a la libertad y el derecho a la defensa como reglas jurídicas

El surgimiento de los llamados derechos humanos de primera generación se dio como respuesta al poder punitivo del Estado. En ese sentido, son derechos de defensa (*Abwehrrechte*) del ciudadano frente al *Levitathan* hobbesiano, por lo que su respeto y cumplimiento se encuentra en una situación de necesidad.

Esto resalta la importancia de su oponibilidad que ab initio se yergue con la cualidad de *erga omnes*. Dicho de otra manera, la tutela de los derechos civiles y políticos le corresponde no solo al Estado y a todos sus órganos (eficacia vertical) sino que es importante señalar que también existe una función tuitiva *inter privatos* (eficacia horizontal) a favor del ciudadano.

Si se toma en serio el postulado según el cual la persona humana y su dignidad constituyen

8 La acumulación de poder en un solo órgano llevaría a la generación de un poder absoluto, por lo que la teoría de separación de poderes propugna la distribución de las facultades del Estado entre sus distintos órganos, configurando, así, a través de controles interorgánicos, un sistema de contrapesos. Para una explicación in extenso, vide: LÓPEZ GUERRA, Luis, et ál. *Derecho Constitucional*. Volumen I, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 307.

9 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007, p. 43.

10 Constitución Política del Perú. Artículo 139, numeral 3.

11 Se trata, en realidad, de una concepción garantista y tutelar que engloba todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción.

12 El Tribunal Constitucional ha señalado que tanto el derecho a la tutela procesal efectiva como el debido proceso buscan garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica, sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. STC Exp. N° 00023-2005-AI/TC, ff. jj. 41 y ss.

13 STC Exp. N° 03075-2006-AA/TC, f. j. 4.

14 El debido proceso es un derecho continente. Vide: STC Exp. N° 10490-2006-AI/TC, f. j. 2 y ss.



el fin supremo del Estado¹⁵, entonces, con base en la teoría institucional de los derechos fundamentales¹⁶, y siguiendo la conocida clasificación de Alexy, podemos decir que tanto el derecho a la libertad como el derecho a la defensa constituyen, *strictu sensu*, reglas jurídicas y no principios, toda vez que son normas con un mandato prescriptivo¹⁷.

Cuando existe un conflicto respecto de los límites externos de los derechos fundamentales se recurre al test de proporcionalidad y razonabilidad como mecanismo de solución. Sin embargo, en el proceso penal, cuyo objetivo es la determinación de la responsabilidad jurídico-penal de un individuo o, en su defecto, su absolución, no existe tal colisión, puesto que el *ius puniendi* no puede ser entendido, en ningún caso, como un derecho fundamental.

No obstante, en la medida en que el *ius puniendi* es controlado por mecanismos legales institucionalizados en el proceso penal es jurídicamente posible la afectación a uno de los derechos fundamentales: la libertad individual. En el proceso penal las medidas de coerción personal la limitan en tanto restringen, en mayor o menor medida, su ejercicio temporalmente.

Así como la afectación al *ius ambulandi* por una medida de coerción penal puede admitirse siempre que se afecte su contenido adicional o no esencial, uno puede decir, análogamente, que el derecho de defensa, en tanto derecho fundamental, puede entenderse como vigente en un proceso penal si se mantiene intangible su contenido esencial.

5. Supuestos de afectación jurídica al derecho a la libertad

15 Constitución Política del Perú. Artículo 1.

16 De acuerdo con esta concepción, los derechos fundamentales son derechos subjetivos que exigen un deber objetivo de protección tanto por parte del Estado como de los particulares.

17 Las reglas jurídicas son mandatos de determinación concretos en el ámbito jurídico que son asimismo fácticamente posibles.

