

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**“EL HÁBEAS CORPUS CONTRA ACTOS DE INVESTIGACIÓN
PRELIMINAR”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Penal

AUTOR

LILIANA DEL CARMEN PLACENCIA RUBIÑOS

ASESOR

Prof. Dr. RAÚL BELEALDO PARIONA ARANA

JURADO

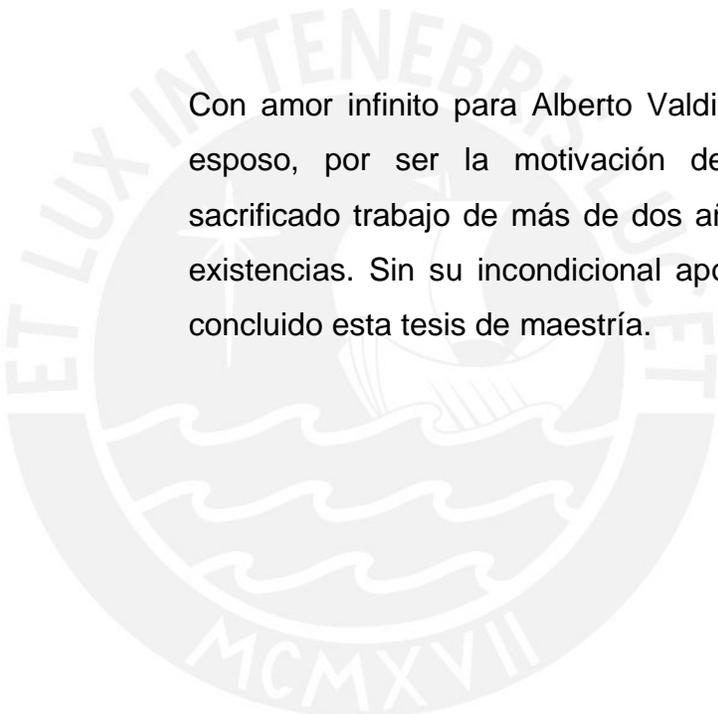
Dr. IVAN FABIO MEINI MÉNDEZ

Dr. RAÚL BELEALDO PARIONA ARANA

Dr. YVAN FIDEL MONTOYA VIVANCO

LIMA – PERÚ

2012



Con amor infinito para Alberto Valdivia Paredes, mi esposo, por ser la motivación de este largo y sacrificado trabajo de más de dos años de nuestras existencias. Sin su incondicional apoyo, no hubiese concluido esta tesis de maestría.

AGRADECIMIENTOS

A mi querida Pontificia Universidad Católica del Perú, con la convicción de que ahora es mucho más Pontificia Universidad Católica del Perú que nunca, por ser uno de los referentes más importantes de mi formación personal y profesional; al Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana, por su empeño para alentarme en la elaboración de esta tesis y su buena disposición para la orientación y discusión; y al Dr. Carlos Augusto Ramos Núñez, por sus orientaciones metodológicas cuando no tenía delimitado aún el objeto de este trabajo de investigación.

ÍNDICE

	Pag.
INTRODUCCIÓN	8
1. La etapa de Investigación.....	19
1.1. Estructuración y fines de la investigación	21
1.1.1. La investigación preliminar.....	23
1.1.2. Estructura de la investigación preliminar	28
1.1.3. Finalidad de la investigación preliminar.....	29
1.2. Naturaleza jurídica de la investigación preliminar.....	33
1.3. Antecedentes de la investigación	41
1.3.1. Procedimiento de iniciación	43
1.3.1.1. Denuncia	45
1.3.1.2. Iniciación de oficio por <i>noticia criminis</i>	46
1.3.1.3. Denuncia por la policía	47
1.3.2. Procedimiento de investigación preliminar	48
1.3.2.1. Investigación preliminar por el Ministerio Público	49
1.3.2.2. Investigación preliminar policial	51
1.3.2.2.1. Actuaciones de la investigación preliminar	54
1.3.2.2.2. Control de las actuaciones policiales.....	57
1.3.2.2.3. El atestado policial	59
1.3.3. Conclusión de la investigación y la calificación de la investigación preliminar.....	63
1.3.4. Valor de la investigación	65
1.3.5. Recurribilidad de las resoluciones que concluyen la investigación	67
1.4. Ausencia o deficiencia de control jurisdiccional durante la etapa de investigación preliminar.....	68
1.4.1. Conclusión de la investigación policial	71
2. <i>Hábeas Corpus</i> contra actos de investigación preliminar	73
2.1. Generalidades.....	73
2.1.1. Relaciones entre la jurisdicción constitucional y la justicia ordinaria: proyecciones y limitaciones	79
2.1.2. Tipología de los <i>hábeas corpus</i>	85

2.1.3.	Delimitación de la pretensión procesal-constitucional	91
2.1.4.	Finalidad de los hábeas corpus contra actos de investigación preliminar	91
2.2.	Postura sobre la improcedencia del hábeas contra actos de investigación preliminar	92
2.3.	Postura a favor de la procedencia del hábeas corpus contra actos de investigación preliminar	93
2.3.1.	Imposibilidad de sustracción del control constitucional	93
2.3.2.	Estado de Derecho	97
2.3.3.	Defensa de la legalidad.....	98
2.3.4.	Ejercicio de la función requirente	101
2.3.5.	Afectación del derecho a la libertad	102
2.3.6.	Derecho al debido proceso	107
2.3.7.	Derecho a la defensa.....	109
2.3.8.	Derecho a la imputación necesaria	110
2.3.9.	Derecho a la interdicción o proscripción de la arbitrariedad	112
2.4.	Análisis de Casuística: Proyecciones y posibilidades de hábeas corpus contra actos de Investigación Preliminar	115
2.4.1.	Objetivos.....	115
2.4.2.	Metodología	116
2.4.3.	<i>Hábeas corpus</i> en la etapa de investigación preliminar	117
2.4.3.1.	<i>Hábeas corpus</i> conexo.....	117
2.4.3.2.	<i>Hábeas corpus</i> restringido.....	121
2.4.3.3.	<i>Hábeas corpus</i> preventivo.....	123
2.4.4.	Análisis de los supuestos.....	130
3.	El Tribunal Constitucional ante el <i>hábeas corpus</i> contra actos de investigación preliminar	154
3.1.	El caso <i>Samuel Gleiser Katz</i>	154
3.2.	El caso <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	161
3.3.	El caso <i>Jorge Manuel Chávez Sivina</i>	170
3.4.	El caso <i>César Darío Gonzáles Arribasplata</i>	176
3.5.	El caso <i>Roberto Boris Chauca Temoche</i>	181
3.6.	El caso <i>Daniel Eduardo Yabbur</i>	187

3.7. El caso <i>Socorro Vallejo Cacho de Valdivia</i>	191
3.8. El caso <i>José Andrés Callegari Erazo</i>	194
3.9. El caso <i>José Humberto Abanto Verástegui</i>	198
3.10. El caso <i>Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela</i>	201
3.11. El caso <i>Rodolfo Orellana Rengifo</i>	205
CONCLUSIONES	216
BIBLIOGRAFÍA	221
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO UTILIZADAS	247



INTRODUCCIÓN

La procedencia de la acción de garantía constitucional, hoy calificada de proceso constitucional de *hábeas corpus*, constituye un tema clave del Derecho contemporáneo. Sin embargo, el *hábeas corpus* durante la fase de la investigación preliminar del proceso penal peruano es uno de los problemas más acuciantes en la práctica constitucional penal de nuestros días. La procedencia o improcedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar es una cuestión no sólo importante para los derechos subjetivos de las personas sino también para el propio sistema jurídico. Esto por cuanto que, al afirmar derechos objetivos y valores, se apuesta por la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

Actualmente asistimos a la vigencia de dos sistemas procesales penales. El nuevo sistema procesal penal, de corte acusatorio, se sustenta en la clara diferenciación de los roles de las partes y del juzgador. El Fiscal acusará, la defensa rechazará dicha acusación, y el Juez actuará en calidad de tercero o árbitro del conflicto penal. El antiguo sistema procesal penal, sobre la base del Código de Procedimientos Penales de 1940 –de clara inspiración inquisitiva–, y normas modificatorias de corte acusatorio, han generado un sistema procesal penal mixto.

La etapa de la investigación preliminar en este sistema mixto está a cargo del Fiscal, según el diseño constitucional de la Carta Política de 1993. El Juez carece de control jurisdiccional de los actos de investigación directos¹, mas interviene cuando se trata de actos de investigación indirectos, a petición del fiscal. En buena cuenta, en la investigación preliminar del antiguo sistema procesal penal, no se configura control jurisdiccional de todos los actos de investigación preliminar, sino de actuaciones en estricto excepcionales.

¹ Los actos de investigación directos están dirigidos a descubrir los elementos fácticos configurativos sobre un supuesto ilícito penal. Los actos de investigación indirectos no buscan o averiguan los elementos fácticos, sino que se dirigen a estructurar otros medios de investigación, o localizar y asegurar personas y objetos que puedan servir posteriormente dentro de una determinada investigación preliminar.

Postulamos en este trabajo que la procedencia del *hábeas corpus* dentro de la investigación preliminar debe darse sobre la base del tratamiento adecuado de la tipología aplicable. Los *hábeas corpus* conexo, restringido y preventivo son los que mejor responden a la naturaleza jurídica y estructuración de la investigación preliminar.

La tipología sobre *hábeas corpus* del Tribunal Constitucional está constituida por formas procesales diseñadas para subsumir los hechos y el derecho correspondientes a la demanda interpuesta. Consideramos que estas formas procesales han de perseguir y no obstaculizar la concreción de los derechos fundamentales de la persona.

El presente trabajo busca, pues, proporcionar pautas o criterios para contribuir decididamente a la procedencia del *hábeas corpus* durante la investigación preliminar. Con esto se lograría que la tipología, más que una estructura formal-procesal, llegase a erigirse en verdadero sustento racional y constitucional para la efectividad de los derechos constitucionales.

En estricto, consideramos que el control constitucional a nivel de la investigación preliminar se justifica debido a la propia naturaleza prejudicial de la investigación preliminar. Es decir, la ausencia de la intervención de índole jurisdiccional, exige el control constitucional en cumplimiento de un mínimo estándar del debido proceso prejudicial.

Desde hace más de once años el Tribunal Constitucional, como ya ha ocurrido en otras materias jurídicas, ha tratado ambiguamente los casos de *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar. Por una parte ha invocado su procedencia sustentándose en la vulneración de derechos constitucionales; y por otra, ha afirmado la improcedencia del mismo, sobre la base de la naturaleza de la función requirente del Ministerio Público, la cual es contraria a la capacidad decisoria de la judicatura. Esta dicotomía en el tratamiento de la figura, bajo la perspectiva de la protección de los derechos conexos a la libertad, junto con la dignidad como uno de los fundamentos de nuestro sistema jurídico, ha generado incertidumbre e inseguridad jurídica. Tal resultado es

inaceptable, lo que ha exigido de nuestra parte la búsqueda de un tratamiento adecuado y coherente con los valores y derechos constitucionales en conflicto.

La improcedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar busca sustentarse en la naturaleza de la función requirente o postulatoria del Ministerio Público, que a su vez radica en la capacidad de promover la acción penal con la finalidad de que el órgano jurisdiccional proceda a la apertura de instrucción. Esta posición busca justificar la improcedencia de la demanda constitucional de *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar, debido a que el Ministerio Público carece de capacidad resolutoria del conflicto penal, fuente de donde se derivarían los actos vulneradores de los derechos fundamentales. Es decir, esta postura considera que solo a partir del auto de apertura del proceso penal, vale decir, desde el inicio de la jurisdicción común, se abriría la posibilidad concreta de la intervención de la jurisdicción constitucional. No podría darse antes pues la actividad fiscal corresponde a la etapa pre-jurisdiccional, en donde no se decide aún ninguna intervención sobre la esfera de libertades de un ser humano.

La crítica contra esta postura radica en la perspectiva *a priori e in abstracto* asumida, que descarta cualquier posibilidad de vulneración de derechos constitucionales durante la configuración de actos de investigación. La radicalidad de dicha postura impide cualquier matización o problematización al respecto.

La absurda consecuencia de esta postura reside en la configuración de un espacio orgánico-funcional de la actividad administrativa en el que se encontraría proscrito el control constitucional, desconociendo frontalmente la obligatoriedad del control constitucional, que se extiende a todas las actividades, funciones, órganos y entidades del Estado.

Completa el panorama la postura contraria, que sustenta que el Ministerio Público no está exento de control constitucional, de manera tal que resulta procedente el *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar, toda vez que el Estado de Derecho se sustenta sobre la base de la estructuración,

división y funcionamiento de los órganos estatales, debidamente limitados por la estricta vigencia de los derechos constitucionales. En esta perspectiva, el Ministerio Público, por mandato constitucional, sustenta parte esencial de su racionalidad en la función investigadora para sistematizar un conjunto de elementos de prueba debidamente recogidos, actuados y razonados, que permitan denunciar ante el Poder Judicial la realización de un hecho presuntamente delictivo en el marco del respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Por otra parte, el Ministerio Público no sólo ostenta la función requirente sino, y en el mismo orden de importancia, la función de defensor de la legalidad y los derechos ciudadanos². Se trata de funciones implicantes y no excluyentes, toda vez que el Ministerio Público acciona contra presuntos actos delictivos, y, a la vez, garantiza la defensa de los derechos fundamentales de los investigados y no investigados.

No resultaría coherente, entonces, que un órgano de origen eminentemente constitucional, y garantizador de los derechos de las personas, se sustrajera a los principios, valores e interpretación que emanan de la Constitución. Y menos aún que vulnerase derechos fundamentales a través de sus propias actuaciones. Sin embargo, las actuaciones fiscales han constituido materia de control constitucional a punto tal que la relación entre el Tribunal Constitucional, como máximo organismo garantizador de la efectividad de los derechos fundamentales, y el Ministerio Público, en su función persecutoria del delito, es altamente conflictiva³. En este contexto, no existe espacio en el que se configure mayor nivel de confrontación entre la Constitución y el Ministerio Público que la etapa de la investigación fiscal.

El efectivo o real ejercicio de la función requirente, postulatoria, o la capacidad de promover la acción penal por parte del Ministerio Público para la obtener

² Véase el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público o Decreto Legislativo N° 052.

³ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Ministerio Público y el Proceso Penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional”. En *La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009*. Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p.222

una decisión jurisdiccional sustenta la postura afirmadora de la procedencia de *hábeas corpus* estudiado⁴. La imputación fiscal ha de cumplir un mínimo nivel –como requisito básico– de respeto a los derechos fundamentales de la persona. La exigencia constitucional del contenido de la imputación ha configurado el derecho a la imputación necesaria, con entidad propia y contenido específico. Precisamente, cuando la actividad derivada de la función requirente del Ministerio Público vulnera derechos constitucionales deviene en procedente el *hábeas corpus* contra actos de la investigación preliminar.

El control constitucional resulta imprescindible en la etapa de la investigación preliminar ante la inexistencia del control jurisdiccional ordinario, en razón a la naturaleza de la etapa pre-jurisdiccional de los procesos penales. En términos de aplicación más genéricos, el artículo 200° inciso 1° de la Constitución Política del Estado establece la procedencia del *hábeas corpus* contra cualquier autoridad, funcionario o persona frente a la vulneración o amenaza de la libertad personal. No hace excepción alguna con respecto a la legitimación pasiva, de manera que esta garantía constitucional puede ser accionada contra cualquier persona común o funcionario de cualquier sector u organismo del Estado.

La postura a favor de la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar se fundamenta en nuestro diseño constitucional orgánico-político, por el origen y funciones del Ministerio Público. En esta línea de pensamiento, nuestro diseño constitucional contralor, a través de la efectividad de los derechos fundamentales, garantizados por las acciones constitucionales –entre las que se encuentra el *hábeas corpus*–, se constituyen en límites sustantivos al poder político, sin excepción normativa en cuanto a la legitimidad pasiva. Con ello, no existe persona, sector o institución que pueda ser abstraído del control constitucional. Así, los actos del Ministerio Público vulneradores de los derechos constitucionales constituyen materia susceptible de la garantía constitucional en análisis.

⁴ ÁNGULO ARANA, Pedro. *La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Lima: Jurista Editores, 2007, pp. 371-372

Desde una perspectiva más específica, es necesario precisar qué derechos constitucionales se verían afectados para buscar protección en el *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar. Para ello recurriremos a la legislación nacional, específicamente, a la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Constitucional, que contienen, explícita e implícitamente, un catálogo en detalle de los derechos que son protegidos por el *hábeas corpus*⁵. En primer lugar, se trata del derecho fundamental al debido proceso⁶. Al respecto, Castillo Alva considera que el contenido mínimo de este derecho durante la investigación preliminar está constituido por el inicio previo de esta investigación preliminar, y el respeto por el derecho a ser escuchado antes de ser denunciado formalmente⁷. El inicio previo de la investigación preliminar, con la finalidad de precisar los investigados, los hechos materia de investigación y los medios de prueba, que determinarán tales aspectos.

El respeto por el derecho a ser escuchado antes de ser denunciado formalmente constituye la forma primera y más elemental del derecho a la defensa. Es decir, antes de ser escuchado por un Juez, el derecho a la defensa exige ser oído por el Fiscal o Policía; no para rendir una declaración formal, sino la oportunidad que la parte requirente oiga por primera vez la posición del denunciado. Esto solo y exclusivamente con la finalidad de ser oído, y no de brindar declaración alguna.

Para Gimeno Sendra, los actos de defensa en todo su despliegue, desde el inicio de la investigación hasta la conclusión del proceso, constituyen materia del *hábeas corpus*, no como resultado de una concepción liberal-individualista (propia del Estado del S. XIX) que concibe la defensa como derecho potestativo del imputado, sino como producto de la defensa pública, que

⁵ Ver el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, promulgado el 28 de mayo del 2004.

⁶ Aunque inicialmente el *hábeas corpus* sirviera para proteger el derecho fundamental de la Libertad, ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia y la doctrina, obligados por la realidad, ampliaran su ámbito de protección a derechos como el debido proceso en su incidencia con el derecho a la libertad personal.

⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. “El Derecho a ser Oído en la Actividad del Ministerio Público. Su Protección a través del *Hábeas corpus*. ¿Son constitucionalmente legítimas las denuncias del Ministerio Público sin Investigación Preliminar y/o sin respetar el derecho a ser oído?”. En Castillo Córdova, Luis, coordinador. *En defensa de la libertad personal: estudios sobre el hábeas corpus*. Lima: Palestra, 2008, p. 157.

responde a la concepción del Estado Social sobre el proceso penal, garantizando la defensa efectiva del procesado⁸

Un segundo aspecto relevante del derecho directamente involucrado en esta etapa de investigación preliminar es el *principio de imputación necesaria*, que protege derechos constitucionales que han de estar presentes en la formalización de la denuncia. Estos derechos consisten en la interdicción o prohibición a la arbitrariedad, predominio de la legalidad y respeto del debido proceso⁹.

La interdicción a la arbitrariedad garantiza que las decisiones del director de la investigación se encuentren sujetas a parámetros elementales, con la finalidad de evitar excesos, caprichos y subjetividades por parte del mismo. En el caso del Ministerio Público, este derecho le es exigible como *discrecionalidad razonada*, e implica necesariamente que la función estatal de persecución del delito debe concordar con la vigencia de los derechos fundamentales de la persona¹⁰. De allí que la formalización de la denuncia por parte del Ministerio Público debe sustentar en forma clara y precisa la descripción suficientemente detallada de los hechos presuntamente delictivos respecto a cada uno de los investigados.

En esta direccionalidad, la exigencia del cumplimiento de los elementos y requisitos exigidos por la denuncia fiscal no sólo ha de satisfacer la literalidad de la norma procesal penal, sino también el principio de legalidad. Este principio entonces será el segundo elemento de la imputación necesaria; y consistiría en la necesidad de obtener una decisión fiscal que, material y procesalmente, exprese una imputación concreta, específica y particular.

El derecho al debido proceso se encuentra garantizado por el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, y la incorporación de contenidos específicos de este derecho –en casos concretos– se ha efectuado

⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. *El proceso de Hábeas corpus*. Madrid: Tecnos, 1985, p.49

⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal*. Lima: Palestra, 2008, p. 25

¹⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. *Óp. cit.*, p. 166

sobre la base de la normatividad internacional de derechos humanos vinculante para el Perú¹¹. Su protección constitucional, cuando afecte la libertad o derechos conexos con la libertad, es el ámbito del *hábeas corpus*.

Pero también para aquellos casos en los cuales el contenido del derecho al debido proceso es de tal entidad, como el derecho a un plazo razonable en la administración de justicia¹², que adquiere autonomía –cuyo reconocimiento se sustenta en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado– en razón a su condición de derecho constitucional implícito, cuya existencia se deriva de los principios y valores recogidos expresamente en la Constitución Política del Estado.

El contenido del debido proceso (en sus aspectos o vertientes material y procesal) a nivel de la investigación preliminar implica el contenido de todos y cada uno de los derechos, principios y valores constitucionales que conforman el debido proceso.

La vulneración de cualquiera de estos derechos en la etapa de la investigación preliminar podría tener como consecuencia directa, indubitable y unívoca, la expedición del auto de formalización de la denuncia fiscal, que no vincula al Juez, pero que constituye el único y más importante indicativo para la expedición del auto de apertura del proceso penal. Por consiguiente, el Ministerio Público no dispone la detención provisional del investigado o procesado, pero provee los insumos necesarios para expedir la resolución que dispone las medidas coercitivas correspondientes. Con ello, la actividad del Ministerio Público que no respete los fines, naturaleza y funcionamiento de la investigación preliminar, inobjetablemente ha de ser materia de control constitucional.

El problema central de este trabajo consiste en preguntarse si procede o no el *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar. Actualmente no

¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley, 2008, p. 473.

¹² *Ídem*, p. 472.

existe respuesta de consenso a esta problemática, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Incluso nuestro Tribunal Constitucional, como ya es común en muchas otras áreas, tiene pronunciamientos distintos y contradictorios. En consecuencia, se justifica plenamente una investigación sobre este problema, dada la relevancia jurídica en la administración de justicia en nuestro país.

En el presente estudio hemos examinado, por otro lado, los efectos procesales del *hábeas corpus* cuando ataca actos de investigación preliminar, a la luz del Código de Procedimientos Penales de 1940, precisando que aún cuando éste le reste pocos años de vigencia, la ausencia persistente de la voluntad política y un inexplicable reparo de las autoridades del gobierno central para la vigencia nacional del nuevo Código Procesal Penal de 2004, justifica perfectamente este trabajo de investigación¹³.

En cuanto al estado del arte en torno a la materia, podríamos indicar que en nuestro medio son pocos los estudios que han abordado total, parcial o colateralmente el tema. Por ejemplo, Pablo Sánchez Velarde examina algunos aspectos procesales-constitucionales sobre el control constitucional en la investigación fiscal¹⁴. A su vez, James Reátegui estudia el control constitucional sobre la imputación contenida en el auto apertorio, naturalmente, sobre la base de la investigación preliminar¹⁵. El control del plazo de la investigación preliminar, es el punto que ha merecido más interés de los nacionales¹⁶.

¹³ La vigencia del nuevo Código Procesal Penal en todo el territorio nacional no asegura, lógicamente, el respeto irrestricto de los derechos constitucionales durante la investigación preliminar, empero, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, prevé la audiencia de tutela de derechos, solicitada ante el Juez de la Investigación Preparatoria, de acuerdo al artículo 71° inciso 3° del nuevo Código Procesal Penal.

¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *La investigación preliminar en el nuevo proceso penal*. s/f. Consulta: 15 de abril 2010. < <http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs> >

¹⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El control constitucional en la etapa de calificación judicial*. Lima: Editorial Palestra, 2008.

¹⁶ CASTAÑEDA OTSÚ, Susana. *El plazo razonable de la investigación preliminar y del proceso penal. Su control a través del Hábeas Corpus*; Lima: Pandectas, 2009; BURGOS ALFARO, José David. *El control del plazo de la investigación fiscal en el nuevo proceso penal*, 2007; CÁCERES / IPARRAGUIRRE. *Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Jurista Editores, 2005; GÁLVEZ/RABANA/CASTRO. *El Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores, 2008; SAN MARTÍN CASTRO, César. *Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria. Actualidad Jurídica*. N° 146; ANGULO ARANA, Pedro. *La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*. Lima: Jurista Editores, 2007; VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *La duración de las diligencias preliminares y su delimitación mediante el control de plazos*. Distrito Judicial de Madre de Dios, 2009.

En el presente estudio, en primer lugar, se aborda la etapa de investigación preliminar, delimitando la naturaleza jurídica del procedimiento y analizando su formación sobre la base de actuaciones, valoración y calificación de la investigación preliminar. Se subraya la ausencia del control judicial, de manera que la jurisdicción constitucional se encuentra justificada, generándose la posibilidad de una intervención inadecuada del Tribunal Constitucional, que distorsione la estructuración y los fines de la investigación preliminar.