En un Estado Constitucional de Derecho como el peruano, las medidas limitativas de derechos no deben ser la regla general sino la excepción¹⁸. En tanto estas medidas son dictadas con anterioridad a la emisión de la sentencia no pueden ser consideradas como sanciones punitivas¹⁹. De ahí que su imposición, debido a la vigencia del principio constitucional favor libertatis, solo pueda ser posible en casos realmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para la consecución de los fines del proceso penal²⁰.

Las medidas cautelares en el proceso penal, llamadas “medidas de coerción” por el Código Procesal Penal, buscan garantizar el desarrollo del proceso penal sin perturbaciones y el cumplimiento efectivo de la sentencia²¹ y pueden ser personales, cuando recaen sobre una persona, o reales, cuando recaen sobre un objeto.

En nuestro ordenamiento jurídico existen 4 medidas limitativas del derecho a la libertad y la imposición de cada una de ellas es posible solo en el proceso penal (juridicidad legal). A su exposición le seguirá el análisis de su constitucionalidad o, en su defecto, los criterios interpretativos a partir de los cuales los operadores del derecho deben aplicarlas.

5.1. La detención policial

La detención policial es el supuesto de afectación del *ius ambulandi* impuesta al imputado con el objetivo de que pueda intervenir en la investigación policial. El artículo 259 del Código Procesal Penal establece que para realizar este tipo de detención no se requiere mandato del juez siempre que la persona se encuentre en una situación de flagrancia.

La Ley N° 27934 ha señalado la existencia de

18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9, numeral 3. Vide STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, ff. jj. 5-9.

19 Ídem.

20 Ibídem, f. j. 11.

21 GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 501.



tres tipos de flagrancia. El primero, la flagrancia propiamente dicha, se da cuando el hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto. El segundo es la llamada flagrancia *ex post ipso*, la cual se da cuando el autor de un hecho punible es perseguido y capturado inmediatamente después de haber cometido el delito (quasi flagrancia). Finalmente, existe la llamada flagrancia presunta, donde el autor es sorprendido con los objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo.

La redacción original del artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal recogía esta definición de flagrancia; sin embargo, luego de varias modificaciones, la actual redacción de este artículo señala que la Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. El cambio sustancial, respecto de la redacción primigenia, radica en determinar qué debemos entender por flagrancia. De acuerdo con el artículo 259, existe flagrancia cuando:

- a. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
- b. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
- c. 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, a través de 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.
- d. 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 vestimenta que indiquen su probable autoría o participación en el

hecho delictuoso.

Consecuentemente, cuando la Norma Fundamental señala que la policía puede detener a una persona siempre que se encuentre, respecto de la comisión de un delito, en una situación de flagrancia²², debemos remitirnos a la norma relativa a la detención policial.

Esto ha sido recogido por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal que señala que las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley.

5.2. El arresto ciudadano

Este tipo de medida coercitiva personal es una respuesta a los hechos que suceden diariamente en nuestra realidad social nacional. Se trata, entonces, de la juridización de una práctica que se viene realizando repetidamente en el Perú, sobre todo en los lugares donde la presencia del Estado es débil o inexistente.

Si quedaba alguna duda respecto de la juridicidad legal de la detención popular ella ha quedado absuelta con la promulgación del Código Procesal Penal, cuyo artículo 260 establece la facultad de cualquier persona de detener a otra siempre que esta se halle en una situación de flagrancia descrita en el artículo 259. Sin embargo, la legalidad de este tipo de detención requiere que el detenido sea puesto a disposición inmediatamente de la Comisaría o puesto policial más cercano o entregado al efectivo policial que se halle por las inmediaciones del lugar²³.

Una vez bajo su cargo, constituye una obligación de la policía la redacción de un acta donde

22 Constitución Política del Perú. Artículo 2, numeral 24, literal f.

23 En ningún caso, sin embargo, esta detención autoriza a nadie a encerrar o mantener privado de su libertad en un lugar público o privado al detenido hasta su entrega a la autoridad.



conste la entrega del detenido y la descripción de las demás circunstancias de su intervención, así como la entrega de información relativa a sus derechos y a los motivos de su detención.