Posteriormente, se exhiben todas las posiciones doctrinarias respecto a la procedencia o improcedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar. Nuestra tesis estriba en la procedencia, y fundamentamos nuestra posición no sólo desde la defensa del derecho a la libertad y derechos conexos correspondientes al investigado, sino también desde la naturaleza, fines y estructuración de la investigación preliminar. Finalmente, se realiza un análisis minucioso acerca de las sentencias –declaradas fundadas e infundadas– más importantes sobre *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar emitidas por el Tribunal Constitucional; en donde precisaremos los elementos en que ha fundamentado el Tribunal Constitucional la procedencia o improcedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar.

En esta línea de trabajo, hemos estudiado las principales vulneraciones contra derechos conexos de la libertad personal durante el desarrollo de la investigación preliminar. Esto es, debido avocamiento del fiscal, interdicción de la arbitrariedad, cumplimiento del plazo debido, derecho a la defensa, *ne bis in idem* a nivel prejudicial, debida valoración y adecuada calificación de los hechos investigados; y hemos apreciado que nuestro Tribunal Constitucional habría configurado un nivel de intervención en la etapa de la investigación preliminar que no habría significado un avance significativo en el desarrollo de los derechos constitucionales.

Consideramos que el presente trabajo contribuirá, en primer lugar, a determinar los límites del control constitucional a nivel de la investigación preliminar, no con la finalidad de reducir el ámbito de aplicación, sino de asegurar mayores y

mejores niveles de protección de los derechos fundamentales dentro de las actuaciones a nivel de investigación preliminar. En segundo lugar, a que, desde el Derecho procesal penal, los aplicadores del derecho garanticemos la idoneidad de la estructuración, dinámica y fines de la investigación preliminar, que es proveedora de los principales insumos para el inicio del proceso penal; sustentado no sólo en una base legal, sino, esencialmente, en una sólida base constitucional.



1. La etapa de Investigación

El marco normativo de nuestro trabajo se ubica en la legislación anterior al nuevo sistema procesal penal por dos razones. La primera es que la problemática estudiada resulta plenamente justificada en los distritos judiciales en los que aún no se encuentra vigente el nuevo Código Procesal Penal, pues la aplicación de este ha resuelto parte importante de esta problemática¹⁷. En segundo lugar, debido al desinterés y apatía de la clase política para promover la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en todo el territorio nacional, faltando en la actualidad incorporar los distritos judiciales de Apurímac, Santa, Ancash, Huancavelica, Ayacucho, Huánuco, Pasco, Junín, Ucayali, Loreto, Callao, Lima Norte, Lima Sur y Lima, enfatizándose que los tres últimos distritos judiciales cuentan con una población de más de nueve millones de habitantes¹⁸, potenciales justiciables de la jurisdicción ordinaria y constitucional.

La más sustancial diferencia entre el marco normativo del sistema inquisitivo tradicional y el nuevo sistema procesal penal, estriba en que la etapa de instrucción, propia del sistema inquisitivo tradicional, tiene como objetivo la investigación del hecho criminal y la identificación del autor, estando a cargo del juez instructor¹⁹, en tanto que en el nuevo sistema procesal penal acusatorio, la investigación del delito se encuentra bajo la dirección indiscutible del Ministerio Público²⁰. Esta distinción de roles se erige en el fundamento del sistema procesal acusatorio por lo que queda claro que no estamos ante una simple diferencia de marcos normativos.

¹⁷ Nos referimos a la audiencia de control de derechos del procesado regulada por el artículo 71° inciso 3° del nuevo Código Procesal Penal

¹⁸ Según los datos del Censo Nacional 2008, proyectados y estimados para al año 2010, a cargo del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática, la población en estricto habría sido de 9'113,684 habitantes. Consulta: 05 marzo de 2012.

<http://www.inei.gob.pe/perucifrasHTM/inf-dem/cuadro.asp?cod=11229&name=po17&ext=gif>

¹⁹ Artículo 72° del Código de Procedimientos Penales de 1940

²⁰ Artículo 139.4° del nuevo Código Procesal Penal de 2004

En el interregno de ambos marcos normativos se promulgaron varios dispositivos legales²¹ con el objetivo de tratar de compatibilizar²² las Constituciones de 1979 y 1993 con el Código de Procedimientos penales de 1940, toda vez que ellas habían consagrado el rol de dirección o conducción de la investigación del delito a cargo del Ministerio Público²³.

El Código Procesal Penal de 1991 concordaba con el modelo procesal penal promovido por la Constitución de 1979. Sin embargo, estuvo sometido a sucesivas *vacatio legis*, a pesar de que el mundo vivía movimientos de reforma del proceso penal y la doctrina procesal penal aportaba elementos para la discusión en torno a la configuración del proceso inquisitivo reformado o mixto.

En consecuencia, nuestro marco normativo se centrará en lo regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1940 más la legislación modificatoria, la misma que buscaba compatibilizar este código con las Constituciones de 1979 y 1993, y que aportó elementos que hicieron cambiar el carácter del sistema procesal inquisitivo. El resultado fue un sistema que puede denominarse reformado o mixto.

En síntesis, lo que tenemos en lo que nuestro trabajo de investigación se refiere es un Ministerio Público a cargo de la investigación preliminar (desplazando al juez-investigador del sistema inquisitivo tradicional) sin ser sujeto de control jurisdiccional ordinario (diferenciándose del sistema procesal acusatorio, que contempla la realización de las audiencias de tutela en virtud del artículo 71° inciso 3° del nuevo Código Procesal Penal)

Lógicamente no ha sido fácil ni coherente la búsqueda del entendimiento entre la Constitución de 1993 y la legislación modificatoria concerniente a la investigación preliminar, por lo que se constatan deficiencias y vacíos normativos, que han generado serias dificultades y vulneraciones contra los

²¹ En lo que respecta a nuestro tema, se dieron las siguientes normas: Ley N° 27379, modificada por el Decreto Legislativo N° 988; Ley N° 27934, modificada por el Decreto Legislativo N° 989, y Resolución N° 1274-2005-MP-FN.

²² TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Lima: Editorial Palestra, 2003, pp.147-203

²³ Art. 159° de la Constitución Política del Estado.

derechos fundamentales. Esto, básicamente, en razón a la ausencia de control judicial sobre los actos de investigación propios²⁴, que esperamos contribuir a solucionar mediante este trabajo de investigación.

Se entiende entonces que nuestra primera tarea consiste en definir, describir, explicar y analizar aspectos esenciales referentes a la investigación preliminar, según los mecanismos legales anteriores al nuevo Código Procesal Penal de 2004, toda vez que sobre los sucesos fácticos, configurados en esta etapa preprocesal, es que recaerá la necesidad de los mecanismos de protección constitucional.

Esto último se entiende en la medida en que es necesario identificar aquellos puntos en los cuales se pueden vulnerar los derechos fundamentales protegidos por el *hábeas corpus*, para sustentar jurídicamente la aplicación del control constitucional durante la etapa de investigación preliminar.

1.1. Estructuración y fines de la investigación

La investigación preliminar está a cargo de un órgano distinto al jurisdiccional, conforme lo dispone nuestra Constitución en su artículo 159° inciso 4°²⁵, según el cual corresponde al Ministerio Público tener conocimiento de la *notitia criminis* y conducir desde su inicio la investigación del delito. Para ello coordinará con la Policía Nacional, asegurando el éxito de la investigación preliminar.

La investigación bajo dirección del fiscal tiene como finalidad averiguar todas las circunstancias conformativas o próximas a un hecho punible para el establecimiento de un juicio de valor, sobre cuya base permitirá formular el respectivo requerimiento. De esta manera, el fiscal podrá orientar los

²⁴ Recuérdese que los medios de investigación pueden ser directos e indirectos. Estos últimos son las medidas instrumentales restrictivas de derecho de la persona, controladas por el juez, a requerimiento del fiscal.

²⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Constitución Política del Perú*. 30 diciembre de 1993

elementos de pruebas que se produzcan apenas producido el hecho, además de vigilar el exacto cumplimiento de la ley²⁶.

Es de enfatizarse que la finalidad de la investigación no estriba en la formulación del requerimiento fiscal, sino en el despliegue de actividad para averiguar dichas circunstancias, que pueden conducirnos perfectamente a juicios de valor que descarten la posibilidad de formular el requerimiento fiscal. Además de ello, estos actos de investigación no son vinculantes para otros posteriores, ya que se pueden introducir nuevos hechos y ampliar los ya existentes²⁷.

En esta etapa se configuran las fuentes de prueba, de donde se derivan los medios probatorios que las partes procesales ofertarán durante el juicio oral, de tal manera que la etapa preliminar juega un rol preponderante en la estructuración del proceso penal²⁸. Concordamos con ROXIN cuando afirma que la etapa de la investigación preliminar casi determina la decisión final del caso sobre la base de consideraciones pragmáticas o funcionalidad de la etapa preprocesal.²⁹

Como podemos observar, la finalidad principal de la investigación preliminar es la búsqueda de una verdad aproximativa de los hechos, que le permitan al fiscal decidir sobre las alternativas que se le presentan, entre ir o no ir al órgano jurisdiccional e iniciar un proceso penal. Estas acciones no obtienen aún el carácter vinculante, ni surten efectos procesales sobre la decisión final. Únicamente permiten que se inicie la discusión sobre los hechos. Todo esto será desarrollado con mayor detenimiento más adelante.

²⁶ GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Séptima edición, Lima: Sesator, 1982, p. 87

²⁷ ASENSIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 210.

²⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas, 1993, p. 62

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25^o edición alemana de Gabriela Córdova y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p.326

1.1.1. La investigación preliminar

En primer lugar, debemos tener en claro que el proceso penal ordinario ha sido dividido por la doctrina en tres etapas: una preparatoria, otra intermedia y un tercer momento denominado juicio oral. En cada una de ellas se van desarrollando distintas actividades para hacer efectivos sus propios fines. Así, en la primera etapa, buscamos información que sustente la acusación; en la segunda, controlamos la correcta formulación del requerimiento fiscal (la acusación); y en la tercera se decidirá sobre el problema de fondo³⁰.

En la legislación anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004, esta clasificación se ha mantenido parcialmente, toda vez que el Código de Procedimientos Penales de 1940 no consigna una etapa intermedia sino dos etapas: la instrucción o periodo de investigación y el juicio³¹, estando la etapa de instrucción a cargo del juez de instrucción, quien se encargaba de su desarrollo y organización³², en donde se reunían las pruebas de la realización del tipo³³. Posteriormente, con la consagración del Ministerio Público como titular de la acción penal en las Constituciones de 1979 y 1993, se fortaleció la labor que fuera a desarrollar como órgano autónomo, señalándose para ello como atribución la conducción de la investigación del delito, y, en consecuencia, la dirección de los actos de la investigación preliminar.

La etimología del término "*investigación*" nos sirve bastante bien como primera aproximación: la palabra proviene del latín *in* (*en*) y *vestigare* (hallar, inquirir, indagar, seguir vestigios). De ahí el uso más elemental del término en el sentido de "averiguar o describir alguna cosa". También tenemos que "investigación" se considera un término derivado del latín *investigatio*, equivalente a acción y efecto de investigar y descubrir algo, la misma que en

³⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Estudio Crítico del Nuevo Código Procesal Penal. En Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima, 1993.

³¹ Art 1° del Código de Procedimientos Penales

³² Art. 49° del Código de Procedimientos Penales

³³ Art. 72° del Código de Procedimientos Penales

muchos casos delictivos es generada por alguna denuncia que informa de una circunstancia considerada como delito.³⁴

El Código Procesal Penal de 1991³⁵ emplea el término investigación, a diferencia del de instrucción, utilizado por el Código de Procedimientos Penales de 1940³⁶, para referirse a la actividad consistente en la recopilación de elementos de convicción necesarios para el desarrollo del juicio. La investigación preliminar es, en ese sentido, en términos de Jiménez Herrera, “una sub-etapa de carácter pre-procesal y no judicializado, que precede a la investigación preparatoria propiamente dicha, y en la que el Ministerio Público (Fiscal penal) es el encargado de dirigir esta sub-etapa comprendiendo todas aquellas diligencias preliminares encaminadas a determinar si el hecho denunciado constituye delito...”³⁷

La investigación preliminar³⁸ consiste entonces en la búsqueda de un conjunto de elementos que permitan el descubrimiento de la verdad sobre hechos que sean considerados como delitos³⁹; y, a la luz de estos elementos, interpretar tales hechos como delitos o como conductas permitidas, sin la participación del juez.

Sin embargo, debe precisarse que el control jurisdiccional durante esta etapa se erige únicamente para las medidas instrumentales restrictivas de derechos fundamentales, según la Ley N° 27379 del 21 de diciembre de 2000, modificada por Decreto Legislativo 988 del 22 de julio de 2007. Estas medidas son: la detención preliminar, la comparecencia restrictiva, el arraigo, el embargo, la orden de inhibición de disposición de bienes, el levantamiento del

³⁴ Cfr. FIERRO – MÉNDEZ, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal – Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. Tomo I, Cuarta edición, Bogotá: Leyer, p. 158-159.

³⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Decreto Legislativo N° 638*. 27 abril de 1991

³⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley N° 9024*. 16 de enero de 1940.

³⁷ JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos. *Óp. cit.*, p. 78.

³⁸ *En el Código de 1991 era una opción (artículo que no entró en vigencia):*
Artículo 65° La investigación del delito.

1. El Ministerio Público, en la investigación del delito, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión.

2. El Fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará -si correspondiere- las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional.

³⁹ ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Lima: Juristas Editores, 2005, p. 459.

secreto bancario, el levantamiento de la reserva tributaria, la exhibición y remisión de información reservada, el allanamiento de inmuebles o lugares cerrados, la inmovilización de mueble, y la clausura temporal de locales.

En estricto, y en la línea que venimos desarrollando, no existe control judicial en cuanto a los actos que se dirigen directamente a satisfacer los fines investigativos del procedimiento preprocesal penal. Las medidas instrumentales restrictivas de derechos fundamentales tienen como finalidad facilitar el surgimiento de otros medios de investigación, o la localización de persona u objetos con el objetivo de garantizar su permanencia en el proceso. Esto quiere decir que estas medidas pueden ser consideradas como medios de investigación indirectos⁴⁰. Sin embargo, atendiendo a la excepcionalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad de tales medidas instrumentales, escapan al objeto de nuestro trabajo de investigación, que busca atender los actos de investigación comunes, existentes en la etapa preprocesal penal, y de mayor ámbito de aplicación en la praxis.

La base constitucional de la investigación preliminar se encuentra justificada en el deber que incumbe al Estado de salvaguardar la estabilidad social y proteger a los ciudadanos frente a las acciones delictivas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44° de su Constitución Política⁴¹. Es así que el Ministerio Público está obligado a cumplir la función de persecución del delito⁴², de conformidad con el artículo 159° inciso 4° de nuestra Constitución, pues se establece que este se encuentra obligado a *conducir desde su inicio la investigación del delito*.

La función persecutoria deberá ser entendida como el ejercicio de la acción penal con el fin de investigar los delitos, reunir los elementos probatorios necesarios y asegurar que se apliquen al autor o a los autores los medios

⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. T. I, segunda edición, Lima: Grijley, 2006, p.561.

⁴¹ El artículo 44° en su primer párrafo dice:

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.

⁴² ANGULO ARANA Pedro. *El Ministerio Público. Orígenes, principios, misiones, funciones y facultades*. Lima: Tarea Asociación Gráfica, 2001, p. 162.

contemplados por la ley⁴³. El contenido de esta función persecutoria estará dado por la realización de todas las acciones indispensables para que el sospechoso no evada la investigación de la justicia, orientada a la aplicación de las consecuencias del delito contra los ciudadanos que lo han cometido, constituyéndose en su finalidad principal.⁴⁴

Debemos de tener en cuenta, además, que esta función persecutoria se ve justificada por la necesidad de defender los intereses de la sociedad, que se han visto seriamente dañados luego de la producción de un delito⁴⁵, pues este vulnera los denominados bienes jurídicos, que la sociedad pretende mantener intactos, siendo que ellos aseguran la configuración y supervivencia de la sociedad misma⁴⁶. Además, recordemos que el Ministerio Público es el defensor de la legalidad, tarea encomendada en el artículo 159° inciso 1° de nuestra Constitución Política, en concordancia con la propia Ley Orgánica del Ministerio Público.

La investigación es una actividad eminentemente creativa, en la que se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar información que acabe con ésta⁴⁷. SÁNCHEZ VELARDE, por su parte nos dice que la investigación preliminar es la investigación inicial como respuesta a la denuncia que se presenta ante la autoridad fiscal o policial o cuando tales autoridades proceden de oficio, es decir, cuando por propia iniciativa deciden dar inicio a los primeros actos de investigación. Se trata de la primera fase del proceso penal, cuya importancia radica en la necesidad de perseguir la conducta delictuosa verificando su contenido y verosimilitud⁴⁸.

Para ROSAS YATACO, la investigación preliminar implica la realización de una serie de diligencias necesarias conducentes al esclarecimiento de los hechos, para lo cual el fiscal y la policía especializada deberán de constituirse

⁴³ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Óp. cit.*, p. 62.

⁴⁴ *Íbidem*.

⁴⁵ GARCÍA RADA, Domingo. *Óp. cit.*, p. 82.

⁴⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2007, p. 101.

⁴⁷ BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Lima: Alternativas, 2002, p. 45.

⁴⁸ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Introducción al Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa, 2006, p. 43.

inmediatamente en el lugar de los hechos, procurando determinar la naturaleza de los hechos, es decir, si existe o no delito⁴⁹, gracias al conocimiento de las circunstancias del hecho y otros elementos de juicio que permitan evaluar mejor la situación.

En algunas legislaciones, a la investigación preliminar se le denomina “sumario fiscal”, ya que resulta ser como una fase anterior al juicio penal, pero que es indispensable para sustraer cuanto antes a los investigados que aparezcan inocentes o sin indicios ciertos de participación, y evitarles el peso inútil del juicio, *de modo que el sumario es un procedimiento de gran importancia práctica.*⁵⁰

De otro lado, la investigación preliminar también podría considerarse “como un arte y una ciencia, cuyos secretos solo se pueden descubrir a base de la aplicación continua de las habilidades que se adquieren mediante la experiencia, al enfrentarse a las investigaciones, y mediante la observación y estudios amplios del criminal y su comportamiento, así como de medio ambiente social y físico”⁵¹.

Siendo así, la construcción del concepto que manejaremos a continuación incluye elementos teórico-prácticos que permiten asumir que la investigación preliminar consiste en el procedimiento práctico con basamento constitucional, cuya actividad esencialmente creativa se encuentra dirigida por el Ministerio Público, con la finalidad de identificar todos los medios de información sobre la existencia o verosimilitud del hecho delictivo y la participación del investigado o la probabilidad de su participación; que le permitan acceder al Ministerio Público de manera justificada ante los órganos jurisdiccionales.

⁴⁹ ROSAS YATACO, Jorge. *Óp. cit.*, pp. 459-460.

⁵⁰ Cfr. FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 57.

⁵¹ VANDEROCH, Charles G., citado por ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 398.

1.1.2. Estructura de la investigación preliminar

La estructura de la investigación preliminar va a ser tratada sobre la base de sus orígenes, la función que realiza y los actos que comprende. Por ello, la estructura de la investigación está dada por la *notitia criminis*, que es el origen o el primer impulso que pone en actividad al Ministerio Público. Luego de recibida la *notitia criminis*, el fiscal puede acudir inmediatamente al órgano jurisdiccional, o iniciar una investigación para aclarar los hechos, la misma que será la denominada investigación preliminar. Una vez realizados los actos que se hayan programado para investigar los hechos denunciados, el fiscal podrá decidir entre solicitar se inicie el proceso o el archivamiento (temporal o definitivo) del caso, dependiendo de las circunstancias; además, tendrá la opción de aplicar el principio de oportunidad⁵².

Se considera la investigación preliminar como un conjunto de actividades procedimentales de recolección de indicios sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, tendentes a hacer objetiva y razonable la decisión fiscal sobre la formulación de la imputación. De esta manera, la investigación se constituye en presupuesto para determinar si existen o no razones que justifiquen el sometimiento de una persona por la imputación de un delito en un juicio criminal.

La investigación preliminar se configura de esa manera por todos aquellos actos que están comprendidos entre la *notitia criminis* que llega a la fiscalía, y la decisión final del fiscal, quien termina calificando los elementos que ha encontrado, para posteriormente presentarlos ante el órgano jurisdiccional. En este periodo, el fiscal puede realizar pesquisas, diligencias y pericias⁵³, contando para ello con el auxilio de la Policía Nacional, que realiza un informe final (denominado atestado policial), el cual contiene la relación de los hechos que han sido investigados y de los actos investigativos.

⁵² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal. Teoría y práctica*. Quinta edición, Lima: Palestra. 2003, p. 202; CALDERÓN CERNA, Ceveriano. *El proceso penal ordinario*. p. 22. Esta posibilidad fue introducida con la entrada en vigencia del artículo 2° del Código Procesal de 1991.

⁵³ ANGULO ARANA Pedro, *Óp. cit.*, p.171.

De una manera más ordenada podemos decir que la investigación preliminar se estructura de la siguiente manera: *notitia criminis*, planeamiento fiscal, investigación policial, atestado policial y decisión fiscal. Recordemos que todas estas acciones están bajo supervisión y control del fiscal, incluso la misma actuación policial.⁵⁴

Se plantea que la investigación preliminar resulta no ser autónoma; sin embargo, se advierte que es muy probable que exista investigación preliminar sin necesidad de que aparezca en escena la intervención jurisdiccional. Esto es así porque si no se encuentran los medios de convicción necesarios, el fiscal termina archivando el caso y éste nunca pasaría a la etapa de apertura del proceso. Esto resulta acertado por la enorme cantidad de casos que desbordan nuestro sistema penal sin el más mínimo sustento ni contenido penal, observándose así los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que conforman el principio cardinal de nuestro sistema penal denominado “de mínima intervención” .

1.1.3. Finalidad de la investigación preliminar

Empezaremos este punto con la clasificación que hace SAN MARTÍN CASTRO⁵⁵, para quien la investigación preliminar, desde el punto de vista de su objeto, “consiste en reunir los elementos de juicio necesarios para acusar durante el juicio oral a la persona sindicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso”. Por consiguiente, la investigación preliminar tiene por finalidad realizar los actos urgentes o inaplazables por parte del fiscal o con intervención de la Policía, destinados a determinar de forma inmediata lo siguiente⁵⁶:

⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, en su artículo 159°, LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO. Decreto Legislativo. N° 052, artículo 9°.

⁵⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. 2006, *Op. cit.* p. 438.

⁵⁶ Supuestos extraídos de: SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Esquema sobre La Investigación Preliminar en el Nuevo Proceso Penal*. Consulta: 11 de junio de 2010 <<http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs>>. Siguiendo esta misma línea, VÁSQUEZ BOYER, Carlos. En *el sinóptico sobre El Código Procesal Penal: Enfoque Crítico*. Trujillo. Consulta: 17 de junio de 2010 <www.facder.unitru.edu.pe>.

- a) Que el hecho denunciado, que ha sido de conocimiento del Fiscal, se haya producido y, de ser así, verificar que la conducta resulte reprochable penalmente (carácter delictivo).
- b) El aseguramiento de los residuos y vestigios materiales del hecho denunciado (elementos probatorios) adoptando las medidas pertinentes, adecuadas, razonables y necesarias para protegerlas y aislarlas evitando de esta manera su desaparición, destrucción o contaminación para efectos de conservar su calidad probatoria.
- c) Individualizar a las personas involucradas, imputados y agraviados.
- d) Realizar las pericias pertinentes.
- e) Tratar de impedir las consecuencias ulteriores.
- f) Asegurar la presencia de las personas investigadas, si fuera el caso.

Por su parte, CUBAS VILLANUEVA⁵⁷, señala que la investigación preliminar busca averiguar si existen, respecto de un hecho, los requisitos formales para promover acción penal, los cuales están expresamente contemplados en el artículo 77 del Código de Procedimientos penales: a) que el hecho esté previsto y sancionado como delito, b) que se haya individualizado a su presunto autor o autores, y c) que la acción penal esté expedita.

A ello agregamos, no obstante de referirse al juicio ordinario: “que el fin jurídico de la instrucción sumarial es, investigar el hecho punible. [...] y, los fines particulares son: recoger los elementos probatorios, asegurar la persona de los presuntos culpables y su responsabilidad pecuniaria, etc.”⁵⁸

⁵⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Óp. cit.*, pp. 176-177.

⁵⁸ FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Óp. cit.* p. 56, criterio que además fuera asumido por GARNICA QUINTERO, Pablo Enrique: *Investigación Criminal y Policial Judicial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas, 1972, p. 39 y VÁSQUEZ BOYER, Carlos.

Sin embargo, para JIMÉNEZ HERRERA, las diligencias preliminares tienen por objeto fundamental determinar si se configuran los presupuestos procesales legalmente establecidos para acordar la incoación de la investigación. Es decir, desde un punto de vista fáctico, verificar la verosimilitud de los hechos denunciados y la determinación de la identidad y edad de los partícipes en su ejecución, y desde el punto de vista normativo, la tipicidad penal de la conducta denunciada.⁵⁹

El objetivo preciso de las diligencias preliminares, bajo la dirección del Ministerio Público, será determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como existencia del daño causado; a través de medidas y técnicas de investigación⁶⁰, para posteriormente iniciar acción penal dentro del ámbito jurisdiccional.