Dicho de otra manera, respecto del arresto ciudadano, el mandato de determinación contenido en el numeral 15 del artículo 139 de nuestra Constitución, según el cual el detenido debe ser informado inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención, va dirigido no a los ciudadanos que lo arrestaron sino a los efectivos policiales bajo cuya custodia él permanece. Su observancia le concede al arresto ciudadano juridicidad constitucional.

5.3. La detención preliminar judicial

La detención preliminar judicial es la breve afectación al *ius ambulandi* de una persona a través de una resolución judicial (Juez de la Investigación Preparatoria), a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel.

Esta facultad del juzgador de limitar la libertad de una persona se encuentra condicionada por lo establecido en el artículo 261 del Código Procesal Penal²⁴ según el cual la imposición de la medida de detención preliminar corresponde cuando:

- a) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar
- b) El sorprendido en una situación de flagrancia respecto de la comisión de un delito logre evitar su detención
- c) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena

²⁴ Los antecedentes normativos de esta medida de detención los encontramos en la Ley N° 27379, Ley de Procedimiento para adoptar Medidas excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares, y la Ley N° 27934, Ley que Regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito..

privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.

Si la persona fuera detenida como consecuencia de una recaptura existe la duda respecto de si es necesario informarle las razones de su detención, pues es evidente que se trata del quebrantamiento de una resolución judicial anterior que ordenaba su detención. Sin embargo, desde una interpretación *pro homine*, tal duda queda disipada si se tiene en consideración que se trata de una nueva afectación al *ius ambulandi*, aunque su ejercicio provenga de una fuente antijurídica como es la fuga de un centro de detención. En consecuencia, no estará demás que se le notificara nuevamente.

Lo anterior es aplicable también al supuesto donde la persona, sorprendida en situación de flagrancia respecto de la comisión de un delito, logra evitar su detención y es capturado posteriormente. En estos casos la juridicidad legal trasciende a la constitucional si se observa el principio constitucional *pro homine* y, en su virtud, se informa al detenido de sus derechos y, sobre todo, de los motivos de su detención.

El último supuesto de imposición de esta medida de coerción personal se configura cuando no existe flagrancia delictiva. Aquí dicha imposición obedece a la aplicación de un criterio probabilístico de autoría o participación respecto de un determinado delito. La discrecionalidad del juez en este caso debe ser ejercida con especial racionalidad y su decisión debe tener razonabilidad y proporcionalidad.

Desde nuestro punto de vista, si la mera sospecha que recae sobre una persona de ser autor o partícipe de un delito faculta al Juez de la Investigación Preliminar a imponer esta medida limitativa de su *ius ambulandi* entonces su aplicación como medida cautelar debe ser restrictiva, es decir, a contrario sensu, debe darse de la forma en que el ejercicio del *ius ambulandi* sea la máxima posible.



En todos los casos, en la medida en que se trata de una orden judicial que afecta un derecho fundamental dicha orden para tener juridicidad constitucional debe cumplir el principio de motivación de resoluciones judiciales y se debe haber individualizado previamente a la persona.

5.4. La prisión preventiva

El artículo 268 del Código Procesal Penal establece un último supuesto de afectación grave al derecho a la libertad (juridicidad legal). La prisión preventiva, cuya duración ha sido objeto de muchas controversias, puede ser dictada por el Juez, a solicitud del representante del Ministerio Público, siempre que del análisis de los primeros recaudos sea posible la verificación de la concurrencia de los siguientes tres elementos:

- a) La existencia de fundados y graves elementos de convicción a partir de los cuales sea posible advertir razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como su autor o partícipe.
- b) La pena privativa de libertad que corresponda imponer por dicho delito sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) En razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, se pueda determinar la alta probabilidad de que el procesado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga)²⁵ u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)²⁶.

Cuando se verifique la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del procesado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde

²⁵ Los criterios de calificación de lo que debe entenderse por peligro de fuga están descritos en el artículo 269 del Código Procesal Penal.