En términos generales, el modelo inquisitivo anterior se basa en la obligación del Estado de buscar la verdad, a cualquier precio, e imponer las sanciones o mantener la inocencia de la persona investigada. Por el contrario, el modelo acusatorio se sustenta en la construcción de la verdad. Las partes llegan al juicio con visiones de la realidad y será la confrontación entre estas la que determine lo que se considera verdadero⁶¹. En el sistema acusatorio, lo que ocurre en la etapa de la investigación preliminar es tan solo la actividad de una parte –la del fiscal– para poder después acudir al órgano jurisdiccional y recién constituir el proceso a partir de argumentos y datos que se complementen y que permitan posteriormente la adecuada actuación de los medios probatorios correspondientes.

Coincide BOTERO CARDONA, al señalar que la facultad de investigar la verdad debe compensarse con garantías fundamentales para la defensa,

“Sinóptico sobre El Código Procesal Penal: Enfoque Crítico”. Trujillo. Consulta: 17 de junio de 2010 <www.facder.unitru.edu.pe>

⁵⁹ JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos. *La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal 2004*. Lima: Juristas Editores, 2004, p. 91

⁶⁰ ROSAS YATACO, Jorge. *Óp. cit.*, pp. 561-562.

⁶¹ JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos. *Óp. cit.*, p. 406.

incluso durante la etapa preliminar, pues contribuyen a disminuir las probabilidades de error.⁶²

Es por ello que la investigación preliminar sólo tiene razón de existir dentro de un sistema acusatorio, pues ella surge como consecuencia necesaria de la división de funciones, atribuyendo por un lado la función requirente (Ministerio Público) y por otro la función decisoria (Órgano Jurisdiccional) a órganos diferenciados, permitiendo de esta manera mayor objetividad e imparcialidad a la hora de decidir sobre las cuestiones de fondo en la sentencia.⁶³ Es precisamente en la investigación preliminar donde el fiscal obtiene mayor autonomía y, por lo tanto, puede focalizarse esta etapa como ámbito potencialmente riesgoso para la configuración de lesiones contra los derechos fundamentales del investigado.

Sucede que cuanto mayor grado de actuación autonómica de la autoridad fiscal, mayores serán los riesgos que comporta el respeto de los derechos fundamentales en razón a la relación directa, excluyente y eminentemente desigual que se erige entre el fiscal y el investigado, sobre la base del inicio del despliegue del *jus puniendi* del Estado.

La exigencia de constitucionalización del *jus puniendi* durante la etapa de la investigación preliminar, ha de ser formulada inexorablemente en torno a las exigencias de justicia humana constitucionalizada, ya sean materiales o procedimentales⁶⁴. Sin embargo, estas últimas exigencias no aseguran, desde la perspectiva de la realidad, la desaparición del riesgo potencial inherente a la etapa preprocesal penal.

⁶² Cfr. BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. *El Sistema Procesal Penal Acusatorio. El Justo Proceso - Estructura y Prospectiva de Italia para América Latina*. Lima: Ediciones Jurídicas Abelardo Flores y ARA Editores, 2009, p. 143.

⁶³ ANGULO ARANA Pedro. *Óp.cit.*, p. 162

⁶⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Lectura Constitucional de un Asunto Penal". En *Revista Peruana de de Ciencias Penales*. T. I, Lima: Idemsa, 2011, pp.177-201. El autor identifica las exigencias materiales penales constitucionalizadas (no exclusivas de la investigación preliminar) como *principios*, tales como: vigencia de los derechos fundamentales, principio de humanidad de las penas, principio resocializador, principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y principio de proporcionalidad. Las exigencias procedimentales penales constitucionalizadas (no exclusivas de la investigación preliminar) son los *principios* de subsidiariedad, fragmentariedad, legalidad y culpabilidad.

1.2. Naturaleza jurídica de la investigación preliminar

En este punto dilucidaremos si la actividad desplegada durante la investigación preliminar es estrictamente procesal, administrativa, o parcialmente administrativa.

Al respecto se han identificado tres posiciones. La primera desconoce la jurisdiccionalidad de la investigación preliminar y le atribuye más bien un carácter meramente administrativo, en la medida que son actos que se realizan fuera del proceso y como obligaciones de parte de un organismo público, como es el Ministerio Público. En esta posición encontramos a VIADA-ARAGONESES y DOMINGO GARCÍA RADA, quienes manifiestan que la investigación preliminar es un documento administrativo, que puede constituirse en un documento de prueba en el proceso⁶⁵.

MORON URBINA conceptualiza el acto administrativo a partir de sus elementos configurativos, sosteniendo que es una manifestación de voluntad de una autoridad que se destina a modificar una situación jurídica externa, recae sobre derechos de los administrados, en una situación concreta y dentro de un determinado marco jurídico⁶⁶.

Sin embargo, por el origen constitucional y autónomo del Ministerio Público, tenemos que este no forma parte del Poder Ejecutivo, ni del Poder Legislativo, y menos del Poder Judicial. Debemos pues, aplicar el concepto del autor citado, analizando la funcionalización del Ministerio Público en cuanto a su intervención en la investigación preliminar. Al respecto GARCÍA DE ENTERRERÍA sostiene que “en la realización de funciones administrativas por parte de órganos constitucionales, en realidad se trata de actividades materiales “administrativas” cumplidas por órganos públicos no integrados a la organización personificada, que es la administración pública”⁶⁷

⁶⁵ GARCÍA RADA, Domingo. *Óp. cit.*, p. 124

⁶⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los actos administrativos en la Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: *Revista Derecho y Sociedad*. Lima, 2001, Número 17. Año XII.

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I, Lima, Lima, Bogotá: Palestra y Temis, 2006, p.37.

En el mismo sentido, GUZMÁN NAPURÍ sostiene que la Constitución otorga amplia autonomía a ciertos entes, a fin de garantizar su adecuado funcionamiento, en razón a la delicada función de tales organismos como el Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Parlamento, Ministerio Público.⁶⁸

Cuando el artículo 1° inciso 6° de la Ley N° 27444 regula el ámbito de aplicación de la ley a los organismos autónomos, se refiere en estricto, cuando efectúen función administrativa, en el entendido que todos los órganos del Estado, despliegan funciones de diversa naturaleza jurídica. De allí que el artículo mencionado no significa que el Ministerio Público se encuentre conformando la administración pública

En específico, sostiene este último autor, que el Ministerio Público “encargado de representar a la sociedad en juicio [...] se convierte, entonces, en un defensor de la legalidad y de los “intereses públicos” protegidos por el derecho, a partir de la promoción de la acción de la justicia. Sobre la base de la importancia de dicha misión, era necesario separar a los fiscales de la organización del propio Poder Judicial, para asegurar la imparcialidad de quienes participan en los procesos judiciales actuando como mandatarios del denominado interés público”⁶⁹

Es necesario puntualizar que la etapa de investigación preliminar no solo está conformada por los actos de investigación directos, materia del presente trabajo de investigación, sino también de medidas instrumentales restrictivas de derechos fundamentales, bajo la conformidad jurisdiccional. De manera tal que la etapa de investigación preliminar no puede ser nomenclaturada como ámbito estrictamente administrativo.

La segunda postura asumida por la doctrina considera la actividad desplegada durante la etapa de investigación preliminar como actos jurisdiccionales, toda

⁶⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Cristián. *La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General*. Lima: Página Blanca Editores, 2004, p.66

⁶⁹ *Ídem*, pp.67-68

vez que éstos, si bien es cierto, se desarrollan previos al juicio, tienen su razón de ser en función al mismo, y se constituyen en requisitos indispensables para el dictado del auto apertorio de instrucción, en donde lo actuado en fase preliminar deberá operar como elemento motivador de esta resolución. De esa manera, lo realizado por el fiscal en la investigación preliminar es valorado por el juez para considerar iniciado o no el proceso penal.

La asunción de la actividad desplegada durante la etapa preliminar como actos jurisdiccionales exige asumir la decisión de sobreseimiento de la fiscalía en calidad de cosa juzgada, pues nota esencial de la jurisdiccionalidad radica en el principio de la cosa juzgada, que consiste en la garantía procesal que los hechos no podrán ser nuevamente sometidos a procedimiento de investigación preliminar.

ROXIN rechaza esta postura cuando sustenta la ausencia de la cosa juzgada en la decisión de sobreseimiento de la fiscalía, debido a que ésta puede iniciar o reanudar en todo momento el procedimiento, sin necesidad del surgimiento de nuevos hechos⁷⁰. Compartimos la postura de este autor, pues consideramos, adicionalmente, que no todos los actos de investigación preliminar terminan siempre sustentando el auto apertorio de instrucción, en la medida que el fiscal tiene como opciones no solo la denuncia fiscal, sino también el archivamiento temporal o definitivo del proceso, y la aplicación del principio de oportunidad. Esto es así porque ambos momentos guardan independencia entre sí, impidiendo que compartan la misma naturaleza jurídica.

Un tercer sector de la doctrina asume que la investigación preliminar contiene un carácter mixto o complejo, pues si bien las actividades que se realizan no son jurisdiccionales, debido a su carácter provisional, por ser preparatorios de otras actuaciones posteriores; también se pueden realizar dentro de la investigación actividades propiamente jurisdiccionales, como las medidas cautelares y las medidas restrictivas de derechos, entre otras. Son de esta

⁷⁰ ROXIN, Claus. *Óp. cit.*, p.355

última posición, los autores CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO y GÓMEZ ORBANEJA⁷¹.

Nos alineamos con la posición antes descrita, pero por otras razones. Para nosotros, la investigación preliminar posee un carácter mixto por cuanto son actuaciones que se realizan al margen de la función jurisdiccional, pero siempre en consideración de esta, constituyéndose en parte importante de su racionalidad, por lo que se le exige el cumplimiento de requisitos para poder suministrar los insumos mínimos que permitan el inicio de un proceso en sede jurisdiccional.

En estas actuaciones, el fiscal, con ayuda de la policía, no decide de manera irrefutable e irrevocable sobre si un hecho es o no delito, o si alguien lo ha cometido, pues esta es función exclusiva del Poder Judicial. A lo más, el Ministerio Público puede recolectar datos y sugerir, de manera probada, los elementos que hacen pensar que estamos frente a un hecho delictivo; y estos elementos deberá de recolectarlos de manera tal que puedan formar parte del proceso y ayuden al término del mismo. En esta misma línea, podemos señalar la posición asumida por el profesor JIMÉNEZ HERRERA⁷².

FONTECILLA RIQUELME, acogiendo lo expresado por MANUEL SERRÁ DOMÍNGUEZ, señala al respecto que “se ha mantenido por algunos el carácter administrativo de la instrucción sumarial, fundándose en que se trata de una simple investigación, que si en el ordenamiento jurídico español es llevada a cabo por el Juez, en otros ordenamientos es realizada por el Ministerio Fiscal o por la Policía. Frente a estos se ha afirmado el indubitable carácter procesal del sumario, habida cuenta la intervención del titular del órgano jurisdiccional, la naturaleza de actos desarrollados en el sumario, la neta disfunción de preparar el juicio oral y el resolverse en ciertas ocasiones el proceso con vista únicamente con las actuaciones sumariales [...]. Finalmente se ha sostenido el carácter pre-procesal de la instrucción sumarial, habida cuenta que por sí

⁷¹ Cfr. GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Décima edición. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1987, p. 142; SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Segunda edición. Lima: Grijley, p.443.

⁷² Cfr. JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos. *Óp. cit.*, pp. 73-74.

mismo el sumario carece de objeto y sólo tiene relevancia en orden a preparar el proceso.”⁷³ Para terminar concluyendo más adelante “que la instrucción [sumarial] en sí no constituye un proceso, ni tan siquiera una de las fases integrantes del proceso penal, pero es indudable su neto carácter procesal en cuanto sirve precisamente para preparar el proceso, que no puede llegar a nacer sin estar precedido de la instrucción”.⁷⁴

El artículo 159° inciso 4° de nuestra Constitución Política establece que corresponde al Ministerio Público *conducir desde su inicio la investigación del delito*. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de sus funciones. Norma constitucional que, como lo señaláramos, ya se encontraba contemplada en el artículo 250° inciso 5° de la Constitución de 1979, que atribuía a los fiscales la garantía de los derechos fundamentales de las personas involucradas en la comisión de presuntos ilícitos, y delimitaba las funciones de la Policía Nacional del Perú como ente de apoyo en la investigación preliminar o prejurisdiccional.

Ahora bien, el artículo 166° de la actual Constitución Política del Estado establece que la Policía Nacional previene, investiga y combate la delincuencia⁷⁵, que aparentemente colisionaría con la función constitucional encomendada al Ministerio Público, que es la de conducir desde su inicio la investigación del delito. Sin embargo, el artículo 159° inciso 4° también establece que la policía está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función, lo que significa la existencia de una dependencia funcional por parte de los policías, bajo la dirección o conducción destinada para los fiscales⁷⁶. La policía se limitará a realizar informes sobre las diligencias actuadas y apoyar al fiscal en aquello para lo que se le requiera.⁷⁷

⁷³ FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Óp. cit.*, p. 58.

⁷⁴ *Ídem*, p. 59.

⁷⁵ Artículo 166.- Finalidad de la Policía Nacional

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

⁷⁶ Cfr. ANGULO ARANA Pedro. *Óp. cit.*, p., 200; CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Óp. cit.* p., 178.

⁷⁷ CALDERÓN CERNA, Ceveriano. *Óp. cit.*, p. 4.

Dentro de este contexto, la investigación preliminar cuenta con tres características centrales:

- a) Titularidad fiscal: va referida a la titularidad del Ministerio Público en la investigación, siendo el director de la misma, ejercitando con plenitud y autonomía la investigación.
- b) Obligatoriedad: referida a la averiguación del hecho delictivo, asegurando por su carácter reservado la máxima genuinidad de las pruebas, con la finalidad de evitar las consecuencias sociales desfavorables del proceso penal en sí.
- c) Sumariedad: sinónimo de brevedad. Por lo tanto, la investigación no puede durar más del plazo impuesto por ley.⁷⁸

Sin embargo, podemos agregar otras características⁷⁹ que, perteneciendo esencialmente al sistema procesal actual, pueden aplicarse al antiguo proceso penal, tales como:

- a) Objetividad-imparcialidad: el fiscal cumple su rol sin asumir una posición parcializada orientada a los fines de la investigación, debiendo ordenar actuación de diligencias tanto de cargo como de descargo.
- b) Dinámica: la recolección de los elementos de prueba debe desprenderse de formalidades y ritualismos.
- c) Reservada-secreta: por la reserva la víctima, el imputado y sus abogados pueden acceder a las diligencias y actuaciones de la investigación, no sucediendo lo mismo con respecto a terceros. Y por el secreto, ambas partes involucradas no van a tener acceso a

⁷⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Óp. cit.*, pp. 444 - 447.

⁷⁹ ROSAS YATACO, Jorge. *Óp. cit.*, pp. 395 - 396

los mencionados actos procesales por un plazo establecido y por razones justificadas.

De ahí que JIMÉNEZ HERRERA tenga razón al señalar que “un importante desafío en la configuración de la investigación preliminar consiste en determinar los mecanismos idóneos para conferir eficacia y agilidad a la actividad persecutoria estatal con el fin de superar el ritualismo y la burocratización típicos del sumario inquisitivo”⁸⁰

Sin embargo, esta posición no ha perdido la perspectiva sobre las limitaciones de la investigación preliminar, toda vez que:

- a) Las diligencias de la investigación preliminar no son actos probatorios⁸¹.
- b) La policía interviene como órgano de apoyo, encontrándose obligada a prestar ayuda y de criminalística al Fiscal Provincial Penal.⁸²
- c) La fiscalía tiene que averiguar los hechos incriminados. Para ello tiene que aplicar la técnica de investigación en coordinación con la Policía Nacional y reunir con el mismo empeño las fuentes de prueba y asegurar las mismas a efectos de evitar que desaparezca o sean contaminadas⁸³.
- d) La investigación preliminar no puede ser arbitraria⁸⁴.

⁸⁰ JIMÉNEZ HERRERA, citando a BINDER. *Óp. cit.*, p. 88

⁸¹ ANGULO ARANA, Pedro. *Óp. cit.*, p. 189

⁸² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Óp. cit.*, p. 181.

⁸³ ANGULO ARANA, Pedro. *Óp. cit.*, p. 200.

⁸⁴ Aunque el Ministerio Público goce de autonomía e independencia y esté jerárquicamente organizado, su labor no se desarrolla sujeta a la libre discrecionalidad de sus miembros, sino que se debe regir por el reglamento de funciones, ley orgánica, y sobre todo por aquellos límites y funciones establecidos en el artículo 159° de la Constitución Política. Debe sobre todo respetar los derechos fundamentales de las personas, pues, le es exigible respeto irrestricto por el hombre y su dignidad, que son los fines de la sociedad y el Estado.

- e) Existencia de igualdad de armas dentro de la investigación preliminar.⁸⁵

En consecuencia, estamos de acuerdo con CLAUS ROXIN cuando sostiene que la fiscalía no es parte del poder ejecutivo ni del poder judicial, pues, es un órgano independiente de la administración de justicia, por lo que “ la fiscalía no puede ser equiparada, de manera alguna al juez...sino también [debe tenerse en cuenta] la circunstancia de que la fiscalía está privada de la tarea específicamente judicial de dictar decisiones que alcancen la autoridad de cosa juzgada...Pero la fiscalía tampoco es, en modo alguno, una mera autoridad administrativa [...] su actividad, como la del juez no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino sólo a valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia”⁸⁶.

Esta tercera postura se sustenta sobre sólidas razones, pues, por una parte, analiza desde un enfoque de conjunto las diferentes estructuras inherentes a la etapa de la investigación preliminar (actos de investigación directos e indirectos), y, por otra, desde un enfoque de perspectiva de Estado, ubica orgánica y funcionalmente el Ministerio Público fuera del poder ejecutivo, poder judicial y poder legislativo; por lo que concordamos con esta posición que asume la naturaleza jurídica mixta de la actividad desplegada durante la investigación preliminar.

⁸⁵ Respecto a la igualdad de armas, se trae a colación lo expresado por SOCHA SALAMANCA, quien a propósito de la legislación colombiana, sostiene que este principio “puede admitir limitaciones, especialmente justificables en la etapa de investigación penal, puesto que a pesar de que es fundamental que las partes cuenten con los medios procesales suficientes para defender sus intereses en el proceso penal, esa igualdad de trato no puede conducir a la eliminación de la estructura de partes que consagra el sistema penal acusatorio. De hecho, incluso, algunos doctrinantes sostienen que, por la naturaleza misma del sistema penal acusatorio, el principio de igualdad de armas es incompatible y no se hace efectivo en la investigación, en tanto que el equilibrio procesal a que hace referencia esta garantía solamente puede concretarse cuando las partes se encuentran perfectamente determinadas, por lo que, sólo en el juicio, puede exigirse que el ataque y la defensa se encuentren en situación de igualdad. De todas maneras, a pesar de que la defensa también podría preparar el juicio mediante la búsqueda de elementos probatorios y de evidencias que desvirtúen la posible acusación, lo cierto es que en la etapa de la investigación el rol fundamental corresponde a la Fiscalía General de la Nación porque ella tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al imputado”. Véase SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique “Sistema Penal Acusatorio”. En: Extractos de Jurisprudencia julio - septiembre de 2009; documento elaborado por la Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; Bogotá D.C., Colombia. Consulta: 29 de junio de 2010.
<http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/ Penal/Consulta/2009/2009%20EXTRACTO%20JURISPRUDENCIAL%201T.pdf>

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Óp. cit.*, p. 53

Las posiciones doctrinarias anteriormente consignadas podrían convocar discusiones no sólo sobre precisiones terminológicas, sino también sobre la correspondencia de mecanismos procesales específicos, concordantes con la naturaleza jurídica de la actividad desplegada durante la investigación preliminar; sin embargo, consideramos vital garantizar la defensa del investigado desde el mismo inicio de la imputación contra el sospechoso, sea cual fuere la posición doctrinaria adoptada.

Independiente de las cuestiones terminológicas, KLAUS TIEDEMANN considera importante garantizar el respeto de los derechos procesales constitucionales desde el momento en que realmente comienza la persecución⁸⁷. Desde el punto de vista práctico, casi carecería de importancia determinar la “textura” de la actividad inherente a la investigación preliminar frente a la aplicación de mecanismos ineficientes de control constitucional; o peor aún, cuando estos mecanismos sean inexistentes.

1.3. Antecedentes de la investigación

El Ministerio Público nace en Francia en el siglo XIV con dos figuras, como procurador y como abogado del rey. El primero persigue y el segundo discute en el despacho judicial⁸⁸, y como no existía una oralidad penal, terminó confiado a las causas civiles. Era un actor público con poderes exiguos.

En un principio, es el juez el que lo autoriza para las investigaciones, pero luego resultó excluido de la labor instructora, e inclusive en el avanzado antiguo régimen era una cosa común la iniciativa de oficio.

El Ministerio Público empieza a perfilarse con sus actuales características recién a partir del siglo XIX, y se puede decir que es un fruto típicamente napoleónico, que la restauración monárquica acogió con beneplácito. El fiscal

⁸⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Óp. cit.*, pp.167-168

⁸⁸ GARCIA RADA, Domingo. *Óp. cit.*, p. 90.

se convierte en un funcionario del gobierno que actúa dentro de una estructura burocrática, y ejerce un monopolio de la acción penal.

Con esta configuración pasa a Italia (ley Rattazzi del 13 de noviembre de 1859, luego en el ordenamiento judicial de 6 de diciembre de 1865). En el periodo de la última postguerra adquiere el status de los jueces, lo cual era un punto que constitucionalmente no se había decidido.⁸⁹

Posteriormente, con el cambio de paradigma en los sistemas procesales se hizo necesaria una división más rigurosa de las funciones dentro del proceso, exigiendo que la función de acusar no se delegue a la misma persona que tiene la función de decidir. Esta mezcla de funciones era característica del sistema procesal inquisitivo. Cuando se establece esta división de funciones, se decide otorgar a otra institución diferente al Poder Judicial, aquella que permitía actuar como parte denunciante y titular de la acción penal.

Es entonces cuando el Ministerio Público hace su aparición, y aquel camino que había empezado buscando autonomía de los demás poderes del Estado, se ve materializado mediante su constitución como un organismo constitucional autónomo, que además obtiene independencia y propia jerarquía.

En el Perú esto se ve reflejado desde la Constitución de 1979, que dio origen a la elaboración del Decreto Legislativo N° 052, publicado en 1981, erigiéndose el Ministerio Público, que no era ya un defensor del Estado como en sus orígenes, sino de la sociedad y de la legalidad⁹⁰. Posteriormente en la Constitución de 1993, se verían ratificadas estas mismas innovaciones.

Así, podemos señalar que el aparato de administración de justicia puede comenzar a funcionar con la denuncia realizada por cualquier persona que tenga noticia fehaciente de la posible existencia de un hecho delictivo de acción

⁸⁹ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. T. I., Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000, p. 155.

⁹⁰ ELEJALDE ESTENSSORO, César. *Ministerio Público*. Lima: Cultural Cuzco, 1990, pp., 90-91. Afirma el autor que el Ministerio Público ya no defiende al Estado, sino que busca plasmar el artículo 1° de la Constitución, es decir, mantener la prevalencia de la persona humana y su dignidad como fines supremos de su diario laborar.

pública, la misma que puede presentarse o formularse ante la fiscalía o la policía. Al respecto citaremos lo vertido por VICENZO MANZINI, quien afirma que “la función de denunciar los delitos, como dirigida a conseguir una finalidad eminentemente pública, tiene carácter público, pero no está exclusivamente reservada a la autoridad, porque conviene consentir que todo el que quiera aporte su contribución a la tutela del interés público represivo [de manera que] la facultad concedida a los particulares no transforma el interés público en interés privado”.⁹¹

1.3.1. Procedimiento de iniciación

El mecanismo mediante el cual cualquier autoridad o particular se informa sobre un hecho que se considere contrario al ordenamiento jurídico⁹² recibe el nombre de *notitia criminis*; esto es, la primera noticia que se tiene de la comisión de un delito⁹³, que en el caso más frecuente se alimenta de las noticias de afuera, siendo el aparato investigador un puro receptor⁹⁴. Sin embargo, se remarca que “la denuncia constituye una hipótesis por verificar, de la cual no puede extraerse alguna suposición de culpabilidad”⁹⁵.

La denuncia de la *notitia criminis* o su conocimiento se sustenta sobre la base “del principio de iniciación de persecución estatal, pues supone cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad de la investigación; entre estos, debe aparecer el *fumus commisi delicti* o la existencia de indicios de la comisión de un delito y seguidamente, el *fumus delicti tributi* o indicios para la atribución de un delito a una persona en particular, tales requisitos deben aparecer en la denuncia”⁹⁶; posición que resulta coherente con el funcionamiento del sistema jurídico penal, que respeta el principio de la prohibición o interdicción de la arbitrariedad y los fundamentos de todo Estado de Derecho.

⁹¹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo IV, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1949, p. 8.

⁹² CALDERÓN CERNA, Ceverino. *Óp. cit.* p. 3.

⁹³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Óp. cit.*, p. 178.

⁹⁴ CORDERO, Franco. *Óp. cit.*, T. II., p. 142.

⁹⁵ *Cfr.* BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. *Óp. cit.*, p. 125.