²⁶ Los criterios de calificación de lo que debe entenderse por peligro de obstaculización están descritos en el artículo 270 del Código Procesal Penal.

para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad, es posible dictar mandato de prisión preventiva, siempre que al mismo tiempo existan fundados y graves elementos de convicción a partir de los cuales sea posible advertir razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como su autor o partícipe, y que la pena privativa de libertad que corresponda imponer por dicho delito sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

Consideramos que la verificación de la concurrencia de los requisitos antes mencionados (juridicidad legal) debe ir acompañada de la aplicación de una interpretación restrictiva de la medida de tal manera que no solo permita el máximo nivel de ejercicio de *ius ambulandi* sino también que respete el derecho a ser informado de las razones de su detención. Por lo tanto, la aplicación de los criterios *pro homine y favor libertatis* convierte la antijuridicidad legal en constitucional.

6. El contenido, sentido y alcances del numeral 15 del artículo 139 de la Norma Fundamental

En concordancia con lo señalado en el numeral 15 del artículo 139 de la Constitución, el numeral 1 del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que toda persona tiene el derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad.

En realidad, el fundamento del numeral 15 del artículo 139 de nuestra Norma Fundamental es la toma de conocimiento por parte del detenido de la imputación en su contra, materializada en una orden de detención. Si bien la información de los motivos de la detención puede ser proporcionada al detenido de manera verbal, la experiencia ha generado la existencia de una



formalidad para ello: la notificación judicial.

El Poder Constituyente de 1993 consideró, erróneamente, que la comunicación de la imputación jurídico-penal a través de la notificación aseguraba el derecho de defensa de los detenidos. Por lo demás, esta es una concepción formalista del derecho de defensa y ajena a la realidad social y, sobre todo, judicial. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de defensa no se satisface con el mero y aparente cumplimiento de una ritualidad de noticiar a la persona sobre la existencia de un proceso, sino con el desarrollo de todas las diligencias idóneas a efectos de una comunicación válida y oportuna sobre la existencia de un proceso. De lo contrario, este derecho fundamental se convertiría en la garantía de una mera formalidad procedimental que la vaciaría de su real contenido, lectura contraria a la naturaleza de los derechos fundamentales en cuanto a mandatos de optimización²⁷.

No debe olvidarse que el ejercicio del derecho a la libertad no se podría hacer valer con eficacia dentro del proceso penal si no existieran otros derechos fundamentales de incidencia procesal que se encuentran contenidos en un derecho continente: el derecho de defensa²⁸.

En tanto regla jurídica el derecho de defensa no puede ser violado sin que ello no acarree consecuencias jurídicas del más alto grado. En consecuencia, estamos ante un principio de interdicción²⁹ emanado de la naturaleza jurídica del derecho de defensa que determina la relación de necesidad existente entre su afectación y las consecuencias jurídicas derivadas de ello.

De otro lado, toda persona que tiene la situación jurídica de parte procesal tiene el derecho a defenderse de las imputaciones realizadas en

su contra. Esto se fundamenta en el principio de contradicción, que es la otra manifestación del contenido esencial del derecho de defensa y atraviesa todas las etapas del proceso judicial. Se concretiza en el empleo de los mecanismos legales existentes que le permitan a la parte procesal responder a una imputación hecha en su contra.

7. La notificación como presupuesto del ejercicio del derecho de defensa

Lo que el numeral 15 del artículo 139 busca asegurar es que ninguna persona detenida será puesta en estado de indefensión y considera que dicho aseguramiento se logra mediante el cumplimiento de la obligación de notificar al detenido de la imputación jurídico-penal incoada en su contra. Sin embargo, no queda establecida cuál es la verdadera importancia de la notificación en la vigencia del derecho de defensa en la medida en que es su condición de existencia.