⁹⁶ JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos. *Óp. cit.*, p. 80.

Sin, embargo, también se señala “que la notitia criminis no requiere convicción plena en el Fiscal ni que las diligencias preliminares estén completas, solo necesita que las indagaciones arrojen un resultado con indicios razonables y probabilísticos, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del investigado”⁹⁷

En nuestro sistema procesal actual, la forma de iniciar la investigación conforme al artículo 74° del Código de Procedimientos Penales⁹⁸, que fuera modificado por el artículo 107° del Decreto Legislativo N° 052 o Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada el 18 de marzo de 1981; puede iniciarse de oficio o por denuncia del Ministerio Público, cuando la acción penal sea pública, y del agraviado o sus parientes, cuando sea privada. En el nuevo modelo procesal –aún no vigente en su integridad en el Distrito Judicial de Lima– ésta se daría en los siguientes casos:

- 1) El fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes.
- 2) El fiscal inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública, lo que significa con esta innovación procesal que una vez conocida la noticia, se da inicio a los actos de investigación y para ello hará uso del conjunto de conocimientos interdisciplinarios y acciones sistemáticas de investigación técnico policial y criminalística, para llegar al conocimiento de la verdad relacionada con el fenómeno delictivo

⁹⁷ *Ídem.* p. 194. En este aspecto, la legislación procesal italiana, (Código Vassalli) que es una de las fuentes de nuestro nuevo proceso penal, establece que el Ministerio Público y la Policía Judicial toman conocimiento de la *notitia criminis* por iniciativa propia, o en todo caso la persona que tenga conocimiento de un delito puede realizar la denuncia correspondiente pese a no ser víctima, en forma oral o escrita ante el Ministerio Público o la Policía Judicial. En este último caso la Policía Judicial remitirá al Ministerio Público por escrito y en un plazo de cuarenta y ocho horas, los datos esenciales del hecho indicando las fuentes de prueba y actividades realizadas.

⁹⁸ Texto anterior del Artículo 74° :

La instrucción puede iniciarse por el juez instructor de oficio, a solicitud del Ministerio Público, por denuncia del agraviado o sus parientes, o por querrela en los casos fijados por este Código.

con la finalidad de determinar si hay mérito para abrir investigación preparatoria, y si fuera el caso especial efectuar una acusación directa.

Con este paso, el fiscal se encontrará legitimado para iniciar la actividad de investigación, es decir, para actuar directamente sobre el hecho para el que se le requiere. Erigiéndose de esa manera la potencialidad de vulnerar los derechos fundamentales, a través de estas forma de procedimiento de iniciación.

1.3.1.1. Denuncia

La denuncia es un acto procesal que consiste en una declaración de conocimiento (verbal o escrita) emitida por una persona determinada, en virtud de la cual proporciona al titular del órgano competente la información sobre la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito.⁹⁹ Es el acto de poner en conocimiento de una autoridad la comisión de un hecho delictivo, a fin de que se practique la investigación pertinente.¹⁰⁰

Sin embargo, también cabe acotar otras posiciones, que señalan que la denuncia en sentido estricto, es el acto formal de un sujeto determinado, no obligado a cumplirlo, con el que se lleva a conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito perseguible de oficio, lesivo o no de intereses del denunciante, con o sin indicación de pruebas y de personas de quienes se sospeche que han cometido ese mismo delito o hayan tomado parte de él¹⁰¹.

También podemos adicionar algunos elementos esenciales¹⁰²:

⁹⁹ Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad hoc, 2000, p. 233; CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y Práctica de su Implementación*. Lima: Palestra, 2009, p. 419. Ambos autores se encuentran de acuerdo con la anterior conceptualización.

¹⁰⁰ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Óp. cit.*, p.178.

¹⁰¹ Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Óp. cit.*, p. 7.

¹⁰² ROSAS YATACO, Jorge. *Óp. cit.*, pp. 395-396

- Es un acto procesal que puede realizar cualquier persona que presencie, o que por razón de su cargo conozca, o que por cualquier otro medio diferente de los mencionados tenga constancia de la perpetración de algún comportamiento con apariencia de delictiva¹⁰³.
- El denunciador no está obligado a probar los hechos denunciados, ni a ser parte en el proceso, quedando sujeto exclusivamente a aquella responsabilidad penal que se produjera ante una acusación o denuncia.

La denuncia, como señala ALBERTO BINDER, es el acto mediante el cual una persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial pone en conocimiento el mismo de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal.¹⁰⁴ Además de ello, esta denuncia deberá de contar con los siguientes requisitos: a) relación de circunstancias del hecho reputado como criminal: lugar, tiempo y modo como fue perpetrado, b) los nombres de los autores, cómplices o auxiliares en el delito, así como el de los testigos, c) las demás indicaciones que puedan servir a la comprobación del hecho denunciado.¹⁰⁵

1.3.1.2. Iniciación de oficio por *noticia criminis*

El Ministerio Público puede iniciar una investigación preliminar de oficio cuando a través de los medios de comunicación se propaga la existencia de un delito de carácter público, el mismo que será investigado por el Fiscal de Turno.

Al Ministerio Público, como órgano competente para promover la acción penal, puede llegar la noticia de un delito, perseguible de oficio, por inmediato conocimiento suyo o por informaciones no oficiales, como también recibir la

¹⁰³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Óp. cit.*, p.179

¹⁰⁴ BINDER, Alberto. *Óp. cit.* 210.

¹⁰⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Loc. cit.*

noticia de un delito por efecto de la difusión de opiniones o afirmaciones públicas en un determinado ambiente.

1.3.1.3. Denuncia por la policía

Es la actividad típica que despliega la policía ante la noticia fehaciente de la comisión de un delito, consistente en una serie de diligencias, indagaciones tendentes a reunir y asegurar los elementos de convicción, y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, una vez conocida la noticia criminal. Por medio de cualquiera de los actos iniciales se comienza propiamente la llamada investigación preliminar.

Dicho ello, conviene señalar que la denuncia puede interponerse directamente ante la policía, no importando su especialidad, ya que la entidad policial luego remitirá y comunicará la denuncia correspondiente al órgano policial competente.

Esta denuncia puede ser verbal, de la cual se dejará constancia en el Libro de Ocurrencia y Denuncias para luego proceder a su investigación¹⁰⁶. Habiendo tomado conocimiento del evento criminal, la policía está obligada a dar cuenta inmediatamente al Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal, tratándose del ejercicio público, por la vía más rápida y por escrito, brindando la información esencial del hecho y de los elementos inicialmente recogidos, así como las acciones que se han tomado o las actividades que ha realizado, tras lo cual podrá continuar con los actos de su función de investigación vía “diligencias preliminares”, quedando obligados a prestar todo tipo de apoyo al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación correspondiente.

También sucede que la policía se entera de la *notitia criminis* a través del medio telefónico, rondas policiales en que sorprenden *in fraganti* al agente, o cuando esta advierta la existencia de la comisión de un delito en los hospitales

¹⁰⁶ ROSAS YATACO, Jorge. *Óp. cit.*, p. 560.

o nosocomios como los de lesiones, aborto, homicidio, etcétera; y todo ello se comunicará al Ministerio Público para su evaluación.

1.3.2. Procedimiento de investigación preliminar

Los lineamientos normativos internos relativos a la función de cada órgano permiten analizar la auto-percepción sobre su propia trascendencia. En ese sentido, el Ministerio Público se limitó a expedir la Circular N° 001-99-MP-CEMP, aprobada por Resolución N° 471-99-MP-CEMP de fecha 16 de junio de 1999, ampliada posteriormente por la Resolución N° 628-2000-MP-CEMP de fecha 12 de setiembre de 2000, mediante la cual se hacía mención a la función de supervigilancia y coordinación del Ministerio Público sobre la Policía Nacional en función judicial, pero sin pronunciamiento sobre su función de conducción o dirección¹⁰⁷.

Por su parte, la propia Ley de la Policía Nacional del Perú¹⁰⁸ reconoce expresamente en su artículo 4°, que esta forma parte de la estructura orgánica del Ministerio del Interior, y en consecuencia es un órgano auxiliar para la investigación del delito, que presta su invaluable apoyo al Ministerio Público, órgano constitucional autónomo encargado de la persecución del delito y como tal, titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba. De tal manera, que en el artículo 7° numeral 10° de la referida ley, de conformidad con el artículo 159.4° de la Constitución Política, que consagra la conducción de la investigación del delito al Ministerio Público y la dirección funcional de la policía dentro del contexto de la investigación preliminar.

¹⁰⁷ El Ministerio Público, conforme al inciso 5° del artículo 205° de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa judicial. Con este objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ellas orientándola en cuanto a las pruebas que sean de menester actuar y las vigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes en el ejercicio oportuno de la acción penal.

¹⁰⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley N° 27238. Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú*, del 21 de diciembre de 1991. Mediante la segunda disposición final de la *Ley N° 28078*, de 4 de setiembre del 2003 se modificó la denominación de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú por *Ley de la Policía Nacional del Perú*. Además hubo modificación de los artículos 44° y 45° de la Ley N° 27238, que no alteró los contenidos esenciales de la ley.

Así lo entiende también el Tribunal Constitucional al emitir la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2001-AI/TC de fecha 15 de noviembre de 2001, en la cual declaró que “es el Ministerio Público el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional. La Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva, y por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público”.¹⁰⁹

1.3.2.1. Investigación preliminar por el Ministerio Público

Resulta importante tener presente que las facultades discrecionales del Ministerio Público en nuestro país, desde un punto de vista histórico, en cuanto a los modelos de persecución penal pública, son relativamente recientes, ya que durante muchos siglos el modelo principal de persecución penal fue el de persecución privada, denominado como sistema acusatorio puro, que imperará en buena parte de Europa continental hasta antes del surgimiento del Estado absoluto, e incluso podemos señalar que se ha mantenido vigente en buena medida hasta hace algunas décadas en países como Inglaterra, que no contaba con un Ministerio Público formalmente instalado sino hasta el año 1986.¹¹⁰

En consecuencia, cuando hablamos de la denominada facultad de discrecionalidad, lo hacemos en el contexto de un sistema de justicia criminal donde existe persecución penal pública, es decir, a cargo de funcionarios estatales de persecución, lo que representa sólo un modelo posible de organización del sistema de justicia criminal¹¹¹.

Así, en nuestro ordenamiento procesal, de acuerdo con el principio de objetividad, el Ministerio Público debe investigar los acontecimientos

¹⁰⁹ Fundamento segundo

¹¹⁰ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra, 2009, pp. 21 y ss.

¹¹¹ Bien podría darse el caso de una convivencia de un sistema en el que coexisten junto a un modelo de persecución privada del delito, como el caso de España, que posee la denominada acción popular, brindando una oportunidad a los privados a ejercitar la acción penal en determinados delitos. *Vid:* ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia : Tirant Lo Blanch, p.1997

constitutivos del delito, los hechos que definan la probable participación del imputado y los hechos que acrediten su inocencia.

El Ministerio Público no es una parte preocupada exclusivamente por reunir pruebas de cargo en contra del imputado, sino que además tiene como criterio de actuación velar por la correcta aplicación de la ley penal. Para ello está facultado, como director de las investigaciones preliminares, a solicitar la intervención de la Policía Nacional, así como también pedir información a las instituciones pertinentes acerca de la identidad del imputado, como es la RENIEC.¹¹²

En el derecho procesal alemán, al Ministerio Público le corresponde la dirección de la fase de investigación o procedimiento preliminar en el proceso penal. Tan pronto como tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho punible, el fiscal deberá averiguar las circunstancias, para decidir si procede o no el ejercicio de la acción pública¹¹³.

Así también, en el derecho procesal italiano, el Ministerio Fiscal y la policía judicial desarrollarán, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, las indagaciones necesarias para las determinaciones inherentes al ejercicio de la acción penal. Según el artículo 326° y 327° del Código Procesal Penal italiano, el Ministerio Público dirige las actuaciones y dispone directamente de la policía judicial por detentar el monopolio del ejercicio de la acción penal. Esta misma postura también es asumida por el derecho procesal portugués de conformidad al artículo 262° del Código Procesal Penal portugués.¹¹⁴

En donde encontramos una situación distinta es en el ordenamiento jurídico español, tal como lo manifiesta BARONA VILAR al señalar que “el ejercicio de la acción penal puede ser llevado a cabo por la víctima o ofendido por el delito

¹¹² Todo esto en concordancia con el artículo 94°, inciso 2° de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto Legislativo N° 052. y el artículo 107° del Código de 1991. Pero también puede darse de manera excepcional, sin que lo solicite el Ministerio Público, cuando este no pueda asumir de inmediato la dirección de la investigación, como consta en el artículo 59° del Código de 1940.

¹¹³ AMBOS, Kai. “Procedimientos abreviados en el Proceso Penal Alemán”. En *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, 1997, N° 5, Año III. Enero-Junio, GC ediciones, p. 22.

¹¹⁴ Cfr. JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos. *Óp. cit.*, p. 423

(acusador particular) o bien por cualquier ciudadano español (acusador popular)".¹¹⁵

En el ejercicio propiamente de sus funciones, la orientación primaria del fiscal debe tener claro qué delito investiga, qué características criminológicas tiene y cuáles elementos materiales del tipo penal debe indagar en la realidad. Esto facilitará el proceso de definir qué hacer y a qué fuentes probatorias recurrir, debiendo para ello, como director de la investigación, realizar personalmente las "diligencias preliminares", valorando la complejidad o magnitud de los hechos denunciados.

1.3.2.2. Investigación preliminar policial

La investigación policial, tal como dice el autor ARSENIO ORÉ GUARDIA se puede definir como "el proceso metodológico, continuo, organizado, especializado, preciso y analítico, que desarrolla el pesquisa policial, para explicar los diversos aspectos de la perpetración del hecho delictivo, a fin de lograr su esclarecimiento."¹¹⁶, definición muy cercana a la que conceptúa que es la actividad que realiza un cuerpo profesional especializado, utilizando métodos específicos con el objeto de descubrir al autor de una infracción punible penalmente, la misma que concluye con la elaboración de un documento que es remitido a la autoridad competente, en este caso, el Ministerio Público¹¹⁷. Esta investigación policial tiene las siguientes características¹¹⁸:

- a) Continuidad: es un proceso concatenado de actividades destinadas a esclarecer las circunstancias y móviles del delito.
- b) Organización: las actividades tienen un orden lógico y científico.

¹¹⁵ BARONA VILAR, Silvia. *Tutela Civil y Penal de la Publicidad*; España: Editorial Tirant to Blanch y Universitat de Valencia, 1999, p. 674.

¹¹⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio, citado por CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Quinta Edición, Lima: Palestra, 2003. p. 187.

¹¹⁷ MORY PRÍNCIPE, Freddy. *La Investigación del delito*. Trujillo: Marsol, 1994. p. 48.

¹¹⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Loc. cit.*

- c) Especialización: es un trabajo metodológico de rigor científico y técnico, que requiere de personal especializado en criminalística.
- d) Metodología y previsión: cada fase de la investigación se realizará con previsión y planeamiento requeridos para cada caso en particular.
- e) Actividad analítica-sintética de los elementos de prueba y se recurre a los indicios.
- f) Explicativo-causal, responderá a las interrogantes: ¿Cómo?, ¿quién?, ¿dónde?, ¿cuándo?, ¿por qué? y, ¿para qué se perpetró el delito?
- g) Legal: se enmarca dentro del respeto de la ley y la Constitución.

El artículo 59° del Código de Procedimientos Penales de 1940 establece que la policía en función judicial, también denominada Policía Judicial, es el órgano institucional cuya función es auxiliar a la administración de justicia. Asimismo, el artículo 64° del cuerpo normativo en cuestión prescribe que además de los Jueces instructores o de Paz, los miembros del Ministerio Público pueden ordenar directamente a los funcionarios de la Policía Judicial que practique una serie de actuaciones o intervenciones, en orden al aseguramiento de la comparecencia de aquellas personas vinculadas a la comisión de un hecho delictuoso, así como la ejecución de todas aquellas actuaciones correspondientes a la naturaleza de la institución.

Por tanto, la Policía en función judicial es el órgano ejecutor en la investigación del delito, aún cuando sus conclusiones investigativas sean directamente puestas a disposición de los jueces de instrucción; sin embargo, el Código Procesal Penal de 1991 de marcada tendencia acusatoria, separando las funciones de persecución y de juzgamiento, estatuyó que la primera estaría bajo la dirección del Ministerio Público. Así, este Código emplea el término

investigación, a diferencia del término instrucción, utilizado por el Código de Procedimientos Penales de 1940, para referirse a la actividad consistente en la recopilación de elementos de convicción necesarios para el desarrollo del juicio.

En esta línea, debemos resaltar que de acuerdo al artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991¹¹⁹, acorde con los artículos 11° y 14° de la Ley Orgánica del Ministerio Público¹²⁰, la investigación del delito se encuentra bajo la dirección del Ministerio Público, como parte integrante del sistema penal, en su condición de titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba. En este sentido, al estar atribuida constitucionalmente la investigación del delito al Ministerio Público, los Fiscales pueden requerir la intervención de la Policía, vale decir, que esta última se encuentra bajo el control jurídico-funcional del Ministerio Público.

Lamentablemente, el Código Procesal Penal de 1991 no entró en vigencia por cuestiones políticas y coyunturales, lo cual originó que el marco normativo de nuestro sistema procesal penal a principios del presente siglo, estuviera conformado principalmente el Código de Procedimientos Penales de 1940, algunos artículos del Código de 1991, y frondosa legislación modificatoria. Además, cuando se promulgó la Constitución de 1979, y posteriormente la Constitución de 1993 se derogó de manera tácita varios artículos del Código de Procedimientos Penales, que modificarían algunas características del proceso penal.

A ello, se puede precisar que la coexistencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 y del Código Procesal Penal de 1991 –parcialmente vigente– hace que en la actualidad, contemos con un proceso penal de bases mixtas

¹¹⁹ Artículo IV. Titular de la acción penal: *1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.*

¹²⁰ Artículo 11°. *Titularidad de la acción penal del Ministerio Público: El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquéllos contra los cuales la ley la concede expresamente;*

Artículo 14°. *Carga de la Prueba: Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite.*

(inquisitivo-acusatorio) o también llamado inquisitivo reformado, en donde la etapa de investigación es llevada a cabo de forma fáctica por la Policía Nacional, y el Fiscal desempeña un rol en los hechos que reclama mayor liderazgo.

1.3.2.2.1. Actuaciones de la investigación preliminar

Según SAN MARTÍN, las diligencias que se realizan durante la investigación pueden ser de tres tipos, primero, los actos de investigación, que se caracterizan por pretender el conocimiento de la delictuosidad de una conducta, determinar las circunstancias y móviles de su perpetración, la identidad del delincuente y de la víctima; y establecer la existencia del daño causado; segundo, las medidas instrumentales restrictivas de derechos, que se caracterizan por estar orientadas a la aprehensión para el proceso de ciertos elementos que pudieran servir como medios de prueba y que, de ordinario, suponen una limitación de los derechos fundamentales de las personas (allanamientos, intervención de correspondencia, inmovilización), y tercero, las medidas cautelares, que tienden a garantizar el eficaz desarrollo de la fase de declaración y/o ejecución, tales como la detención, la incautación, el secuestro y el embargo.¹²¹

En nuestro país, la policía, luego de identificar el hecho criminoso, sospechosos o posibles autores, hace acopio de elementos para identificar al autor o descubrir, o destacar que el sospechoso no es el autor; dentro de estos elementos están los indicios, las huellas, restos de comida, colilla, acopio de pruebas dactilares, referencias, testimonios, evidencias, etcétera¹²².

Otras diligencias o diligencias especiales, como análisis toxicológicos, peritaje balístico, pericia dactiloscópica, prueba de ADN, y otras pericias que realizarán los expertos policiales en balística forense, biología forense, físico-química, fotografía forense, grafotecnia, identificación policial, medicina forense,

¹²¹ SAN MARTÍN CASTRO, César., *Óp. cit.* pp. 441- 442.

¹²² MORY PRÍNCIPE, Freddy. *Óp. cit.* p. 54.

modelados, odontograma, etcétera, cuyos resultados se acompañan al atestado policial, permitirán al instructor contar con elementos técnico-científicos de primer nivel para fundamentar su hipótesis, análisis y conclusiones¹²³.

En específico, tenemos la Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, señalando de manera concreta cuáles van a ser las actuaciones de la policía y el Ministerio Público¹²⁴.

Por parte de la actuación policial, tenemos como más resaltantes las siguientes:

- a) Recibir las denuncias escritas o sentar el acta de las denuncias verbales.
- b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito.
- c) Practicar el registro de las personas, así como prestar auxilio que requieran las víctimas del delito.
- d) Recibir declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos.
- e) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnica o científicas.
- f) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia.
- g) Inmovilizar libros contables, documentos, fotografías y todo elemento material que sirve a la investigación, cuidando de no

¹²³ *Ídem.* p. 76

¹²⁴ ROSAS YATACO, Jorge. *Óp. cit.*, pp. 471 y ss.

- afectar el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados conforme a lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 10° de la Constitución.
- h) Allanar o ingresar en locales de uso público o abierto al público en caso de delitos flagrantes.
 - i) Ejecutar bajo inventario las incautaciones necesarias en los casos de delito flagrante o peligro inminente de perpetración.
 - j) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la Criminalística a disposición fiscal.
 - k) Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados.
 - l) Solicitar y recibir de inmediato y sin costo alguno de las instituciones públicas correspondientes la información que estime necesaria, vinculada con los hechos materia de investigación, para lo cual solicitará los convenios que estime necesario.
 - m) Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

Por su parte, se faculta al fiscal en casos de urgencia y de peligro en la demora, antes de iniciarse formalmente la investigación, solicitar al juez penal dicte motivadamente y por escrito la detención preliminar hasta por veinticuatro horas cuando se configura el supuesto de flagrancia.

La estructura del sistema procesal penal permite la posibilidad de disponer la realización de numerosas actuaciones de investigación sin necesidad de autorización judicial, tales como tomar declaración a los testigos que se allanen voluntariamente a comparecer y realizar dicha actuación. La policía podrá

identificar a los testigos del hecho investigado y hacer constar las declaraciones que estos presten voluntariamente cuando se trate de delito flagrante y se encuentran en el sitio del suceso.

Dentro del cumplimiento de estas funciones asignadas a la policía y a la fiscalía, se podría producir vulneración de los derechos fundamentales, en específico para efectos de nuestro trabajo de investigación, aquellos sucesos relacionados con las restricciones de la libertad y los derechos conexos. Una primera posibilidad la encontraremos en el supuesto que autoriza a la policía a practicar el registro de las personas, acto mediante el cual se puede restringir la libertad ambulatoria por un determinado periodo de tiempo, bajo la excusa del registro policial. Otro supuesto consiste en las constantes y arbitrarias notificaciones que efectúa el Ministerio Público para convocar a los posibles implicados, tanto acusados como testigos a rendir declaración sobre los hechos. Si no se tiene un control estricto de tales actividades, podría devenir en una constante molestia de los citados en la medida en que las citaciones se extiendan y se realicen de manera reiterativa, configurándose restricciones del derecho a la libertad y derechos conexos

1.3.2.2.2. Control de las actuaciones policiales

En principio, dentro de este acápite remarcaremos que la policía tiene como función primordial adecuar el desempeño de sus funciones a la Constitución y a las leyes¹²⁵, a fin de que se cumpla con las exigencias de la justicia constitucional, y el presupuesto de legalidad de su actuación funcional. De ahí que la policía, desde la normatividad, se encuentra limitada durante la fase preliminar porque la actuación desplegada por sí misma, resulta de su propia potestad y de las propias funciones investigativas. Sin embargo, tales limitaciones no neutraliza el riesgo potencial de vulneración de derechos

¹²⁵ El Estado crea a la policía como institución ejecutora de la facultad de coerción estatal, de acuerdo a las leyes dictadas en función del interés social, por lo que su actividad, función y finalidad deben ejecutarse dentro del marco de la ley, la doctrina y los principios generales del Derecho y de la Constitución, la cual se orienta hacia la persona humana como fin supremo del Estado. Consulta: 25 de junio de 2010. <<http://www.pnp.gob.pe/organizacion/caracteristicas.asp>>

fundamentales que se erige durante la etapa de investigación preliminar. Quizás hasta podría exacerbar dichas limitaciones, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales de la persona, pues, desde la perspectiva de la realidad, la actuación policial reporta reiteradas restricciones y amenazas contra la libertad personal.

En esta misma línea, el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, ha referido en la Sentencia 01482, recaída en el Exp.06-003141, expedida con fecha 22 de noviembre del 2007: "...que los funcionarios del Ministerio Público deben orientar a la policía cuando ésta deba prestar auxilio en las labores de investigación. Es lo que se conoce como dirección funcional, donde la fiscalía define lo que le interesa investigar y la policía realiza la investigación según la técnica establecida..."¹²⁶

Al respecto, si bien la policía cumple un papel fundamental en el proceso penal y específicamente en la investigación del delito, el fiscal, en su condición de director funcional de la investigación preliminar, al igual que en todo proceso investigativo, velará por la legalidad de las actuaciones y operaciones investigativas de los policías asignados al caso, y protegerá los derechos y garantías constitucionales de los involucrados en el hecho ilícito.