7.1. El derecho al intérprete

El derecho al intérprete es una garantía³⁰, según la cual el Estado tiene la obligación de proveer al imputado o procesado un traductor o intérprete en el caso que no comprenda el idioma en el cual se está llevando a cabo el proceso penal³¹.

En la medida en que el proceso penal es una forma de comunicación³² es preciso que la comprensión del lenguaje empleado se garantice respecto de todas las partes procesales, pues, de lo contrario, si el procesado no puede comprender el idioma estará en la imposibilidad de conocer los cargos imputados en su contra³³. Así, el derecho al intérprete deviene en una garantía del derecho de defensa³⁴.

30 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8, numeral 2, literal a.

31 STC Exp. N° 6688-2005-PHC/TC, f. j. 3.

32 JAUCHEN, Eduardo. Derechos del imputado. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 481 y ss.

33 ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 55 y ss.

34 JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., p. 481 y ss.

27 STC Exp. N° 02728-2007-AA, f. j. 7 y ss.

28 GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 59.

29 MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 143.



7.2. El derecho a intervenir en los actos de investigación

Según la dimensión material del derecho de defensa el procesado tiene derecho a ejercer su propia defensa desde el momento en que toma conocimiento de la existencia de una imputación en su contra. El derecho de defensa en tanto contenido del derecho al debido proceso debe ejercerse no solo al comienzo del proceso sino a todo lo largo del mismo, de modo que las partes procesales tengan la efectiva oportunidad de hacer valer sus posiciones, defenderlas y contradecir las del contrario.

La proscripción de la indefensión implica también que las partes procesales, desde el comienzo del proceso hasta su conclusión, conozcan las actuaciones procesales que les afecten. Para hacer efectivo este conocimiento es necesario que los órganos jurisdiccionales establezcan los mecanismos formales adecuados encaminados a hacer posible el emplazamiento personal a todos los que puedan ver sus derechos afectados en un proceso³⁵.

En el Código de Procedimientos Penales este derecho se encontraba restringido a la mera presencia del procesado en las diligencias correspondientes a las otras partes procesales³⁶. Esta versión deficiente del derecho a la defensa fue corregida en el Código Procesal Penal de 2004 donde ahora el propio imputado puede realizar él mismo su defensa, con prescindencia o sin perjuicio de la participación de un abogado defensor³⁷.

En la medida en que este derecho es una consecuencia de la vertiente material del derecho de defensa es correcta la afirmación según la cual el imputado puede intervenir en los actos de investigación³⁸ ya sea realizando

35 LÓPEZ GUERRA, Luis. Ob. cit., p. 315.

36 Código de Procedimientos Penales, artículo 157.

37 El numeral 1 del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 también recoge este derecho.

38 Código Procesal Penal, artículo 338,

comentarios o anotaciones durante su desarrollo o solicitando la práctica de diligencias que le permitan preparar su defensa de manera efectiva. Así lo ha entendido también la Ley N° 27934, Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito³⁹.

Cabe resaltar que, con base en la relatividad de los derechos fundamentales, es posible limitar el contenido no esencial del derecho a la defensa con el fin de resguardar otros bienes jurídicos constitucionales. Así, en el artículo 73 del Código de Procedimientos Penales⁴⁰, aún vigente en algunos distritos judiciales, existe lo que se conoce como “secreto de la instrucción”, según el cual existen supuestos en donde el procesado ve limitada su participación en los actos de instrucción.

Con el nombre de “secreto de la investigación”⁴¹ el Nuevo Código Procesal Penal ha señalado que, al igual que en el supuesto del secreto de la instrucción, el imputado puede ver restringido su derecho a intervenir en los actos de investigación. Cabe señalar sin embargo que esta medida no es ilimitada o indeterminada.

7.3. El derecho a ser informado de la acusación

Por este derecho, reconocido internacionalmente⁴², la persona tiene la numeral 1.