Ante esta premisa, FIERRO-MÉNDEZ sostiene que en el caso colombiano la actuación en la investigación bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación una vez que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación, la policía judicial sólo puede actuar por autorización del fiscal, quien para tal propósito, debe disponer, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y realizar reuniones de trabajo con los miembros de la Policía Judicial¹²⁷.

¹²⁶ TRIBUNAL DE CASACIÓN DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. p. 4. Consulta: 28 de junio de 2010.
<http://200.91.68.20/SCIJ/busqueda/jurisprudencia/jur_ficha_completa_sentencia.asp?tem1=&nValor2=401321&nValor1=1&strTipM=T&lResultado>

¹²⁷ FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *Óp. cit.*, p. 188. Durante la sesión de trabajo, el fiscal con el apoyo de los integrantes de la policía se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; la delimitación funcional de las tareas que se deben adelantar en procura de los objetivos trazados, los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados objetivos.

En efecto, si no hubiera un control respectivo que garantice el respeto a derechos constitucionales, la autoridad policial podría ver fortalecido el poder fáctico que la reforma procesal penal le ha recortado. Es decir, en tanto subsista el anterior sistema procesal penal, aún la actividad policial desplegada, constituye un ámbito propicio para las restricciones o limitaciones de la libertad y derechos conexos.

Estamos, pues, frente a una institución que merece especial cuidado en el control de su actividad, dado que ésta debe encuadrarse estrictamente dentro de la ley, y descartar la discrecionalidad y arbitrariedad¹²⁸. De allí, la enorme importancia del control fiscal de los actos policiales durante la investigación preliminar, toda vez que su ausencia determinaría, lesiones de los derechos a la libertad y sus conexos. Esto puede materializarse, por ejemplo, durante las citaciones a declarar, luego de la detención en flagrancia, los operativos policiales, donde resulta algún detenido, hacer uso de medidas limitativas de derecho como la vigilancia personal, entre otros.

1.3.2.2.3. El atestado policial

a. Concepto

El atestado, según CABANELLAS, es el instrumento o documento oficial en que la autoridad o sus agentes hacen constar la certeza de alguna cosa¹²⁹. A ello podemos agregar, ya en el marco de la investigación policial del sistema penal mixto, que es un documento técnico-científico de investigación elaborado por la policía a mérito de una denuncia recibida directamente o a través del fiscal, que contiene elementos que permitan sostener si el denunciado es el autor del hecho que se le inculpa o no.

¹²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César., *Óp. cit.* p. 353.

¹²⁹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual A-B*, T. I., decimosexta edición, Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 404.

El atestado está compuesto de distintas diligencias que describen en forma escrita las diversas actuaciones, realizadas con unidad jerárquica, temporal y coherencia en su contenido, que son llevados a cabo por los investigadores policiales en orden a la investigación y esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos.

b. Contenido.

Cada diligencia efectuada es narrada con precisión: sí por ejemplo tenemos: “diligencia de verificación de domicilio”, “diligencia de constatación”, “diligencia de recepción de denuncia”, “diligencia de reconocimiento de persona”, y otras de incuestionable importancia como la aprehensión *in situ* de los autores del hecho delictivo, la recuperación de los efectos o instrumentos del delito, de armas, drogas; entrada y registro en lugar cerrado, etcétera.

c. Naturaleza, objeto y composición del atestado policial.

Algunos autores consideran que el atestado policial, al tener carácter previo al proceso penal, es de naturaleza administrativa¹³⁰. Recuérdese que compartimos la posición sobre la naturaleza jurídica mixta de la etapa de investigación preliminar, por lo que, postulamos que el atestado policial tiene carácter administrativo, pero no porque se elabore durante la etapa preprocesal penal, sino porque dimana de una entidad no-jurisdiccional.

Sin embargo, todo atestado policial tiene la finalidad de servir a un procedimiento y posteriormente ser integrado en él, adopta la forma típica procesal. Es decir, que aunque pudiera de entrada no ser un acto procesal, en el mismo momento que se incorpora a la instrucción judicial, pasa a serlo, por lo tanto, adquiere la consideración de acto procesal. Además, se debe tener en cuenta que el atestado policial puede convertirse en prueba, siempre y cuando haya intervenido en cada diligencia que se consigna, al representante del Ministerio Público.

¹³⁰ CALDERÓN CERNA, Ceveriano. *Óp. cit.* p. 5.

Al respecto, podemos afirmar que en muchos casos el atestado es el punto de partida sobre el cual se forma la hipótesis inicial del delito, que se convertirá luego en *thema probandum* del proceso penal, la cual se confirmará o refutará a lo largo del proceso penal¹³¹, pudiendo agregarse a lo vertido en lo que respecta a la prueba policial señalando que ésta “tiene un significado mucho más amplio [...] amplitud que se justifica por la función que compete a la actividad policial consistente en descubrirlas y ofrecérselas a los Jueces para su valoración definitiva, ya que son los jueces quienes, con la instrucción del sumario y durante la celebración del juicio, son los llamados apreciarlos en su justo valor”¹³²

El objeto es, básicamente, cualquier infracción de tipo penal. Es decir, los hechos constitutivos de delitos de acción pública, cuando se produzca un requerimiento de parte legítima o cuando lo solicite el Ministerio Público.

La composición del atestado policial se inicia a partir de la *notitia criminis*, es decir, la información inicial, a partir de la cual la policía realiza la investigación, identifica a la víctima, ubica y captura al autor (delito flagrante) y sigue el *íter criminis* procurando elaborar las hipótesis del hecho, sobre la base de la cual pueda proceder la recreación o reconstrucción del escenario del delito, así como de la conducta adoptada por el agente criminoso, inclusive desde las motivaciones que aparecen en su mente para cometer el delito hasta la culminación del delito.

A través de las conclusiones del atestado policial, la policía determina en mérito de los medios de investigación obtenidos, que tal persona es el presunto involucrado en un delito, pudiendo también concluir por la exclusión del investigado del procedimiento investigativo, o que el delito no se encuentra debidamente acreditado. Es entonces, que el atestado se convierte en parte policial, siendo remitido al Ministerio Público para el pronunciamiento de ley, pudiendo el atestado policial contener actos, que se erigen en medio de prueba

¹³¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor., *Óp. cit.* p. 188.

¹³² GARNICA QUINTERO, Pablo Enrique. *Óp. cit.* p. 40.

en un proceso penal, en tanto haya intervenido del fiscal y el abogado del imputado¹³³.

En la nueva estructura normativa, los resultados de las diligencias preliminares estarán señalados de manera detallada en el Informe Policial sustituyendo al llamado atestado policial, instrumento oficial en que la Policía Nacional o sus delegados realizaban ciertas valoraciones precipitadas e incluso calificaban jurídicamente e imputaban responsabilidades, lo cual, como se notará, es una situación distinta comparada con la actual.

El objetivo que tiene la realización de dicho informe está referido a la probanza o desvirtualización de la veracidad de las circunstancias conocidas por medio de la *notitia criminis*, así como la materialidad del ilícito penal y la presunta participación de determinadas personas¹³⁴.

La elaboración del atestado, a la luz del anterior sistema penal, ha constituido un espacio de reiteradas vulneraciones de derechos fundamentales de la persona. La poca preparación jurídica de los miembros policiales, ausencia de fuertes criterios axiológico-valorativos, alta incidencia de corrupción, y bajas remuneraciones, en un contexto de débiles instituciones públicas y privadas¹³⁵, han permitido que precisamente la elaboración del atestado policial, se constituya en un importante referente del poder fáctico de la policía dentro del anterior sistema procesal penal. Sin embargo, la percepción del entorno social sobre el tema no es de rechazo sino de tolerancia¹³⁶, lo que contribuye a reforzar esta mala praxis policial.

De manera tal que se pueden producir lesiones al debido proceso cuando en la elaboración no se ha respetado escrupulosamente los medios de investigación

¹³³ CALDERÓN CERNA, Ceveriano. *Óp. cit.* p. 5

¹³⁴ MORY PRÍNCIPE, Freddy. *Óp. cit.* pp. 210 y ss.

¹³⁵ ALONSO, José Antonio. "Corrupción y Calidad Institucional en América Latina" en Anuario Iberoamericano 2012. Malamud, Carlos; Steinberg Federico, y Tejedor Concha Editores, Madrid: Real Instituto Elcano y Agencia Efe S.A., 2012, pp. 42-61.

¹³⁶ AHMAD, Nabeela; HUBICK, Victoria, y MC NAMARA IV, Francis. "La Confianza en la Policía Nacional" en *Perspectiva desde el Barómetro de las Américas N° 59*. Nashville: USAID, Barómetro de las Américas y Universidad de Vanderbilt, 2011, pp. 2-11. Consulta: 28 de marzo 2012 <http://www.vanderbilt.edu/lapop/insights/I0859es.pdf>

correspondientes al investigado como a la víctima. O, también, cuando aparece la firma del fiscal en actas de diligencias, cuando este no ha concurrido. O lo más grave, cuando concluyentemente la policía, a través del atestado policial, determina la tipicidad de los hechos investigados, circunstancias, y responsabilidad penal en que habrían incurrido los investigados.

1.3.3. Conclusión de la investigación y la calificación de la investigación preliminar

La Constitución de 1979 fue la que alumbró al Ministerio Público como órgano constitucionalmente autónomo. El texto le dedicó sólo dos normas, pero suficientes como para entender su real trascendencia en la sociedad. En efecto, el artículo 250° reconocía al Ministerio Público como organismo autónomo y jerárquicamente organizado, y señalaba en forma puntual, entre otras facultades, “promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos” y otra función estratégica en el sistema de administración de justicia, era “vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte”. Desde entonces sabemos que el titular del ejercicio de la acción penal pública sólo es el fiscal, siendo el único acusador público, y por tanto legitimado para formular o archivar las denuncias que son de su conocimiento.

Por tanto, en cuanto a la conclusión y calificación de la investigación preliminar en estricto, nos remitiremos a la Ley Orgánica del Ministerio Público o Decreto Legislativo N° 052, coherente con el texto constitucional antes aludido, que en su artículo 94° numeral 2° establece: “denunciado un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualquiera del pueblo [...] Si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor. [...] Al finalizar el atestado policial sin prueba suficiente para denunciar, el Fiscal lo declarará así [...]”

El fiscal, para obtener la información de manera ordenada y clasificada con la finalidad de verificar la hipótesis primigenia, al momento de su calificación tiene que descartar la existencia del hecho imputado, excluir la información impertinente para el caso, recolectar la información necesaria y enmarcar dentro del hecho imputado, elaborar la hipótesis y verificar si consolida o no la inicial, y verificar si la hipótesis sugerida es válida; luego de ello, mediante resolución fundamentada¹³⁷ podrá alternativamente disponer lo siguiente¹³⁸:

- a) Abrir una investigación preliminar directa en el Despacho Fiscal, por lo que requiere el apoyo de los organismos públicos y privados que puedan aportar medios útiles para el mejor esclarecimiento de los hechos.
- b) Abrir una investigación preliminar por medio de la Policía Nacional, para cuyo efecto se remitirán los antecedentes a una unidad especializada, como la División de Investigación de Estafas, la División de Investigación de Robos, la División de Investigación de Secuestros, o simplemente a una delegación policial.
- c) Formalizar directamente la denuncia ante el Juez Penal de conformidad con lo dispuesto por el inc. 2° del art. 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, lo que es en la práctica un pedido de la promoción de la acción penal, cuya primera etapa será la instrucción dirigida por el Juez Penal.

Ahora, respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en la investigación preliminar, el Tribunal Constitucional establece en su sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/Tribunal Constitucional, caso Fernando Cantuarias Salaverry, que “no se requiere que exista convicción plena en el Fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado

¹³⁷ ANGULO ARANA, Pedro. *Óp. cit.*, p. 172.

¹³⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor., *Óp. cit.* p. 202.

probalístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados”¹³⁹

En esta línea, la ley prevé numerosos supuestos en que se produce la terminación del procedimiento en esta etapa, ya sea por insuficiencia de elementos de investigación, por aplicación del principio de oportunidad en sentido estricto o amplio (suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios) o por la concurrencia de alguna causal de sobreseimiento temporal o definitivo de la causa.

1.3.4. Valor de la investigación

La Policía juega un rol de auxilio investigativo, y es el Ministerio Público la institución que imparte las estrategias de investigación que serán ejecutadas por el órgano policial en el ámbito de su función. En esta dirección, el fortalecimiento de los vínculos funcionales entre ambas instituciones dependerá, en principio, de la definición legislativa de sus funciones, y a partir de ello, del trabajo conjunto que realicen con miras a la recopilación de elementos probatorios que sean de utilidad para la formulación de la acusación y su positiva valoración en el juicio oral.

Por tanto, el valor de la investigación preliminar se sustenta en la realización de determinados actos con la finalidad de determinar si respecto a un hecho denunciado como delito, existen los requisitos legales para promover la acción penal conforme a lo dispuesto en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. De no ser el caso se archivará provisionalmente o definitivamente la denuncia, con lo que termina la participación activa del fiscal; bajo esta premisa se trae a colación lo expresado por VICENZO MANZINI al señalar que “promover la acción penal” no significa necesariamente investir al fiscal con la facultad de exigir el castigo del imputado, sino simplemente requerir del juez una decisión positiva, o también negativa, sobre la imputación, o sea, sobre la

¹³⁹ Fundamento 28

pretensión punitiva¹⁴⁰; criterio lógico que deberá de ser evaluado por el órgano jurisdiccional conforme a los lineamientos de la norma precedida.

Por ello, es fundamental que el representante del Ministerio Público como defensor de la legalidad, tal como lo estableciera el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, esté presente desde el inicio de la investigación policial para garantizar el respeto al debido proceso, que consagra el artículo 139º inciso 3º, de nuestra Constitución Política, puesto que la defensa de la persona que se haya involucrada en un presunto ilícito no se inicia en los juzgados, sino en la etapa preliminar desde que se interponen las denuncias penales, debiendo el Ministerio Público regir sus actuaciones con la debida objetividad, que significa no sólo preocuparse únicamente de acumular las pruebas de cargo en contra del imputado, sino al mismo tiempo, velar por la correcta aplicación de la normatividad y respeto por la Constitución Política del Estado.

Al respecto, sobre el valor de la investigación, SAN MARTÍN CASTRO señala que la investigación no tiene un valor probatorio definido, debido a su carácter provisional, lo que implica que puede ser introducido dentro del proceso penal en donde posteriormente será debatido, y rebatido de ser el caso. Todo ello, como consecuencia de enmarcar el proceso dentro de los modelos acusatorios, que permite concebir a la etapa de investigación como una etapa meramente preparatoria, y será en el juicio oral donde se manifestará el principio de contradicción principalmente¹⁴¹.

Por ello, las actuaciones que consten en el atestado policial y en la denuncia fiscal requieren una respuesta por parte del juez penal, debiendo ser realizadas bajo el cumplimiento irrestricto de las garantías procesales constitucionales, ya que cualquier sustracción de estos estándares ameritará que lo actuado a nivel de investigación preliminar no sea incluido dentro del proceso, lo que muchas veces termine conllevando a que el fiscal se quede sin argumentos ni

¹⁴⁰ MANZINI, Vincenzo. *Óp. cit.*, p. 146.

¹⁴¹ SAN MARTÍN CASTRO, César., *Óp. cit.* pp. 445-457

elementos de pruebas en las que pueda basarse, pues son estas las que sustentan toda actuación fiscal

1.3.5. Recurribilidad de las resoluciones que concluyen la investigación

La Constitución Política del Estado de 1979 en su artículo 250° afirmaba al Ministerio Público como órgano constitucionalmente autónomo y jerárquicamente organizado, disponiendo como sus facultades “promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos ciudadanos”, y, además, otra función estratégica que se asigna en el sistema administrativo de justicia, consistente en “vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y promover la acción penal de oficio”. De esta manera, el fiscal es el único acusador público que existe, y por tanto el único legitimado para formular o archivar las denuncias que son de su conocimiento.

Igualmente, la Constitución Política, en su artículo 158°, consagra la autonomía del Ministerio Público, y así también el artículo 159° señala las atribuciones del Ministerio Público, entre estas, el “promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; la recta administración de justicia, conducir desde su inicio la investigación del delito en coordinación con la Policía Nacional y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”.

De otro lado, la Ley Orgánica del Ministerio Público señala en su artículo 94° numeral 2 que, “denunciado un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualquiera del pueblo; si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor, pero si no hay prueba suficiente, el Fiscal lo archivará”.

Por consiguiente, toda decisión de archivamiento de una investigación por parte del fiscal, ocurrido en la etapa de la investigación preliminar, es sin control judicial. Esto significa que el órgano jurisdiccional no puede controlar los actos del fiscal que determinan el archivo. La única forma de recurrir contra esta resolución fiscal es a través del recurso de queja que se dirige ante el superior inmediato, para cuyo caso, el requerimiento debe formularse dentro del plazo de ley, tal como lo señala el artículo 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, modificado por el artículo único de la Ley N° 25037¹⁴², cuyo texto dice: “si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento”¹⁴³.

Así, elevado el expediente al Fiscal Superior, este se pronunciará teniendo tres opciones: 1) declarar fundado el recurso de queja y ordenar que se amplíen los actos de investigación, con el mismo fiscal o puede sustituirlo por otro fiscal, si se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, 2) formalizar y se continúe con el proceso, y 3) confirmar el archivo de las actuaciones, con lo cual la disposición del archivo fiscal constituiría cosa decidida.

1.4. Ausencia o deficiencia de control jurisdiccional durante la etapa de investigación preliminar

Debido a la propia estructuración o configuración de la etapa de la investigación preliminar, no es posible la intervención jurisdiccional, de tal manera que podría manifestarse una intervención del Ministerio Público de

¹⁴² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Ley N° 25037*. 13 de junio de 1989.

¹⁴³ De conformidad con el artículo 1° de la Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 036-2001-CT-MP, publicada el 21 de febrero de 2001, se dejó sin efecto la Directiva N° 01-97-1FSP-MP, publicada el 11 de abril de 1997, mediante la cual se estableció instrucciones generales acerca de la consulta excepcional por control difuso, ratificándose la plena y absoluta vigencia de lo dispuesto por el artículo 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

facto, con la exclusividad del poder del Estado, salvo para algunos supuestos, que tienen que ver con las medidas coercitivas del proceso. Pero para esta intervención se requiere primero de la solicitud del fiscal, ya que de oficio el Juez no puede intervenir dentro de la investigación preliminar. Por ello decimos que el Fiscal posee el control absoluto de lo que sucede dentro de la fase de investigación preliminar, y será él quien decidirá a quiénes lleva a los tribunales. Por consiguiente, nos encontramos en un escenario propicio para posibles lesiones contra los derechos fundamentales, esencialmente, privaciones, restricciones o amenazas contra el derecho a la libertad y derechos conexos

Se ve así que esta ausencia del control judicial ordinario exige ineludiblemente la intervención del control constitucional¹⁴⁴, y por varias razones.

Primero, debido a que los atributos de la persona humana que emanan de la dignidad inherente, no pueden encontrarse desprotegidos en la etapa de la investigación preliminar, pues estos derechos (entre ellos, “el derecho a las garantías constitucionales”) son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas, las cuales tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre.

Así, los artículos 2° y 200°, inciso 1° de nuestra Carta Fundamental, disponen que todas las personas gozan de los derechos y garantías constitucionales, y también los tratados internacionales ratificados por nuestro país reconocen tales derechos y garantías. Estos son la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” y la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Todos ellos forman un verdadero bloque de máximo nivel jurídico que debe presidir la formulación de las normas procesales penales y sobre todo, su interpretación y aplicación práctica.

En segundo lugar, debido al principio de supremacía de la Constitución, no se pueden configurar zonas exentas de control constitucional, pues se atentaría

¹⁴⁴ El nuevo sistema procesal penal busca regular el control judicial de manera razonable y acorde con el marco constitucional.

contra la Máxima Norma al establecer espacios, instituciones o personas a las que no les alcance el poder de la Constitución Política del Estado.

Resulta necesaria la adecuación del sistema procesal penal en su conjunto (que no sólo se circunscriba a la etapa después del auto apertorio) a las exigencias internacionales y de un Estado garante de las cautelas fundamentales, pues el poder penal estatal es una expresión de su soberanía. Sin embargo, este poder no es absoluto, sino que, por el contrario, debe respetar las garantías fundamentales de las personas y los principios de un Estado de Derecho, tomando en cuenta que en el procedimiento penal el poder estatal actúa en la forma más extrema a través de la pena, interviniendo profundamente en la libertad individual de la persona. De tal manera que es absolutamente justificado y viable el control constitucional en la etapa de la investigación preliminar.

En tercer lugar, el Ministerio Público no ha cumplido aún realmente con la función de controlar o dirigir la actividad policial en la investigación del delito, por lo que se estructura una zona que por su debilidad ha de ser controlada constitucionalmente. Por lo que excluir la procedencia de mecanismos procesales constitucionales que permitan salvaguardar derechos dentro del contexto de la realidad dinámica, implica no asumir la esencialidad y exigibilidad de los derechos fundamentales. Esa potencialidad de lesionar y ser lesionado exige inobjetablemente no solo la prevención del órgano, sino la implementación de mecanismos de control constitucional. Es necesario alimentar el liderazgo del Ministerio Público dentro del contexto del antiguo sistema procesal penal, y mientras que tal proceso de empoderamiento se materialice, resulta razonable la intervención de la jurisdicción constitucional con la finalidad de resguardar los derechos del investigado. En esta tarea se encuentra la tesis que aquí se plantea.

Por consiguiente, nuestra conclusión inicial será que ningún acto dentro de un Estado de Derecho deberá escapar al control de la Constitución, máxime cuando se encuentre ausente el control jurisdiccional. Ya que cuando el control jurisdiccional ordinario no hace su aparición para amparar estas situaciones, sí

en cambio, hace su aparición la jurisdicción constitucional, para resolver los temas que directamente afecten los derechos fundamentales. En consecuencia, el *hábeas corpus* deberá erigirse como solución de la problemática, no como manifestación de un control jurisdiccional, sino como mecanismo constitucional que es resuelto definitivamente por el mismo organismo destinado a cuidar la integridad efectiva de la Constitución Política.

1.4.1. Conclusión de la investigación policial

A efectos de no vulnerar uno de los derechos fundamentales e inherentes a la persona, como es la libertad individual, nuestro Supremo Intérprete Constitucional, en reiterada jurisprudencia (como la sentencia de número 04978-2008-PHC/TC, Caso Milagros Del Pilar Ríos Vergara) ha destacado que la libertad personal no solamente es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico¹⁴⁵. En consecuencia, el fiscal debe tener a la vista la relación circunstancial del hecho reputado criminal, con expresión del lugar, tiempo, modo como fue perpetrado; la individualización de los presuntos autores o partícipes, consignándose la identificación correcta con los nombres y apellidos de éstos, y, de ser el caso, la descripción de sus características físicas; además, la relación de las personas que presenciaron o pudieran tener conocimiento de la presunta perpetración y demás circunstancias que puedan conducir a la comprobación del delito, a la determinación de su naturaleza o gravedad.

Así, el fiscal decidirá la formalización y continuación de la investigación preliminar solo cuando exista causa probable. Esto es, que exista serias probabilidades que el hecho denunciado constituya delito, que se haya individualizado al presunto autor y que la acción penal no esté circunscrita en una causal de extinción, por ello, se establece la obligación de indicar los elementos de prueba con que cuenta, acerca de la comisión del evento delictuoso materia de la denuncia para que prospere.

¹⁴⁵ Fundamento tercero

Al respecto, es de precisarse que el atestado policial, así como los actos de investigación policiales que constan en el mismo, tienen en principio únicamente valor de denuncia¹⁴⁶. Esto no significa que el atestado carezca de toda virtualidad para convertirse en una verdadera prueba. De lo que se trata es de llevar al juicio oral ese conjunto de actos de que puede estar formado el atestado, a fin de que el Tribunal Penal con la necesaria inmediación, oralidad y contradicción pueda valorarlos en conciencia, junto con otras pruebas de cargo y de descargo, puesto que en definitiva el Tribunal Penal es el único competente para realizar dicha labor.

En este acápite, conviene señalar también una situación que se producía con respecto a la deficiente identificación, pues antes de que la Ley Orgánica del Ministerio Público introdujera la imposibilidad de formalizar denuncia en los casos que no se haya individualizado al presunto autor, era posible denunciar “contra los que resulten responsables” y aperturar instrucción, de manera que desde 1980 el proceso penal sólo procede contra personas ciertas, plenamente identificadas e individualizadas, caso contrario, se dispondrá el archivo provisional de la investigación¹⁴⁷.

Hasta ahora hemos precisado cada una de las actuaciones que competen tanto a la fiscalía como a la policía, que se realizan durante la investigación preliminar, así como se ha expuesto las razones para la justificación correspondiente a dicho control constitucional. Finalmente, hemos procedido a delinear algunas situaciones que podrían ser lesivas al derecho a la libertad y los derechos conexos con ésta. En el siguiente capítulo abordaremos con minuciosidad los supuestos de control constitucional, con la finalidad de estructurar la procedencia de los *habeas corpus* aplicables a esta etapa preprocesal penal, tomando posición sobre el pronunciamiento contradictorio que mantiene el Tribunal Constitucional respecto a la temática estudiada.