39 Ley N° 27934, artículo 1.

40 “(...) el juez puede ordenar que una actuación se mantenga en reserva por un tiempo determinado cuando juzgue que su conocimiento puede entorpecer o dificultar en alguna forma el éxito de la investigación que lleva a cabo (...)”. Código de Procedimientos Penales, artículo 73.

41 El secreto de la instrucción o de la investigación es distinto de la reserva de la instrucción, puesto que mientras aquellos pretenden limitar la participación o intervención del procesado o imputado en los actos de instrucción o investigación, esta busca impedir el acceso de terceros ajenos a la instrucción o a la investigación.

42 Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Artículo 14, numeral 3, literal a y Convención Americana de Derechos Humanos.



facultad de conocer de forma previa, expresa, clara y precisa no solo los hechos y su calificación jurídica sobre los que se construye la imputación jurídica sino también los medios probatorios que se tienen en su contra.

Es de precisar que el derecho a ser informado de la acusación se refiere, en realidad, al derecho que tiene toda persona a ser informada de la imputación que existe en su contra, por lo que este derecho puede ser exigible a lo largo de todo el proceso penal, incluso en la etapa preprocesal.

Así, en la etapa preliminar el imputado debe ser informado de las razones por las cuales se formaliza la denuncia o los motivos que sustentan el dictado de su detención; en la etapa preliminar el procesado deberá conocer las razones en virtud de las cuales se ha formalizado la investigación en su contra.

En la etapa del enjuiciamiento, el procesado debe ser informado de los motivos por los cuales se formaliza la acusación en su contra; finalmente, en la etapa de apelación deberá comunicársele al procesado los fundamentos por los cuales las otras partes procesales apelaron la sentencia de primer grado.

Esto quiere decir que tratándose de la imposición de una medida limitativa del *ius ambulandi* no es suficiente para que ella sea conforme a la constitución la existencia previa de una notificación sino que es indispensable que exista una motivación⁴³ que cumpla las exigencias constitucionales de suficiencia y exhaustividad⁴⁴.

7.4. El derecho a la defensa técnica o derecho a ser asistido por un abogado defensor.

De acuerdo con esta vertiente, el derecho de defensa importa el asesoramiento y patrocinio

Artículo 8, numeral 2, literal b.

43 STC Exp. N° 1091-2002-HC, ff. jj. 17-21.

44 Vide: SSTC Exps. N°s 06712-2005-HC/TC, f. j. 10; 00654-2007-AA/TC, f. j. 24; 1230-2002-HC/TC, f. j. 11; y 00728-2008-HC/TC, f. j. 7.

de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso⁴⁵. Así lo ha entendido la sociedad internacional plasmándolo en varios instrumentos internacionales⁴⁶ y el legislador nacional al momento de la elaboración del Código Procesal Penal⁴⁷.

Con el objetivo de conseguir el aseguramiento de la más eficaz defensa del procesado es necesario que esté asistido por un abogado. Las peculiares características del ordenamiento jurídico y su complejidad técnica hacen difícil que los legos en derecho articulen adecuadamente la defensa de sus posiciones. En ese sentido, la presencia de un abogado defensor durante todo el proceso garantiza el correcto y efectivo ejercicio del derecho de defensa⁴⁸. Su ausencia, implica, a contrario sensu, la invalidez de la diligencia o de la etapa procesal.

Cuando, por cualquier motivo, el sujeto procesal no ejerza su derecho a nombrar a un abogado defensor de su entera confianza el Estado se encuentra en la obligación de suministrarle, ex officio, un defensor público⁴⁹. En la sentencia recaída en el Expediente N° 01425-2008-PHC/TC el Tribunal Constitucional ha señalado que no contar con un abogado defensor al momento de prestar la declaración instructiva constituye un supuesto de estado de indefensión del procesado⁵⁰.

45 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 59.

46 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14, numeral 3 y la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8, numeral 2, literal c.

47 Código Procesal Penal, Título Preliminar. Artículo XI, numeral 1.

48 JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., p. 154 y ss.

49 El artículo 80 del Código Procesal Penal de 2004 establece que "El Servicio nacional de la Defensa de Oficio (...) proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección (...)".

50 Es esta la interpretación que debe tenerse respecto de lo normado por el artículo 121 del Código de Procedimientos Penales, según el cual "[a]ntes de



Asimismo, el máximo intérprete de la Norma Fundamental ha precisado que el mero nombramiento de un abogado defensor no agota el derecho de defensa sino que es necesario que el defensor realice diligente y efectivamente el ejercicio de la defensa del procesado⁵¹.

La defensa efectiva, denominada también defensa técnica, ha sido señalada como el contenido esencial del derecho a la defensa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la cual es necesario que se provean los medios para su realización⁵². En nuestro ordenamiento jurídico el abogado defensor cuenta con los mecanismos legales para poder ejercer una defensa técnica efectiva⁵³ y no

tomar la declaración instructiva, el juez instructor hará presente al inculpado que tiene derecho a que lo asista un defensor y que si no lo designa será nombrado de oficio. Si el inculpado conviene en esto último, el juez instructor hará la designación de abogado o, a falta de este, de persona honorable. Pero si el inculpado no acepta tener defensor se dejará constancia en autos de su negativa, cuya diligencia deberá suscribir (...)"

51 STC Exp. N° 05999-2008-PHC/TC, f. j. 5. El mismo criterio lo encontramos en LÓPEZ GUERRA, Luis, Ob. cit., p. 315 y ss.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador, párrafo 49 de 07/09/2002. En el mismo sentido, vide: JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., p. 154 y ss.; y ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 96 y ss.

53 El artículo 289 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que son derechos del abogado patrocinante:

1. Defender con independencia a quienes se lo soliciten en cualquier etapa del proceso;
2. Concertar libremente sus honorarios profesionales;
3. Renunciar o negarse a prestar defensa por criterio de conciencia;
4. Exigir el cumplimiento de la defensa cautiva;
5. Informar verbalmente o por escrito en todo proceso judicial, antes de que se ponga fin a la instancia;
6. Exigir el cumplimiento del horario del Despacho Judicial y de las diligencias o actos procesales;
7. Ser atendido personalmente por los Magistrados, cuando así lo requiera el ejercicio de su patrocinio; y,
8. Recibir de toda autoridad el trato que

aparente⁵⁴.

7.5. El derecho a contar con los medios necesarios para preparar la defensa.

El derecho a contar con los medios necesarios para preparar la defensa debe ejercerse amplia e irrestrictamente no solo en todas y cada una de las etapas del proceso sino también en la etapa de investigación. Esto, de acuerdo con Oré, importa la posibilidad de acceder a todos los medios necesarios que le permitan al procesado preparar su estrategia procesal y, a través de esta, su defensa efectiva⁵⁵.

corresponde a su función.

54 El artículo 84 del Código Procesal Penal establece que el Abogado Defensor goza de todos los derechos que la Ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
 2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
 3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
 4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de Investigación por el imputado que no defienda.
 5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
 6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
 7. Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la Ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
 8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
 9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.
 10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la Ley.
- 55 ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho*



En la medida en que este derecho es transversal puede decirse que vincula a todos los órganos relacionados, directa o indirectamente, con la administración de justicia, esto es, la Policía Nacional de Perú, el Ministerio Público, y el Poder Judicial. El abogado defensor, por lo tanto, no solo debe poder acceder a la información contenida en el expediente judicial y a todos los actuados policiales, fiscales y judiciales sino también obtener las copias simples respectivas que considere relevantes para la preparación de su defensa técnica⁵⁶.

Finalmente, debe subrayarse que este derecho ha sido reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁷ y en la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁸.

7.6. La detención arbitraria: una mirada desde la realidad y la jurisprudencia

Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la libertad en tanto derecho fundamental tiene un contenido esencial, uno no esencial y un contenido adicional. Un derecho fundamental puede ver afectado su contenido adicional y su contenido no esencial sin que dichas afectaciones impliquen que el derecho fundamental está vacío de contenido. Sin embargo, la afectación al contenido esencial *Procesal Penal. Reforma*, Lima, 2011, p. 178.