¹⁴⁶ Ver punto 1.3.2.2.3

¹⁴⁷ Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Óp. cit.* p. 438.

2. *Hábeas Corpus* contra actos de investigación preliminar

2.1. Generalidades

El *hábeas corpus* es una garantía procesal constitucional destinada a proteger el derecho fundamental a la libertad en sus diferentes manifestaciones, y derechos conexos al mismo.

Para conceptualizar una garantía es necesario entender primero la relación que existe entre el derecho vigente y el derecho positivo¹⁴⁸. El primero es el derecho que se encuentra establecido en nuestra legislación y es de cumplimiento obligatorio para todos los ciudadanos que se someten al orden social jurídico que constituyen; es el derecho formal, lo que en los papeles se establece, son declaraciones de cómo deberían de ser las cosas. El segundo está dado por el cómo son las cosas; aquí importa saber la real aplicación de las leyes, es decir si se materializan y cumplen los fines para los cuáles han sido creados¹⁴⁹.

Como es de suponerse, muchas veces existe una diferencia entre uno y otro aspecto, dando como resultado que el derecho vigente no sea necesariamente el derecho que se materializa. Esto puede obedecer a distintos motivos: a) que exista un desinterés político para implementar la real vigencia del derecho, más allá de una simple buena intención, b) la ausencia de mecanismos técnico-jurídicos que permitan la materialización de los derechos contemplados en un ordenamiento jurídico, esto quiere decir, la ausencia de mecanismo de carácter procesal para llevar del plano formal al plano real a los derechos, c) elementos

¹⁴⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *La definición del Derecho*. México: Stylo, 1948, pp. 86 y ss. *Cfr.* ALZAMORA VALDÉZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima, 1972, pp. 105 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Los fundamentos del Derecho Constitucional. Derecho, Estado y Constitución*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 46.

¹⁴⁹ También puede establecerse la dicotomía entre derecho escrito y derecho vivido. Así: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El Hábeas corpus en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979, p. 143.

de carácter social, cultural y económico; que vienen a constituir la fuerza sociológica que impide la implementación concreta de los derechos.¹⁵⁰

De estas posibles razones nos interesa enfatizar en específico la segunda, y de manera complementaria las otras dos, pues dentro de la segunda causa podemos encontrar el fundamento de las garantías, y la necesidad impostergable de impulsar su desarrollo al máximo.

No sólo porque aseguramos la vigencia del derecho, sino porque, en este caso específico, aseguramos la vigencia o el cumplimiento de la parte más importante del sistema jurídico, qué es nuestra Norma Máxima, que viene a explicitar el modelo político-normativo, y el entramado de los derechos y facultades de la persona humana.

De manera tal que la garantía es un mecanismo técnico jurídico que permite proteger nuestros derechos de las arbitrariedades del Estado o de cualquier otra persona¹⁵¹.

Las acepciones sobre garantía que consigna el Diccionario de la Real Academia Española son, primero, una acción y resultado que busca afianzar un resultado; y segundo, un elemento que protege y asegura ante cualquier posible daño o una necesidad¹⁵². Las garantías, en términos jurídico-procesales, hacen posible que se cuente con mecanismos que permiten reaccionar y solicitar, ante un ataque contra nuestros derechos, la protección inmediata por parte de los órganos jurisdiccionales. Por ello JULIO MAIER las define como las “seguridades que se otorga para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo”.¹⁵³

¹⁵⁰ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. 1979. *Óp. cit.*, p. 149. Para quien la estructura social repercute en la vida política, y de ésta se traslada al plano jurídico, encontrando relación entre el subdesarrollo político y la incongruencia entre los dos ámbitos del derecho que mencionamos.

¹⁵¹ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Argentino*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1989, p. 230.

¹⁵² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición.

¹⁵³ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 230.

Se denomina, entonces garantías constitucionales a aquellos mecanismos de protección que se encuentran estipulados en la Constitución Política¹⁵⁴ y que, a su vez, buscan proteger los derechos, principios en estricto, valores (o situaciones beneficiosas, por decir algo más general) que la misma Constitución reconoce¹⁵⁵.

Además, nuestro Tribunal Constitucional tiene reconocido que no existe ningún derecho que no posea una garantía para tutelarlos, debido a su necesidad real de protección, señalando que la Constitución no solo reconoce una serie de derechos constitucionales, sino que al mismo tiempo crea diversos mecanismos procesales con el fin de protegerlos, pues “a la condición de los derechos subjetivos del más alto nivel, y al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismo para tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo”¹⁵⁶

El *hábeas corpus*, como garantía constitucional, protege el derecho a la libertad ante amenazas y ataques concretos hacia su real vigencia, es decir, su ejercicio diario¹⁵⁷. El derecho a la libertad se define como la capacidad que tiene una persona de autoafirmarse a sí misma, es decir, de ser ella misma creadora y materializadora de sus manifestaciones personales dentro de la sociedad¹⁵⁸. Y debido a la extensión del ámbito de protección, adopta diferentes formas, como por ejemplo libertad de tránsito, que es la más usual, libertad sexual, libertad de pensamiento, de ideología, de expresión, etcétera.

¹⁵⁴ En nuestro caso, se encuentran estipulados en el artículo 200° de la Constitución Política.

¹⁵⁵ Se refiere a todos los derechos establecidos en el artículo 2° de nuestra Constitución y a los demás derechos, que no se encuentren en él, pero están reconocidos en otros artículos, por ejemplo, los artículos 3° y 139° de la Constitución Política.

¹⁵⁶ Exp. N° 1230-2002-HC/TC, Caso *Tineo Cabrera*, fundamento 4.

¹⁵⁷ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Hábeas Corpus. Normativa y aspectos procesales*. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. T. I., segunda edición. Lima: Jurista Editores, 2004. p. 587.

¹⁵⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Quinta Edición. Lima: Rhodas, 2008, pp. 272 y ss.

El derecho a la libertad es uno de los pilares del ordenamiento jurídico, se encuentra reconocido en sus distintas variantes dentro del artículo 2° de la Constitución de 1993. Su proclamación como derecho base se manifiesta desde el periodo de las grandes revoluciones burguesas, que dieron paso al nacimiento del Estado de Derecho, con que se pretendía limitar el poder estatal y su capacidad de intervenir en la esfera privada de los ciudadanos. Se puede sintetizar el programa político en la fórmula revolucionaria de “fraternidad, igualdad y libertad”¹⁵⁹. Para ello, el principal valor sería la libertad, consagrado en la vieja fórmula jurídica: “Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”, de la cual se desprende que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no exige”¹⁶⁰.

De manera tal que, el Estado de Derecho que surge en el siglo XVIII tiene como principal objetivo respetar la libertad del ciudadano, limitando los poderes del Estado. Lo que nos lleva a concluir que la libertad como derecho fundamental deberá ser tutelada en todo momento, en razón a su permanente manifestación por parte de los ciudadanos, y el riesgo también permanente en torno a su potencial vulneración por parte del Estado o cualquier particular.

Por consiguiente, resulta inmensa la importancia de la protección que deberá recibir el derecho a la libertad, a través de la garantía del *habeas corpus* dentro del programa político-jurídico de cada Estado, y de los correspondientes sistemas internacionales.

Lo que ahora nos parece algo elemental, no fue aceptado como tal antes, sino que ha sido producto de evoluciones políticas, que han comprendido luchas que han durado más de un siglo, para finalizar con la defensa del derecho a la libertad.

Podemos rastrear esta lucha, sin negar otras formas, en la historia misma del *habeas corpus*, cuyos antecedentes nos remontan a la Inglaterra del siglo XIII,

¹⁵⁹ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1988, p. 40.

¹⁶⁰ Ambos apotegmas se encuentran constitucionalizados en el artículo 2° de nuestra Constitución, inciso 24°, literal a).

cuando el Rey Juan Sin Tierra en 1215 firmó la denominada “Carta Magna”, que instituía normas con carácter propio de una garantía, es decir, amparo de la libertad individual del individuo, terminando o evitando prisiones injustas o detenciones excesivamente prolongadas.

En realidad se trató del primer paso en la evolución de limitar al poder absoluto, y la primera muestra de la libertad como derecho inherente al hombre, además, de que el pueblo jugó un rol histórico importante, lo que posteriormente serviría para afianzar la soberanía popular.

En 1697, Carlos II será quien emitió la primera Ley de *Hábeas corpus*¹⁶¹, cuya característica será poseer un perfil más definido como un derecho esencial de los ciudadanos, confirmando así su concreción y triunfo en el ámbito jurídico, ello mediante el *Hábeas Corpus Amendment Act* de 26 de mayo de 1697, que representó “la formalización de una institución vigente desde tiempos inmemoriales que forma parte de las costumbres y precedente del Derecho Consuetudinario inglés¹⁶²”.

Posteriormente vendría la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano en 1787, adoptando mayor fuerza y legitimidad dentro del plano jurídico que inspira el actuar tanto del Estado como de los particulares.

En España, el *hábeas corpus* se contemplará recién en la Constitución de 1978. En América Latina, la primera legislación fue la brasileña de 1830; en México fue en 1841, como juicio de amparo, pero en su Constitución Política recién aparecería en el año 1857. En Argentina con la Constitución de 1949, Guatemala en el año 1879, Costa Rica en 1949, Colombia en 1964, y Ecuador desde 1933.

¹⁶¹ PRADO CÓRDOVA, José María. *Los Procesos Constitucionales en el Nuevo Código Procesal Constitucional*. Lima: Editorial Librería Portocarrero, p. 99. El autor señala que en esta primera disposición se reguló con eficacia los procedimientos de protección, asegurando la efectividad de los derechos ante los funcionarios ingleses.

¹⁶² CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés. *Óp. cit.*, p. 589.

En el Perú, la primera vez que aparece en nuestro ordenamiento fue mediante ley del 21 de Octubre de 1897, que desarrolló el artículo 18° de la Constitución de 1860, que señalaba que “Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del juez competente o de autoridades encargadas de conservar el orden público...”¹⁶³.

La primera vez que adquiere rango constitucional es en la Constitución de 1920 durante el gobierno de Augusto B. Leguía, pero apareciendo primero como un recurso en el artículo 24°, y solo protegía la libertad personal.

Recién en la Constitución de 1933 aparece la fórmula que permite proceder contra actos sin motivación que atenten contra la libertad, además de proteger todos los derechos sociales e individuales. La Constitución de 1979 en los artículos 295° y 298°, establece en estricto, como mecanismo de protección, el *hábeas corpus* ante la vulneración de la libertad individual. En la Constitución de 1993 aparecen los llamados derechos conexos, es decir, el ámbito de protección se extiende más. Antes de la promulgación del Código Procesal Constitucional, el *hábeas corpus* se regía por la Ley N°23506, que de manera restrictiva había señalado los derechos que protegía¹⁶⁴.

Como podemos observar, el *hábeas corpus* y su vinculación con la libertad tienen una tendencia histórica a la expansión, es decir, progresivamente va ampliando su esfera de incidencia, justificándose en que la libertad es el pilar de nuestro ordenamiento jurídico, y por lo mismo su protección y vulneración deberán realizarse con el mayor cuidado y dedicación posible. Vale decir, no perder de vista que el *hábeas corpus* protege el más importante derecho de los seres humanos vivientes, de manera tal que no puede tratarse de un derecho a la libertad en estricto sino, su protección abarca un ámbito cada vez más extenso.

¹⁶³ *Ibidem*

¹⁶⁴ BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Lima: Grijley, 1996, p. 158. Según señala este autor, el *hábeas corpus* era un proceso sumario, no brindaba oportunidad para la prueba, y no se permitía que personas que no merecían el mismo trato, fueran tratadas de la misma forma (rompimiento de las reglas de igualdad). Aunque luego hiciera la aclaración que se trataba de una lista enunciativa, mas no cerrada. Es importante tener en cuenta esto, debido a que el Código Procesal Constitucional de 2004 también adoptó el mismo tratamiento.

Desde la perspectiva histórica y filosófica, la defensa del *hábeas corpus* buscará argumentar a favor su procedencia en cada vez más variados escenarios, como la investigación preliminar, cuya naturaleza jurídica, como vimos en el capítulo anterior, es considerada como mixta, puesto que no es jurisdiccional pero tampoco meramente administrativa. Lo que no significaría mayor peligro para el derecho a la libertad, atendiendo precisamente a su naturaleza jurídica. Sin embargo, para nosotros, la investigación preliminar constituye un escenario potencialmente riesgoso para la vulneración del derecho a la libertad y derechos conexos con ella, debido al inmenso despliegue del *ius imperium* del Estado, que podría incluso más irracional o brutal que la capacidad punitiva del Estado, pues, la pena es precedida por una argumentación sustentatoria de una sentencia. La investigación preliminar es el espacio de confrontación entre el Estado (a través del Ministerio Público) y el individuo (que se habría auto-puesto fuera del sistema jurídico), en el que el primero se encuentra fuertemente premunido de poder, y el segundo, desprovisto absolutamente de cualquier poder y sometido a un procedimiento en el que predomina un razonamiento carente de argumentación sustentatoria, y del que no podrá sustraerse sino ante específicas causales o circunstancias

En consecuencia, la justificación para la defensa de la libertad en nuevos escenarios requiere de mayores dosis de racionalidad, con respecto a ámbitos tradicionales. Esto convoca, naturalmente, la evolución del *hábeas corpus*, como parte importante del sistema democrático actual.

2.1.1. Relaciones entre la jurisdicción constitucional y la justicia ordinaria: proyecciones y limitaciones

La jurisdicción es el poder-deber que posee el Estado y que lo legitima para conocer y resolver los conflictos de intereses jurídicos que se producen dentro de la sociedad¹⁶⁵. Dentro de la división de funciones del Estado, la jurisdicción

¹⁶⁵ Cfr. VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Segunda Edición. Santa Fe, Temis, 1999, p. 99; MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. T. I. Colombia: Temis, 1996, p. 213.

es delegada en su totalidad al denominado Poder Judicial. Este asume así el monopolio de la jurisdicción, que lo convierte en el autorizado para la *iurisdictio*, que etimológicamente significa “decir el derecho”¹⁶⁶. A esto denominamos jurisdicción ordinaria¹⁶⁷, pues a ella se le autoriza conocer la mayoría de conflictos, que se vinculan directamente con las leyes del derecho común. Pero por criterios extraordinarios y de especialidad, se entiende que la jurisdicción ordinaria no puede conocer ni resolver todos los casos, debido a que éstos caen en supuestos totalmente distintos, y con su propia complejidad. Entonces se han creado fueros especiales, en donde se autoriza a algunos órganos resolver aquellos casos que reúnan ciertos requisitos, creándose así jurisdicciones extraordinarias, como por ejemplo, la militar y otras especiales, por ejemplo, control de procesos electorales y, de manera especial, la constitucional¹⁶⁸.

Entonces, aunque la Constitución en su artículo 138° manifieste que *la potestad de administrar justicia emana del pueblo y que ésta se ejerce por el Poder judicial a través de sus órganos*, no establece el monopolio del Poder Judicial para la resolución de los conflictos intersubjetivos. Pues dentro de la misma Constitución encontramos artículos que otorgan jurisdicción en determinadas materias a órganos especializados. Por ejemplo, el artículo 178°, inciso 4°, que otorga la facultad de administrar justicia al Jurado Nacional de Elecciones, el artículo 202°, que establece las facultades del Tribunal Constitucional para conocer casos de conflictos constitucionales¹⁶⁹.

La razón de la existencia de la jurisdicción constitucional estriba en que es un fuero especial, es decir, la peculiaridad de los casos que revisa, y ésta se configura precisamente debido a su vinculación directa con la Constitución. En

¹⁶⁶ VÉSCOVI, Enrique. *Óp. cit.*, p. 101.

¹⁶⁷ ORTECHO VILLENNA, Víctor Julio. *Jurisdicción Ordinaria y Jurisdicciones especiales*. Consulta: 28 de marzo del 2012. <<http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst1.html>>

¹⁶⁸ Por ejemplo, la clasificación que hace GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, al decir que “*En sentido subjetivo, en cambio, se contraponen la jurisdicción ordinaria (principio de la unidad de jurisdicción asignada al Poder Judicial) de las jurisdicciones especializadas que tiene funciones específicas, pero que llevan a cabo actos de decisión y juzgamiento*” En: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 82.

¹⁶⁹ LANDA ARROYO, César. *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006, p. 317.

términos de GÓNZALES PÉREZ, la “*jurisdicción* constitucional supone la atribución del enjuiciamiento de unas determinadas pretensiones –delimitadas por estar fundadas en derecho constitucional– a unos órganos que están fuera del Poder Judicial”¹⁷⁰.

El Tribunal Constitucional tiene a su cargo la solución de conflictos en donde se ven involucrados de manera directa lo que la Constitución estipula, que va desde los derechos constitucionales de las personas hasta las normas de tipo orgánico, pues, la jurisdicción constitucional se encarga de proteger toda la Constitución¹⁷¹.

Pero no sólo debido a la materia revisada que puede fundarse una división dentro de la jurisdicción, y crearse la constitucional, sino que además, y relacionado con el primer punto, se erige la exigencia de especialización sobre conocimientos que permitan al operador resolver de una manera más certera, los conflictos que se presenten sobre las normas de la Constitución Política.

De aquí se deduciría que tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción constitucional tienen a su cargo casos completamente distintos, y que por tanto podrían ser excluyentes a la hora de conocer y resolver un caso. Sin embargo, esto no es tan cierto¹⁷². Ello se debe a una peculiaridad en nuestro sistema constitucional, que contempla dos mecanismos de control constitucional: el concentrado y el difuso, a diferencia de otros sistemas, que contemplan alguno de los dos mecanismos.

¹⁷⁰ GONZALES PÉREZ, Jesús. “Las sombras de la jurisdicción Constitucional”. En *Nuevas Tendencias, Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*. Instituto de Estudios e Investigación Jurídica, Directores: Sergio J. Cuaresma Terán y Rafael Luciano Pichardo. 2011, p. 543.

¹⁷¹ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “Defensa de la Constitución a través del Derecho Procesal Constitucional”. Ponencia dictada el 15 de Junio de 1999, en la Academia de Ciencias Sociales de Córdoba. En *De la Jurisdicción al Derecho Procesal Constitucional*. Cuarta Edición. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Grijley. 2003, pp. 93 y ss.

¹⁷² Por ejemplo, ALEXY, Robert señala que a cada vulneración jurídica del derecho le corresponde una vulneración de la Constitución. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los Derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 48. Traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, p. 49.

Según el primero, que tiene una raíz europea¹⁷³, y se inspira en KELSEN, se crea un órgano independiente de los demás órganos del Estado, a quien se le encarga como misión exclusiva proteger la Constitución y velar por su correcta interpretación. En nuestro país este rol es llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, y anteriormente, con la Constitución de 1979 por el Tribunal de Garantías Constitucionales. De esa manera, la función jurisdiccional-constitucional es atribuida a este tribunal, que resolverá cualquier conflicto en donde la Constitución se vea involucrada, caso de antinomias (inconstitucionalidad), vulneración de los derechos constitucionales, etcétera.

Además, este control concentrado se ha visto reforzado debido a la promulgación del Código Procesal Constitucional del 2004, que proporciona pautas procesales para la obtención de la justicia constitucional, que evite, elimine o repare algún peligro o daño a la vigencia de la Constitución, y que ha venido ofreciendo mayor seguridad para la búsqueda de soluciones constitucionales.

Pero, como un solo mecanismo no resultó suficiente, el legislador constituyente decidió adoptar también el sistema del control difuso, de tradición norteamericana, otorgando, también, a los miembros de Poder Judicial la potestad de resolver problemas de carácter constitucional, a través de la inaplicación de una norma inconstitucional.

Como muy bien señala OSVALDO GOZAÍNI, en el sistema americano (jurisdiccional) “en Estados Unidos se arbitró a través de los jueces (sistema de confianza) la interpretación de las normas y su correspondencia con la Constitución. Si bien es cierto que no surge de la carta fundamental esta atribución, la realidad práctica ha consagrado esta tarea de vigilancia y revisión”.¹⁷⁴

El control difuso se estableció en Norteamérica luego de un largo debate, en donde se ponía en confrontación al poder judicial ante la soberanía popular,

¹⁷³ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Óp. cit.*, p. 32.

¹⁷⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Óp. cit.* p. 97.

que estaba representado en el legislador. A pesar de las discusiones, en el año 1803 se estableció formalmente a través del fallo en el caso *Marbury vs. Madison*, que el juez estadounidense está obligado a preferir la Constitución a cualquier otra ley, dado que aquella, por ser suprema controlaba todos los actos del legislativo. Permitir la eficacia de una ley inconforme con el texto del que debía haber proveniendo, implicaba destruir el principio de la supremacía constitucional y, en consecuencia, disminuir las libertades civiles¹⁷⁵.

En nuestra Constitución, el control difuso se encuentra normado en el artículo 138° segundo párrafo, que faculta y obliga al Poder Judicial a que *en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*

El control difuso del Poder Judicial se verá reflejado en la aplicación o inaplicación de las normas que los jueces consideren constitucionales o inconstitucionales. Esta función les exigirá dar razones para su proceder. Al estudiar un caso concreto que involucra una ley inconstitucional, los jueces deben abstenerse de aplicarla en favor de la Constitución Política. En suma, la razón de ser de este sistema radica en establecer la supremacía del Poder Judicial sobre los otros Poderes, a manera de acto de confianza en los Jueces.

Se le denomina control difuso, por oposición al concentrado, que es ejercido por el Tribunal Constitucional. Se caracteriza por ser incidental, declarativo y especial. Es incidental debido a que ocupa cualquier materia que le corresponde al juez. Es especial porque los efectos de la sentencia solo abarcan a las partes, y por último, es declarativo porque enuncia la resolución de una controversia¹⁷⁶.

¹⁷⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Elementos de derecho procesal constitucional*. México: Centro de Consulta de Información Jurídica. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2006, p. 26.

¹⁷⁶ *Ídem.* p. 27

Entonces ambos órganos, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional pueden pronunciarse a favor de determinadas leyes constitucionales que se vean en peligro de ser lesionadas.

Como podemos observar, no necesariamente se excluyen la una de la otra, pues, dependerá muchas veces de otras condiciones, que solo el caso concreto nos podrá ofrecer. Como ya se mencionó líneas arriba, toda lesión contra el Derecho siempre provendrá de un acto inconstitucional¹⁷⁷.

De manera tal que la esencia de la jurisdicción constitucional estriba en los fines que busca alcanzar, que son la vigencia del principio de supremacía de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales¹⁷⁸.

Recordemos que la investigación preliminar, pese a ser un conjunto de actividades orientadas hacia el inicio del proceso penal, en sí misma no es aún una etapa procesal, por lo que, la intervención del juez en los actos de investigación directos no se produce; y el juez penal no tendría, *prima facie*, la posibilidad de inaplicar alguna norma inconstitucional frente a los actos de investigación directos porque carece de intervención alguna, pues es el fiscal el que ejerce la conducción de la investigación preliminar.

La jurisdicción constitucional en torno a la legitimidad de los actos fiscales, conformantes de la investigación preliminar corresponde, según el artículo 28° de nuestro Código Procesal Constitucional a jueces penales, y posteriormente, como última instancia, al Tribunal Constitucional, de conformidad al artículo 18° del mismo Código.

En conclusión, estamos de acuerdo con CLAUS ROXIN cuando sostiene que en el procedimiento penal, los intereses individuales y colectivos entran entre sí

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁷⁸ LANDA ARROYO, César. *Op. cit.* p. 321. El autor sostiene que la vigencia de la supremacía de la Constitución le es atribuida tanto al Tribunal Constitucional en cuanto órgano de control abstracto y concreto (art. 202°), como al Poder Judicial, en la medida que los jueces, en caso de existir incompatibilidad entre la Constitución y las demás normas prefieren la norma constitucional. Además, el mismo autor señala que adicionalmente de una relación de competencia e interdependencia entre ambas jurisdicciones, se configura una relación de jerarquía. (p. 319)

en conflicto con mayor intensidad que ningún otro ámbito. En este contexto, nace la famosa frase: ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!¹⁷⁹

En esta línea de argumentación, KLAUS TIEDEMANN¹⁸⁰ asevera, primero, que los principios de derecho procesal penal están particularmente ligados con los derechos fundamentales relativos al proceso; segundo, casi todos los actos procesales¹⁸¹ constituyen intervenciones directas sobre los mismos, por lo que, dicha vinculación, explica en parte el proceso creciente de legitimidad por parte del Tribunal Constitucional alemán.

Si el proceso penal es la expresión particular más importante de la Constitución Política, el sub-ámbito decisivo para la intervención de los derechos humanos es indiscutiblemente, el inicio del proceso penal, por consiguiente, nuestros esfuerzos están justificadamente dirigidos hacia la búsqueda del control constitucional de la investigación preliminar

2.1.2. Tipología de los hábeas corpus

Como la interacción entre derecho y lesión del derecho constitucional es compleja, y no solo se erige de una manera, sino de varias, entendemos que el *hábeas corpus* ha debido adaptarse a esta situación, creándose varios tipos de *hábeas corpus*, que buscan adaptar el derecho procesal constitucional a las diversas vulneraciones del derecho a la libertad personal y derechos conexos.

El Tribunal Constitucional tiene dicho al respecto, en el Exp. N.º 2663-2003-HC/TC¹⁸², citando a NÉSTOR PEDRO SAGÜES : “que en su origen histórico el hábeas corpus surge como remedio contra una detención; sin embargo, el desarrollo posterior del instituto [...] lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. *Óp. cit.*, p. 10.

¹⁸⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Óp. cit.*, pp. 59-60

¹⁸¹ Para Tiedemann, el proceso penal no se inicia con actos formales, sino el inicio debe ser determinado materialmente, mediante la admisión de la realización de la investigación concreta, con la finalidad de evitar fraudes a la ley y abusos. *Cfr.* TIEDEMANN, Klaus. *Óp. cit.*, pp.207-208.

¹⁸² Exp. N.º 2663-2003-HC/TC Caso *Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca*. Ver el fundamento 6.

circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él”. De ahí que se reconozca que “algunas figuras del hábeas corpus [...] abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos –constitucionales también– aunque de índole distinta”¹⁸³

En la misma sentencia el Tribunal Constitucional asume la Opinión Consultiva OC-9/87 N.º 29, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, justificando y convalidando la ampliación de los contornos del *hábeas corpus* al manifestar que “es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

Tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han señalado como válida la siguiente clasificación, que consignamos para un mejor estudio del tema:

- a) **Hábeas corpus reparador**¹⁸⁴.- Este tipo de *hábeas corpus* se aplica frente a la lesión concreta de la libertad física, pudiendo esta ser aún restablecida. O en términos jurídicos, se aplica frente a la detención arbitraria de una persona por parte de la autoridad civil, judicial, militar policial o de algún privado¹⁸⁵. En la historia del *hábeas corpus* esta modalidad sería la primera en aparecer¹⁸⁶. También recibe el nombre de clásico o principal.
- b) **Hábeas corpus restringido**.- Los supuestos de este tipo se caracterizan porque la libertad, aunque sufre lesiones, no las sufre

¹⁸³ Son los denominados derechos conexos, que en nuestra historia constitucional recién formaron parte de las discusiones con el Proyecto del Código Procesal Constitucional. En Eto Cruz, Gerardo. “Habeas Corpus en Perú. Régimen legal y regulación en el proyecto del Código Procesal Constitucional”. En *Derecho Procesal Constitucional*. T. I., segunda edición, Lima: Jurista Editores, CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (Coord.), 2004, p. 667.

¹⁸⁴ Exp. N.º 2663-2003-HC/TC, fundamento 6, literal a).

¹⁸⁵ GACETA JURÍDICA. *Proceso de Hábeas corpus. Guía Rápida N.º 1*. Mesina Montero Federico (direct.). Lima, p. 13.

¹⁸⁶ SÁENZ DÁVALOS, Julián y MELÉNDEZ SÁENZ Jorge. *El ámbito de protección de los procesos constitucionales y el Hábeas corpus*. Cuadernos de trabajo N.º 1. Lima: Centro de Estudios Constitucionales y Tribunal Constitucional, s/f. p. 35.

de manera tal que se pierda el derecho, o mejor dicho no sufre una afectación total¹⁸⁷. Se trata de sufrir *una continua y pertinaz*¹⁸⁸ *limitación* del derecho a la libertad. También se le conoce como accesorio o limitado. Busca evitar las denominadas *molestias restrictivas*¹⁸⁹, que inciden en perturbaciones sobre la libertad o de locomoción¹⁹⁰. Son claros ejemplos de actos que pretende evitar o sancionar este tipo de *hábeas corpus*, aquellos como la citación constante de manera injustificada, restringir el desplazamiento por algunos lugares, entre otros.

- c) **Hábeas corpus correctivo.**- Tiene un supuesto que consiste en la pre- existencia de una limitación de la libertad, obtenida por medios legítimos, como una condena por algún delito, por ejemplo. La lesión constitucional está constituida por el sufrimiento de actos, que no se llegan a comprender por la irracionalidad de las mismas durante el cumplimiento de la privación legítima de la libertad. Entonces, el *hábeas corpus* correctivo se utiliza para controlar aquellas situaciones en donde el cumplimiento de una condena se realiza de manera desproporcionada¹⁹¹, que atenta contra toda racionalidad. Busca evitar un acto lesivo contra la integridad personal (física, psicológica y moral), que se produce mediante maltratos físicos o de otra índole. Se controla constitucionalmente las condiciones en las que una persona cumple su condena.
- d) **Hábeas corpus traslativo.**- Los supuestos de este tipo de *hábeas corpus* se dirigen a controlar las circunstancias procesales actuales del procesado, pues se interponen ante la dilatación injustificada de

¹⁸⁷ GACETA JURÍDICA. *Óp. cit.*, 2008, p. 15.

¹⁸⁸ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor y a la intimidad”. En *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. T. I. Palomino Manchego, José Félix (coord.), Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Grijley, 2005, p. 474.

¹⁸⁹ SAGÜES, Néstor. *Hábeas corpus. Óp.cit.*, pp. 207-210.

¹⁹⁰ SÁENZ DÁVALOS, Julián y MELÉNDEZ SÁENZ Jorge. *Óp. cit.*, p. 39.

¹⁹¹ PRADO CÓRDOVA, José María. *Óp. cit.*, pp. 113-114. El autor señala que este *hábeas corpus* resguarda a la víctima de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, mientras cumple una pena o un simple mandato de detención.

un proceso penal o que vulneren el derecho al debido proceso, o el acceso a la tutela efectiva¹⁹² o ante la prolongación injustificada de la detención aún cuando el plazo haya vencido¹⁹³. Le corresponde plantear la demanda sobre *hábeas corpus* al fiscal, caso contrario, si lo interpone el abogado de la defensa se tratará de *un hábeas corpus* reparador. Se demanda *hábeas corpus* para que el procesado sea llevado (trasladado) inmediatamente a la instancia judicial correspondiente o al detenido para que sea liberado¹⁹⁴.

- e) ***Hábeas corpus preventivo.***- Procede cuando existe una amenaza al derecho protegido, pero cuya probabilidad es real, es decir, los actos cuya consecuencia tendrán la lesión del derecho se encuentran en plena ejecución. Como señala CÉSAR LANDA, la amenaza real se debe entender a nivel casuístico, que debe valorar el juez teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia, a la interpretación extensiva de la defensa de la libertad y a la restrictiva de la limitación de la misma¹⁹⁵. Intenta evitar que la lesión se produzca, tutelando al derecho, mediante el adelantamiento de su actuar. No procede ante simples amenazas verbales, precisando la necesidad de que la amenaza sea cierta y de inminente realización¹⁹⁶.
- f) ***Hábeas corpus innovativo.***- Procede contra las lesiones que han cesado de producirse, es decir, cuando el daño se vuelve irreparable. Pero sus efectos van a dirigirse al futuro, pues prohibirán la realización de las mismas actividades que han lesionado al derecho en un primer momento. Su efecto es a futuro, para el daño que puede volver a repetirse. Y es que como señala

¹⁹² GACETA JURÍDICA. *Óp. cit.*, p. 17

¹⁹³ DONAYRE MONTESINOS, Christian. *El Hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional. Una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima, Jurista Editores, 2005, p. 216.

¹⁹⁴ LANDA ARROYO, César. *Óp. cit.*, p. 409

¹⁹⁵ *Ídem*, p. 408.

¹⁹⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. *Hábeas corpus. Normativa y aspectos procesales*. En *Derecho Procesal Constitucional*. T. I. Segunda Edición, Susana Castañeda Otsu (coord.). Lima: Jurista Editores, 2004. p. 614.

GARCÍA BELAÚNDE, el *hábeas corpus* procede contra la amenaza o violación, aun cuando ésta haya cesado¹⁹⁷. O, como bien señala el Tribunal Constitucional, el *hábeas corpus* innovativo “procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante”¹⁹⁸

- g) **Hábeas corpus conexo.**- Si bien es cierto, el *hábeas corpus* tradicionalmente protege el derecho a la libertad y sus distintas manifestaciones, también es cierto que la jurisprudencia y la doctrina han ampliado el ámbito de aplicación del mismo, protegiendo derechos que de manera directa o indirecta se relacionen con el derecho a la libertad. Son los llamados derechos conexos, recogidos en el segundo párrafo del artículo del Código Procesal Constitucional.

Además, nuestra declaración de derechos fundamentales se somete al *numerus apertus*, que se encuentra recogido en el artículo 3° de la Constitución que consigna lo siguiente: *la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno ya que establece que todo derecho que pueda favorecer, aunque no se encuentre estipulado en la constitución, debe ser igualmente legitimado y protegido; por lo que, ante actuaciones contra derechos constitucionales no estipulados en el artículo 2° de la Constitución Política, pero relacionados con el derecho a la libertad, procede este tipo de *hábeas corpus**¹⁹⁹.

¹⁹⁷ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Constitución y política*. Lima: Eddili. 1991, p. 148

¹⁹⁸ Exp. N.º 2663-2003-HC/TC, fundamento 6, literal a).

¹⁹⁹ PRADO CÓRDOVA, José María. *Óp. cit.*, p. 115.

- h) **Hábeas corpus instructivo.**- La principal consecuencia de este *hábeas corpus* es que permite procesar penalmente en la vía ordinaria a la autoridad, siempre y cuando, una persona haya desaparecido cuando se encontraba bajo su custodia²⁰⁰. Aquí el derecho no puede ser ni reparado, ni posible de evitar que sufra algún daño posteriormente, mucho menos de ser corregido, solo se busca responsables por la lesión del derecho protegido por el *hábeas corpus*. Un caso que se vincula con este *hábeas corpus* fue materia de pronunciamiento en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el proceso seguido por Ernesto Páez contra la República del Perú, ya que desapareció la persona de su hijo, mientras se encontraba bajo la custodia de la policía²⁰¹. Debido a la carencia de fase probatoria dentro de la tramitación del *hábeas corpus*, el juez que resuelve debe de comunicar a un fiscal la investigación de estos hechos²⁰².

De esta clasificación, podemos concluir que no todos estos tipos de *hábeas corpus* serán utilizados para tutelar la lesión del derecho a la libertad o su conexo, dentro de la investigación preliminar. Debido a que algunos tipos tienen supuestos fácticos, que son de imposible subsunción, durante la investigación preliminar, pues, es el Ministerio Público la autoridad que tiene a su cargo esta etapa.

Sería imposible que tengamos un caso de *hábeas corpus* correctivo, porque este tiene como presupuesto principal la privación de libertad justificada, y se entiende que el fiscal carece de la facultad de detención contra el investigado²⁰³.

²⁰⁰ MELÉNDEZ SÁENZ, Jorge M. *Óp. cit.*, pp. 484-486.

²⁰¹ PRADO CÓRDOVA, José María. *Óp. cit.*, p. 115. Caso *Castillo Páez*. Sentencia de 3 de Noviembre de 1977. San José de Costa Rica: mimeo, 1997, p. 23

²⁰² CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. *Óp. cit.*, p. 618.

²⁰³ Para efectos de nuestro tema de estudio, en la investigación preliminar, cualquier intervención o la realización de medios de investigación indirectos que sí requieren intervención del juez, no se consideran, puesto que nos interesa los actos de investigación directos, como objeto de *hábeas corpus*.

Concluimos que no se tratará de un solo tipo de *hábeas corpus* posible dentro de la investigación preliminar, sino de por lo menos tres: conexo, restringido y preventivo.

2.1.3. Delimitación de la pretensión procesal constitucional

La pretensión procesal constitucional es el pedido específico y concreto de que se proteja el derecho a la libertad o algún derecho conexo. Pero también de manera específica, dependiendo del tipo de *hábeas corpus* al que acudamos, la pretensión procesal constitucional contiene detalles para la plena restitución del derecho a la libertad o del derecho conexo.

En cuanto a la delimitación de la pretensión procesal del *hábeas corpus* estudiado, buscará esencialmente delimitar el objeto de protección del proceso constitucional, según las circunstancias específicas del caso con la fundamentación constitucional correspondiente.

Por ejemplo, podemos pretender retrotraer las cosas hasta antes de la lesión de nuestro derecho a la libertad ambulatoria, cuando esta ha sido restringida por la policía arbitrariamente, para cuyo caso utilizaríamos un *hábeas corpus* preventivo. O podemos solicitar el cese de actuaciones que perturban de manera constante e injustificada nuestro derecho a la libertad, con lo que estaríamos delimitando la pretensión constitucional-procesal de un *hábeas corpus* de tipo restrictivo.

2.1.4. Finalidad de los *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar

El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala *que los fines esenciales de los procesos Constitucionales son los de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos*

constitucionales. El *hábeas corpus* es una norma de procedimiento que permite acudir ante una autoridad con el fin de que proteja un derecho lesionado²⁰⁴.

Asimismo, de modo concreto, se establece que la finalidad del *hábeas corpus* es la de reponer al estado anterior a la violación del derecho a la libertad. Y en caso el daño sea irreparable, tomar las medidas necesarias para evitar una lesión en el futuro, declarando la procedencia del *hábeas corpus*²⁰⁵.

En estricto, la finalidad del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar consiste en controlar la legitimidad constitucional del procedimiento fiscal, mediante el cual se ha procedido al acopio de elementos de prueba, que permitan razonablemente la sustentación de una hipótesis sobre la configuración probable de un evento criminoso.

El control constitucional asegurará que el bien constitucional, constituido por el interés público de la persecución del delito a cargo del Ministerio Público, se ejerza sobre la base del respeto de los derechos fundamentales de la persona. De manera que el fin constitucional no podrá ser la prevalencia absoluta y excluyente de cualquiera de los dos intereses o posiciones constitucionales.

2.2. Postura sobre la improcedencia del hábeas contra actos de investigación preliminar

Esta posición considera que la naturaleza de la función requirente o postulatoria del Ministerio Público, radica en la capacidad de promover la acción penal con la finalidad de que el órgano jurisdiccional proceda a la apertura de instrucción.

Se busca justificar la improcedencia de la demanda constitucional de *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar porque el Ministerio Público carecería de capacidad resolutive del conflicto penal, fuente de donde se

²⁰⁴ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Óp. cit.*, p. 104. Para quien el *hábeas corpus* sirve para defender “algo” que él mismo no ha establecido y creado; de ahí que los ingleses lo llamen “remedio”, es decir, constituye medio para restablecer algo.

²⁰⁵ Artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

derivarían los actos vulneradores de los derechos fundamentales. Es decir, se asume que con el auto apertorio del proceso penal, vale decir, desde el inicio de la jurisdicción común, recién se abriría la posibilidad de la intervención de la jurisdicción constitucional. No antes, toda vez que la actividad fiscal corresponde a la etapa prejurisdiccional del proceso penal.

La crítica contra esta postura radica en la perspectiva *a priori e in abstracto* asumida, que descarta cualquier posibilidad de vulneración de derechos constitucionales durante la configuración de actos de investigación. La radicalidad de dicha postura impide cualquier matización o problematización al respecto.

La absurda consecuencia de esta postura reside en la configuración de un espacio orgánico-funcional de la actividad administrativa en el que se encontraría proscrito el control constitucional, desconociendo la obligatoriedad del control constitucional, que se extiende a todas las actividades, funciones, órganos y entidades del Estado.

2.3. Postura a favor de la procedencia del hábeas corpus contra actos de investigación preliminar

La procedencia del hábeas corpus contra actos de investigación preliminar se sustenta sobre los siguientes fundamentos:

2.3.1. Imposibilidad de sustracción del control constitucional

Las actuaciones del Ministerio Público durante la investigación preliminar (esto incluye a la labor policial) se constituyen en objeto de control constitucional, mediante la garantía del *hábeas corpus*, debido a que el Ministerio Público es el organismo creado mediante mandato constitucional para conducir la investigación preliminar²⁰⁶.

²⁰⁶ Artículos 158°, 159° y 160° de la Constitución Política.

No solo tiene origen constitucional sino que se le ha encomendado la tarea de proteger principios que la Constitución reconoce²⁰⁷. El Ministerio Público se encuentra en la obligación de respetar todos los derechos que se consagran en la Constitución, y además, someter sus actuaciones funcionales bajo las garantías constitucionales estatuidas constitucionalmente.

El principio de la defensa de la legalidad, que le asigna la Máxima Norma, convierte al fiscal en doblemente garante de los derechos humanos, pues se encuentra obligado especialmente por el artículo 158° inciso 1°, y en general, porque siendo parte de la estructura unitaria denominada Estado, por disposición del artículo 44° de la Constitución, garantiza la vigencia de los derechos humanos.

Según el principio de primacía de la Constitución, la finalidad de los procesos constitucionales, implica asumir la Constitución como norma jurídica fundamental, por encima de todas las demás normas²⁰⁸. Este principio significa que el orden jurídico y político del Estado se encuentra estructurado sobre la base del imperio de la Constitución, y obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados²⁰⁹.

Por tal razón, si existen decisiones o acciones que, supuestamente amparadas en ley, vulneren derechos fundamentales dentro del procedimiento de investigación preliminar, serán objeto de alguna acción constitucional, gracias a estos principios, que defienden la supremacía de la ley fundamental por encima de cualquier otra norma de rango inferior.

²⁰⁷ BRAMONT ARIAS, Luis A. *El Ministerio Público*, Lima: SP. Editores, 1984, p. 88. El autor sostiene que la razón de ser y el origen del Ministerio Público, se hallan en la necesidad de que el individuo y la colectividad cuenten con una real y efectiva protección de sus derechos, contra las arbitrariedades que pueden provenir del poder público o privado.

²⁰⁸ Ver: Constitución Política del Perú, artículo 51°.- Supremacía de la Constitución
La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

²⁰⁹ RIVERA SANTIBÁÑEZ, José A. *Supremacía Constitucional y sistema de Control Constitucional*. En *Derecho Procesal Constitucional*. T. I. Segunda Edición. Susana Castañeda Otsu (coord.). Lima: Juristas Editores, 2004, p. 49.

Por todo lo antes mencionado, resulta claro que las actividades desarrolladas por el fiscal que realiza dentro del cumplimiento de sus funciones, no pueden escaparse al control constitucional. Y es que como se mencionara líneas arriba, la expansión de los derechos fundamentales requiere que los mecanismos de tutela también se expandan con ellos, llegando a todo espacio de actividades que se desarrollen dentro de los denominados Estados Constitucionales. Haciendo nuestras las palabras de KELSEN, citado por FERRAJOLI, para quien un modelo Constitucional deberá de tener las debidas garantías, pues “Constitución que carece de la garantía de la anulación de los actos inconstitucionales –escribe KELSEN–, no es, en sentido técnico, completamente obligatoria”²¹⁰

Por otra parte, la realidad, como fuente real de derecho, nos permite constatar la necesidad de proteger los derechos frente a una lesión durante la investigación preliminar. Pues, como demostraremos más adelante, es posible lesionar los derechos que protege el *habeas corpus* mediante las acciones o decisiones realizadas durante la investigación preliminar por el fiscal o por la policía. Es así que pretender que los actos de investigación, al estar amparados en las normas legales, no podrían significar lesión alguna del derecho, es negar la complejidad de la realidad y su dinámica, donde siempre está latente (y muchas veces se materializa) la lesión del derecho a la libertad y derechos conexos²¹¹.

En términos de aplicación más estrictos, el artículo 200 inc. 1° de la Constitución Política del Estado, establece la procedencia del *habeas corpus* contra cualquier autoridad, funcionario o persona. No hace excepción alguna con respecto a la legitimación pasiva, de manera que esta garantía constitucional puede ser accionada contra cualquier persona común, o funcionario de cualquier sector u organismo del Estado.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 29, 2006, p. 27

²¹¹ De opinión parecida, BIDART CAMPOS, señala que aunque la Constitución no debe ser vulnerada, en realidad lo es. En tal situación sólo queda la necesidad de recuperar la supremacía ultrajada por la inconstitucionalidad de ese acto vulnerador. En BIDART CAMPOS, Germán J. *La Interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Argentina: Ediar, 1987, p. 118.

Las razones empíricas de esta consideración se deben a que potencialmente todos están en la posibilidad de restringir o lesionar el derecho a la libertad de manera concreta. Y mucho más el Ministerio Público, pues este se encuentra premunido de ciertas facultades que la ley le otorga, que constituye un área fértil para una posible vulneración de los derechos mencionados, debido a la naturaleza misma de la investigación. En tal sentido, TIEDEMANN, afirma que “[...] el momento decisivo para la intervención de derechos humanos específicos al proceso tiene que ser, de manera general, el inicio del proceso penal”²¹²

Para finalizar, históricamente, el *hábeas corpus* nace para restringir el abuso del poder de las autoridades estatales, por lo que a estas alturas del desarrollo de las sociedades resultaría paradójico que se pretenda sustraer de este control las actuaciones del Ministerio Público. En vista de que la tendencia ha sido de expansión del *hábeas corpus*, y no una reducción de su ámbito de cobertura.

Hasta este punto, tenemos que la postura a favor de la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar se fundamenta en nuestro diseño constitucional orgánico-político, por el origen y funciones del Ministerio Público. En esta línea de pensamiento, nuestro diseño constitucional contralor, a través de la efectividad de los derechos fundamentales, garantizados por las acciones constitucionales –entre las que se encuentra el *hábeas corpus*–, se constituyen en límites sustantivos al poder político, sin excepción normativa en cuanto a la legitimidad pasiva. Con ello, no existe persona, sector o institución que pueda ser abstraídos del control constitucional, por lo que los actos del Ministerio Público vulneradores de derechos constitucionales, constituyen materia perfectamente asumible por la garantía constitucional en análisis²¹³.

²¹² TIEDEMANN, Klaus. *Óp. cit.*, pp.207-208

²¹³ VIGO CEVALLOS, Hermilio. *Hábeas Corpus*. Segunda edición, Lima: Idemsa, 2002., p. 208. Para el autor, si bien es cierto el Hábeas Corpus procede contra todo tipo de personas, encuentra que éste sería improcedente si se encontrará en los siguientes supuestos: a) se trate de persona jurídica, b) se trate de un menor de edad el que agrede, o una persona sin la capacidad de hacerse responsable de sus actos, c) autoridades o funcionarios que estén obrando de acuerdo a Ley (siempre que no terminen cometiendo abusos) y d) particulares que violan o amenazan derechos individuales en defensa propia o de otras personas, o de los derechos de éstas, siempre que no hayan sido provocados, haya peligro inminente y que los medios de defensa sean los apropiados. (p. 210)

2.3.2. Estado de Derecho

El Estado de Derecho se sustenta sobre la base de la estructuración, división y funcionamiento de los órganos estatales, debidamente limitados por la estricta vigencia de los derechos constitucionales. En esta perspectiva el Ministerio Público, por mandato constitucional, sustenta parte esencial de su racionalidad en la función investigadora para sistematizar un conjunto de elementos de prueba debidamente recogidos, actuados y razonados, que permitan denunciar ante el Poder Judicial la realización de un hecho presuntamente delictivo en el marco del respeto de los derechos fundamentales de la persona.

El Estado de Derecho es la primera forma de Estado moderno que hará su aparición, producto de la Revolución Francesa y el triunfo de la ideología liberal, cuyas características generales²¹⁴ son las siguientes:

- a) Imperio de la Ley.- Es decir, que la ley deberá de primar por encima de todo capricho personal. De esta manera, se pretende evitar la arbitrariedad de parte de las autoridades, y la incertidumbre sobre lo correcto o incorrecto por parte de los gobernados. El imperio de ley establece que no hay más autoridad que la Ley, y todos se someten a ella y lo que establece.
- b) División de poderes.- Para evitar el absolutismo, que vendría a ser la concentración de todo el poder en una sola persona o una institución, la división de poderes garantiza un equilibrio que les permita un control mutuo, evitando de esa manera los abusos por parte de la autoridad, y propiciando un mejor desempeño en el cumplimiento de sus tareas.
- c) Legalidad en la administración de justicia.- La justicia parte del conocimiento entre lo que está permitido y lo que está prohibido por parte de los ciudadanos Esta función deberá de cumplir el derecho: dar a conocer lo que está permitido o prohibido. Además de

²¹⁴ DÍAZ, Elías. *Óp. cit.*, p. 44.

establecer las consecuencias de los actos que incumplan los mandatos judiciales, evitando de esta manera la libertad para decidir qué es permitido y qué es prohibido por parte del Juez, y proscribir la desproporción o arbitrariedad, al momento de dictar las consecuencias sobre el incumplimiento de tales mandatos.

- d) Derechos y libertades fundamentales.- Garantía jurídico-formal y efectiva realización material. Un Estado de Derecho parte de la idea de limitación a la autoridad; y la mejor manera de establecer ello es fijando núcleos invulnerables (vulneración injustificada se entiende) que permitan al ciudadano cumplir sus fines, y a su vez restringir el ámbito de actuación del Estado. Para ello, no es suficiente con la mera declaración de los derechos, sino que además es necesaria la implementación de mecanismos que permitan garantizar la efectiva realización material, así como acudir en su salvaguarda en caso de vulneración.

Nuestro esfuerzo busca la realización de este Estado de Derecho, directamente vinculado más con la cuarta característica, porque pretendemos que se brinden o refuercen mecanismos que garanticen la efectiva materialización del derecho a la libertad y derechos conexos dentro de la fase prejudicial llamada investigación preliminar.