56 Debe señalarse que el derecho a contar con los medios necesarios para la preparación de la defensa también está reconocido en el penúltimo párrafo del artículo 1 de la Ley N° 27934, Ley que regula la Intervención de la Policía y del Ministerio Público.

57 El literal b del numeral 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que durante el proceso toda persona acusada de la comisión de un delito tiene derecho “a disponer (...) de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

58 El literal c del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que durante el proceso toda persona tiene derecho a tener “los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

de un derecho fundamental sí acarrea la inexistencia del mismo.

En el derecho a la libertad tenemos, por ejemplo, que una limitación al contenido adicional del *ius ambulandi* se da cuando el libre tránsito es restringido por razones de seguridad en algunas zonas del Perú. La afectación al contenido no esencial la encontramos en las medidas limitativas de derechos que hemos analizado. Estas afectaciones son, por lo demás, jurídicas en tanto emanan de un mandato legal, de ahí que solo puedan afectar el contenido no esencial.

La afectación del contenido esencial del derecho a la libertad son ab initio antijurídicas. Esto quiere decir, que tanto en su origen como en su objetivo son antijurídicas, pues no solo no emanan de un mandato legal sino que son persiguen objetivos ilegales (privación de la libertad).

Debe recordarse que la limitación al *ius ambulandi* es per se antijurídica. Se juridiza solo cuando media una orden del juez o la detención se realiza por la policía cuando el detenido se encuentra en una situación de flagrancia respecto de la comisión de un delito y se le informa en ese mismo momento al detenido de los motivos de su detención (juridicidad constitucional). Esta juridización para ser tal requiere también que se cumplan ciertos requisitos de forma, intensidad y de tiempo en la aplicación de las medidas limitativas de derecho (juridicidad legal).

La realidad social y la jurisprudencia han señalado los supuestos más frecuentes donde se da la afectación antijurídica del *ius ambulandi*. Cuando la medida limitativa de derechos es dictada por una persona que carece de la competencia para hacerlo, como por ejemplo, un funcionario del Servicio de Inteligencia, nos encontramos ante un supuesto de antijuridicidad legal. Esto se da cuando un juez que no es competente dicta un mandato de detención o cuando la policía detiene a



una persona sin que esta se encuentre en una situación de flagrancia respecto de la comisión de un delito.

Asimismo, cuando la detención es dictada por el juez pero carece de motivación⁵⁹ o individualización previa⁶⁰ nos encontramos ante un supuesto de antijuridicidad constitucional. Lo mismo sucede cuando la detención se lleva a cabo sin que se le informe al detenido de las razones de la misma. O cuando el fundamento de la detención de una persona es su “peligrosidad” o “modo de vida marginal”⁶¹.

Si la detención la realiza un miembro del Serenazgo, puesto que existe el denominado arresto ciudadano, su detención es jurídicamente posible siempre que cumpla con el deber de informarle de los motivos de la misma. Cuando una persona es detenida con arreglo a la constitución pero la duración de la detención excede el plazo, entonces nos encontramos ante un supuesto de antijuridicidad constitucional⁶².

Cabe precisar que algunas detenciones presentan su antijuridicidad a nivel legal mientras que otros lo hacen a nivel constitucional. Estos supuestos también pueden tener una antijuridicidad que atraviese los dos niveles simultáneamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Marcial Pons, Madrid, 2003;
- BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000;
- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007;
- JAUCHEN, Eduardo. Derechos del imputado. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007;
- MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997;
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Reforma, Lima, 2011.

59 STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, f. j. 17.

60 STC Exp. N° 02362-2011-PHC/TC, f. j. 5.

61 STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, f. j. 17.

62 STC Exp. N° 07624-2005-HC/TC, f. j. 5.