2.3.3. Defensa de la legalidad

El mandato constitucional en el inciso 1° del artículo 158° de nuestra Constitución señala que la función del Ministerio Público es la de promotor de la acción judicial *en defensa de la legalidad*, artículo que fue desarrollado en el Decreto Legislativo N° 052 o Ley Orgánica del Ministerio Público, que regula el funcionamiento de este órgano, señalando que el Ministerio Público tiene *como función principal la defensa de la legalidad*.

RICARDO GUASTTINI, para quien, originalmente, hablar del principio de legalidad era hacer referencia a la sujeción a la ley por parte de los jueces, quienes eran una especie de “bocas de la ley.” Pero esta visión ha sido dejada de lado, y ha dado paso a una legalidad ampliada a todos los poderes del Estado, ya no solamente a los jueces, sino que inclusive a los legisladores, sobre la base que la ley no sólo es un elemento formal, sino que contiene dentro de sí estructuras valorativas²¹⁵.

Sin embargo, el autor sostiene que “la vieja definición de legalidad significa conformidad a la ley. Se llama “principio de legalidad” aquel en virtud del cual “los poderes públicos están sujetos a la ley”, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la ley”²¹⁶. Ello no permite observar el contenido ético valorativo de lo que deberá entenderse por ley, pues en esta encontramos un contenido formal, uno material y otro político. Este último contenido está vinculado directamente a los principios constitucionales que se ven reflejados en los derechos humanos. Por lo que desde esta perspectiva, la legalidad no sólo es conforme a la ley, negando cualquier oposición a la misma de parte de los derechos, sino que los derechos deberán de prevalecer sobre la ley misma. Configurando solo así la vigencia del Estado Constitucional²¹⁷.

Esta visión se ve reflejada dentro de nuestro ordenamiento jurídico debido a la protección de los intereses públicos, y la defensa de los derechos del individuo, como sustento basilar del Ministerio Público, reafirmando que el Ministerio Público se encuentra al servicio de la Constitución Política, y cada actuación, también debe someterse a la Constitución, y los valores inherentes a ella. Por lo que dentro del desenvolvimiento de sus funciones se hace indispensable un control constitucional, vía *hábeas corpus* contra una eventual actuación

²¹⁵ GUASTTINI, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell, con la colaboración de Karla Pérez Portilla, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y UNAM, 2001, pp. 117 y ss.

²¹⁶ *Ídem*, p.117.

²¹⁷ *Ídem*, pp. 120-121.

ilegítima, no sólo durante el proceso formal, sino incluyendo la investigación preliminar, como parte material del proceso²¹⁸.

Se trata de funciones que se implican mutuamente (protección del interés público de la persecución del delito, y protección de los derechos fundamentales constitucionalizados), por lo tanto no se excluyen una de la otra en su materialización, toda vez que el Ministerio Público acciona contra presuntos actos delictivos y, a la vez, garantiza la defensa de los derechos fundamentales de los investigados y no investigados.

No resultaría coherente que un órgano de origen eminentemente constitucional, y garantizador de los derechos de las personas, se sustrajera a los principios, valores e interpretación constitucionales, y menos, que vulnerase derechos fundamentales a través de sus propias actuaciones²¹⁹.

Sin embargo, ha de entenderse que la relación entre el Tribunal Constitucional, como máximo organismo garantizador de la efectividad de los derechos fundamentales, y el Ministerio Público, en su función persecutoria del delito, es altamente conflictiva²²⁰. En este contexto, no existe espacio en el que se configure mayor nivel de confrontación entre la Constitución y el Ministerio Público, que la etapa de la investigación fiscal, porque perseguir el delito implica descubrir aquello que se oculta u ocultan otros, para lo cual es necesario salvar algunos obstáculos, pero dentro del contexto de respeto a los derechos fundamentales y sus respectivas garantías constitucionales.

²¹⁸ *Cf.* TIEDEMANN, Klaus. *Óp. cit.*, pp. 207-208

²¹⁹ La Constitución cumple la función integradora, función de unidad, de legitimación y de organización del sistema jurídico. En FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Los Fundamentos del Derecho Constitucional. (Derecho, Estado y Constitución)* Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, pp. 112-113.

²²⁰ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Ministerio Público y el Proceso Penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional”. En *La Reforma del Derecho Penal y del Derecho Penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009*. Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p.222

2.3.4. Ejercicio de la función requirente

El efectivo ejercicio de la función requirente²²¹, postulatoria, o capacidad de promover la acción penal, por parte del Ministerio Público, para la obtención de una decisión jurisdiccional, sustenta la postura afirmadora de la procedencia de *hábeas corpus* estudiado. Esto por cuanto la imputación fiscal ha de cumplir un mínimo nivel de respeto a los derechos fundamentales de la persona. La exigencia constitucional del contenido de la imputación ha configurado el derecho a la imputación necesaria, con entidad propia y contenido específico. Esta exigencia Constitucional se vincula al principio de legalidad que se encuentra en artículo 2°, inciso 24, literal d): *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.*

El fiscal, quien es el encargado de ejercitar la acción penal, deberá actuar con responsabilidad al momento de formular la imputación, pues esta debe partir del principio de legalidad mismo, es decir, que el tipo que vaya a imputar se encuentre vigente. Y, además, que cumpla otros requisitos exigidos por la normatividad vigente.

Precisamente, cuando la actividad derivada de la función requirente del Ministerio Público vulnera derechos constitucionales, deviene en precedente el *hábeas corpus* contra actos de la investigación preliminar. Ello porque, aunque si bien es cierto el fiscal no decide sobre la condena, prisión preventiva o demás restricciones de la libertad²²², sin embargo, es quien solicita la intervención judicial, y pone en peligro concreto con su actuar la libertad o algún otro derecho conexo de un individuo sospechoso.

Este control constitucional resulta imprescindible en la etapa de la investigación preliminar ante la inexistencia del control jurisdiccional ordinario con respecto a los actos de investigación directos, en razón a las funciones, atribuciones y

²²¹ ANGULO ARANA, Pedro. *La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Lima: Jurista Editores, 2007, pp. 371-372

²²² Exp. N.º 06167-2005-PHC/TC. Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*.

competencias asignadas constitucionalmente al Ministerio Público. El juez, como tercero, garantiza que el fiscal no cometa excesos, cumple la función de vigilante. No es de extrañar por eso que dentro del nuevo Código Procesal Penal, se haya designado al juez de la etapa preparatoria como juez de garantías.

2.3.5. Afectación del derecho a la libertad

Nuestra Constitución Política consagra en su artículo 1° que el fin supremo de la sociedad y el Estado es la defensa de la persona humana y su dignidad. Ambos conceptos son tan amplios que engloban dentro de sí una serie de situaciones casi interminable. Esta primera y principal aspiración que irradia a la Constitución no se materializa a través de un cumplimiento automático. Requiere de otras herramientas, que le permitan salir de su esfera meramente programática. Especialmente, son los derechos económicos, educativos, judiciales, pero sobre todo de predisposición política, los que requieren mayor desarrollo programático.

Los filósofos del Estado moderno han reconocido que la persona humana y su dignidad son consustanciales con la libertad, como esferas indelimitables, haciéndose imposible hablar del uno sin el otro. Es así que el primer grito revolucionario burgués tuvo como estandarte la libertad²²³, que como concepto filosófico se relacionaba con la facultad que tenía la persona de escoger entre las opciones religiosas, políticas, filosóficas; pero que se materializaba como la facultad de poder desplazarse sin intromisiones de ningún tipo, menos las del aparato estatal, salvo las excepciones fundadas en lesión de otros derechos similares.

El derecho ampara todas las manifestaciones de la libertad, por considerarlas como principios estructuradores del ordenamiento jurídico, como exigencias del modelo de sociedad y los valores que ella defiende.

²²³ Recuérdesse la frase de los revolucionarios: “*libertad, fraternidad e igualdad*”

Dentro de esas herramientas se consideran los derechos fundamentales, que permiten el desarrollo de la persona humana, pues se entiende que es persona aquel sujeto que en primer lugar quiere y es libre y se comporta como un ser libre. No se puede hablar del hombre sin que al menos se le piense como libre y como responsable de sus actos. Por ello, la necesidad de la constitucionalización del derecho a la libertad en sus distintas manifestaciones, y por consiguiente, la constitucionalización de las medidas que permiten proteger este derecho, como el *hábeas corpus*.

Pero como ya se había manifestado, el derecho a la libertad tiene un sinnúmero de manifestaciones, ya que en cualquier momento estamos ejerciendo ese derecho. Por lo que, a efectos de controlar mejor nuestro ámbito de estudio, desde una perspectiva más específica, es necesario precisar qué derechos constitucionales relacionados con la libertad se verían afectados, con la finalidad de buscar protección en el *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar.

El legislador vio conveniente establecer un *numerus clausus* para los derechos que serían protegidos por el *hábeas corpus*, en virtud del artículo 25° del Código Procesal Constitucional, y anteriormente estuvo especificado de la misma manera en la Ley N° 23506. Según BOREA²²⁴, esta decisión buscó evitar un abuso de estos derechos por parte de los ciudadanos.

Para poder establecer mejor este desarrollo será preferible señalar primero los derechos que se ven protegidos directamente por el *hábeas corpus*, para ello acudimos al artículo 25° del Código Procesal Constitucional, que establece los supuestos de procedencia del *hábeas corpus*:

- 1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.

²²⁴ BOREA, Alberto. *Óp. cit.*, p. 158.

- 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- 3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
- 5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- 6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
- 7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
- 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- 9) El derecho a no ser detenido por deudas.

- 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.
- 12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
- 13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.
- 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.
- 15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99° de la Constitución.
- 16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.
- 17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

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

De los derechos protegidos que se acaban de señalar, es preciso observar cuáles pueden ser potencialmente vulnerados mediante actos de investigación policial. El primer supuesto es el inciso 1° que proscribe las torturas, el maltrato físico o tratos inhumanos para obtener declaraciones. Recordemos que el Ministerio Público cumple la función de recabar información para poder iniciar

el proceso formalmente. En esta primera búsqueda puede incurrir en excesos o abusos para obtener cierta información, por lo que se hace necesario el control constitucional.

De la misma manera, y muy vinculado al anterior, el Ministerio Público podría incurrir en el supuesto del inciso 2°, en vista de que podría persuadir a los investigados a que presten juramento o alentar conductas u omisiones del investigado que impliquen reconocimiento de cierto grado de culpabilidad, o la que corresponda a la de sus familiares.

El inciso 7° contiene varios supuestos, pero nos interesa enfatizar el segundo y tercero, consistentes en que la policía detiene sólo en casos de flagrante delito, y es obligación poner a disposición del juez a un detenido dentro del plazo de 24 horas, o al término de la investigación. Como podemos observar estos dos supuestos pueden perfectamente incumplirse, vulnerando el derecho a la libertad personal de los investigados.

El supuesto del inciso 13°, que proscribe la vigilancia del domicilio y la suspensión del seguimiento injustificado de una persona, se constituye en uno de los más probables dentro de la investigación preliminar. No se trata de interferir en las funciones del Ministerio público y de la Policía Nacional, sino que se deberá ordenar y efectuar vigilancias o seguimientos de manera justificada. La actuación inconstitucional no es por la vigilancia o seguimientos en sí, sino por la arbitrariedad o ausencia de toda racionalidad en tales actuaciones.

Además, antes de finalizar este punto será preciso señalar que a pesar de que el legislador buscó establecer detalladamente los supuestos en los que procedía *hábeas corpus*, estos supuestos quedaron abiertos, cuando se dice que también se protege los derechos conexos a la libertad, tal como se ha pronunciado el Tribunal Constitucional²²⁵.

²²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2663-2003-HC, fundamento 6, literal h. En donde se precisa que el *hábeas corpus* conexo se presenta en situaciones no previstas, sobre hechos que aunque no

2.3.6. Derecho al debido proceso

El derecho al debido proceso se encuentra garantizado por el inciso 3° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, y la incorporación de contenidos específicos de este derecho en casos concretos, se ha efectuado sobre la base de la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú²²⁶.

E incluso, cuando el nuevo contenido del derecho al debido proceso, es de tal entidad, como el derecho a un plazo razonable en la administración de justicia²²⁷ que adquiere autonomía, su reconocimiento se sustenta en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado, en razón a su condición de derecho constitucional implícito, cuya existencia se deriva de los principios y valores recogidos expresamente en la Constitución Política del Estado, y la normatividad internacional sobre derechos humanos a la que se encuentra obligado el Perú. Este artículo 3°, recordemos, es el que permite hablar de un *numerus apertus* en la lista de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, por lo que, si bien no hay una referencia expresa dentro de lo establecido por la Constitución, sí podemos introducir nuevos derechos fundamentales mediante la jurisprudencia, que intenta resolver las necesidades de la realidad con respecto a la “ausencia” de derechos fundamentales.

La protección del derecho al debido proceso por demanda constitucional de *habeas corpus* se encuentra establecida en el último párrafo del artículo 25° del Código Procesal Constitucional, cuando hace referencia a los derechos conexos al derecho a la libertad. El sentido de este párrafo debe de ser completado mediante jurisprudencia, como ya se explicó líneas arriba. En nuestro país, se introduciría mediante sentencia del Tribunal Constitucional que el *habeas corpus* conexo procede cuando “se presentan situaciones como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente

hacen referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda empero un grado razonable de vínculo y enlace con éste.

²²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos Fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley, 2008, p. 473.

²²⁷ *Idem*, p. 472

elegido desde que una persona es citada o detenido; o de ser obligado a prestar juramento, o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra él o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser debidamente resguardados”²²⁸

El contenido del debido proceso (en sus aspectos o vertientes material y procesal)²²⁹ a nivel de la investigación preliminar implica el contenido de todos y cada uno de los derechos, principios y valores constitucionales, que conforman el debido proceso, los mismos que han sido delineados en el presente punto. Para el Tribunal Constitucional el derecho al debido proceso “implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar dentro de un plazo razonable, etc.”²³⁰

La vulneración de cualquiera de estos derechos en la etapa de la investigación preliminar ha de tener como consecuencia directa, indubitable y unívoca, la expedición del auto de formalización de la denuncia fiscal, que no vincula al Juez, pero que constituye el único y más importante indicativo para la expedición del auto de apertura del proceso penal. Por consiguiente, el Ministerio Público no dispone la detención provisional del investigado o procesado, pero provee los insumos necesarios para expedir la resolución que dispone las medidas coercitivas correspondientes. Con ello, la actividad del Ministerio Público que no respete los fines, naturaleza y funcionamiento de la

²²⁸ Exp. N° 2663-2003-HC/TC. Fundamento 6, literal h)

²²⁹ La vertiente material está referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo. Y la vertiente formal corresponde a la defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Para mayor referencia, ver la Sentencia del TC sobre el expediente N° 06260-2005-HC, fundamento jurídico 3

²³⁰ Sentencia del TC sobre el Expediente N° 002002-AA, fundamento jurídico 3.

investigación preliminar, inobjetablemente ha de ser materia de control constitucional.

Al respecto, el autor CASTILLO ALVA²³¹, considera que el contenido mínimo de este derecho durante la investigación preliminar, está constituido por el inicio previo de la investigación preliminar, y el respeto por el derecho a ser escuchado antes de ser denunciado formalmente. A ello nosotros le añadiríamos el derecho al plazo razonable de la investigación preliminar, aspecto que no se encuentra regulado por la normatividad procesal penal.

2.3.7. Derecho a la defensa

El respeto por el derecho a ser escuchado antes de ser denunciado formalmente constituye la forma primera y más elemental del derecho a la defensa. Es decir, antes de ser escuchado por un juez, el derecho a la defensa exige ser oído por el fiscal o policía; no para rendir una declaración formal, sino la oportunidad que la parte requirente oiga por primera vez la posición del denunciado. Esto solo y exclusivamente con la finalidad de ser oído, y no de brindar declaración alguna.

Para GIMENO SENDRA, los actos de defensa en todo su despliegue, desde el inicio de la investigación hasta la conclusión del proceso, constituyen materia del *hábeas corpus*, no como resultado de una concepción liberal-individualista (propia del Estado del S. XIX) que concibe la defensa como derecho potestativo del imputado, sino como producto de la defensa pública, que responde a la concepción del Estado Social sobre el proceso penal, garantizando la defensa efectiva del procesado²³²

Aunque lo que se recoja dentro del procedimiento investigador carezca de carácter vinculante, y que posteriormente, los medios de investigación sean verificados a través de los medios de prueba, es de vital importancia prestar

²³¹ CASTILLO ALVA, José Luis. *Óp. cit.* p. 199

²³² GIMENO SENDRA, Vicente. *El proceso de Hábeas corpus*. Madrid: Tecnos, 1985, p.49

declaración dentro de la etapa preliminar, pues, se podría evitar el inicio de un proceso penal con el consiguiente menoscabo que se produce en la esfera personal tanto material como espiritual del imputado. Si bien es cierto no hay obligación de asistir a rendir declaración en esta etapa, existe la necesidad del imputado de asistir e intentar aclarar los hechos, para evitar posteriores molestias.

Además, es necesario que las citaciones a las que se es convocado como investigado, contengan la especificación de los cargos que se le imputan, de esa manera poder preparar la defensa correspondiente. Caso contrario, estamos ante un caso de indefensión, cuando se convoque al imputado a presentarse al Ministerio Público, sin que se expliquen las razones de la citación.

2.3.8. Derecho a la imputación necesaria

Este derecho ha sido desarrollado en extenso por JAMES REÁTEGUI, y constituye un aspecto relevante del derecho directamente involucrado en esta etapa de investigación preliminar²³³. Para el autor, la investigación preliminar, como parte integrante de la actividad persecutoria del delito liderada por el Ministerio Público, debe estar rodeada de determinados principios de carácter constitucional, y que su vigencia y su respeto pueden viabilizarse con el hábeas corpus²³⁴. El principio de imputación necesaria protege derechos constitucionales que han de estar presentes en la formalización de la denuncia. Estos derechos consisten en la interdicción a la arbitrariedad, legalidad y debido proceso. La imputación tiene que concretarse en las etapas iniciales del proceso penal, por lo que bien puede denominarse, dice el autor, como “derecho a obtener una resolución con imputación concreta”²³⁵. La imputación necesaria exige que la etapa inicial sea donde se realice con mayor intensidad

²³³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Hábeas corpus y Sistema Penal. Especial mención al principio de imputación necesaria en el proceso penal*. Lima: Idemsa, 2011.

²³⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Óp. cit.*, p. 19.

²³⁵ *Ídem.*, p. 39

este principio, pues sólo de esa manera se asegura una mejor protección de los derechos de defensa y la tutela de los demás derechos.

JAMES REÁTEGUI señala que este principio hace su aparición dentro del proceso regulado por el Código de Procedimientos Penales, a partir de la promulgación de la Ley N° 28117, que modificara el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales. En esta ley se amplía el texto, por cuanto se señalan de manera expresa que la instrucción sólo se abrirá, si se considera que aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que en la anterior ley no se hacía mención, además de precisar que es necesario se haga la diferencia entre autor y partícipe.²³⁶

El derecho a la imputación necesaria está conformado por una trilogía de derechos, que se deberán de tener en cuenta si es que se pretende respetar el estado de derecho constitucional: motivación de las resoluciones, legalidad de la conducta, y defensa del imputado. Para JAMES REÁTEGUI, el derecho de imputación necesaria se desprende de otro derecho, que viene a ser el derecho a la tutela procesal efectiva, de ahí que esta trilogía esté referida a derechos que se respetan en su mayoría a la luz de un proceso penal, y no tanto de derecho material.

Se entiende entonces la vinculación de este principio con la materia de este trabajo, puesto que, primero, la exigencia de este principio está concentrada en las etapas iniciales del proceso, buscando la concurrencia de los más elementales derechos para sostener una adecuada imputación fáctico-jurídica; y segundo, la vulneración del principio de la imputación necesaria, conllevaría a la vulneración del debido proceso, procediendo entonces un *hábeas corpus* de tipo conexo.

²³⁶ *Ídem.*, p. 47.

2.3.9. Derecho a la interdicción o proscripción de la arbitrariedad

La interdicción a la arbitrariedad garantiza que las decisiones del director o conductor de la investigación se encuentren sujetas a elementales parámetros de racionalidad, con la finalidad de evitar excesos, caprichos y subjetividades por parte del mismo. En el caso del Ministerio Público, este derecho le es exigible como discrecionalidad razonada, e implica necesariamente que la función estatal de persecución del delito debe compatibilizar con la vigencia de los derechos fundamentales de la persona. De allí que la formalización de la denuncia por parte del Ministerio Público debe sustentar en forma clara y precisa la descripción suficientemente detallada de los hechos presuntamente delictivos respecto a cada uno de los investigados. Además, el no respeto a la legalidad, equivale a la arbitrariedad, pues, en caso de tener como consecuencia la lesión del derecho a libertad, se configura motivo para entablar una demanda de *habeas corpus*, por cuanto la lesión tiene como base un acto arbitrario, sin justificación alguna²³⁷.

En esta direccionalidad, la exigencia del cumplimiento de los elementos y requisitos exigidos por la denuncia fiscal no sólo ha de satisfacer la literalidad de la norma procesal penal, sino el principio de legalidad, que viene a ser el segundo elemento de la imputación necesaria, estudiada por REÁTEGUI. Y consiste en la necesidad de obtener una resolución fiscal que materia y procedimentalmente, exprese una imputación concreta, específica y particular. Pues como bien señala KARL HEINZ GÖSSEL, se debe proscribir las actividades arbitrarias del Ministerio Público, mediante el establecimiento de garantías necesarias, todo ello dentro del marco del proceso penal en un Estado de Derecho²³⁸.

²³⁷ Recordemos que la lesión de los derechos fundamentales sí se puede configurar, siempre y cuando sea una decisión razonable y producto del respeto de los principios de legalidad, motivación y razonabilidad, mediante la aplicación del test de proporcionalidad. Este permite una afectación legítima del derecho fundamental, a través de los sub-principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto.

²³⁸ HEINZ GÖSSEL, Karl. *El proceso penal ante el Estado de Derecho, estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Traducción de Miguel Polaino Navarrete. Lima: Grijley. 2004, p. 46.

Hasta este punto hemos analizado nueve argumentos, sobre cuya base encontramos abundantes razones para la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar. No sólo desde la imposibilidad de sustraer cualquier persona, ente, organismo o zona del control constitucional, sino por los propios fundamentos del Estado de Derecho, protector de las libertades personales de los individuos y garantizador de la interdicción de la arbitrariedad. El Ministerio Público está obligado a respetar los derechos fundamentales y ejercer la función requirente con sujeción a la Constitución Política para garantizar el derecho a la libertad, derecho a la defensa, derecho a la imputación necesaria, y el debido proceso de los investigados.

Existe tanto contenido constitucional en juego que resultaría imposible negar la posibilidad de la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar, que nos preocupa la dicotomía o ambigüedad en que se desenvuelve el Tribunal Constitucional respecto a una temática de tanta importancia.

Sin embargo, consideramos que la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar resulta procedente en tanto no vacíe el contenido del interés público sobre la persecución del delito, ni transgreda los fines de los presuntos agraviados o víctimas.

En otras palabras, el *hábeas corpus* deberá proceder siempre y cuando se haya vulnerado un derecho fundamental durante la investigación preliminar, y que este resultado se produzca o no, a propósito de la realización de las finalidades de la investigación.

En consecuencia, sostenemos, la imprescindibilidad del análisis casuístico para el estudio de la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar a cargo del Ministerio Público. Esto contribuirá al desarrollo de una perspectiva constitucional de las instituciones materiales y procesales relativas a la investigación preliminar del delito.²³⁹

²³⁹ SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA, Camilo. “El *hábeas corpus* contra irregularidades cometidas por el Ministerio Público en el marco de la investigación preliminar”. *En Palestra del Tribunal*

De manera que, tal como se decía líneas arriba, la finalidad del proceso constitucional de *hábeas corpus* ha de ser armonizado con la naturaleza jurídica, finalidad o sentido teleológico de las instituciones materiales y procedimentales presentes en la etapa de la investigación preliminar.

Carecemos en nuestro medio de desarrollo dogmático y jurisprudencial sobre la materia. El Tribunal Constitucional ha adoptado una posición híbrida, pues por una parte ha invocado el carácter requirente o postulatorio del Ministerio Público, y ha sustentado en el carácter decisorio de la función jurisdiccional de Poder Judicial la improcedencia de las acciones de *hábeas corpus* contra el Ministerio Público en la etapa de investigación preliminar. Por otra parte, ha declarado fundados los procesos constitucionales de *hábeas corpus* sobre la base de vulneración de los derechos conformantes del derecho al debido proceso durante dicha etapa.

Esta ambigüedad de nuestro Máximo Tribunal no ha propiciado, o, en todo caso, ha convocado niveles incipientes del desarrollo de la temática²⁴⁰. Este panorama es extraño en una realidad que lamentablemente se encuentra clasificada entre los primeros lugares de afectación de derechos constitucionales, según reportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁴¹.

Por nuestra parte, estamos convencidos que la fundamentación esgrimida para la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar, satisfecerá no sólo la vigencia subjetiva de los derechos fundamentales sino

Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia, N° 3, 2006, pp.165-170; QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. “Límites a la Investigación Fiscal: A propósito de la Sentencia N° 2521-2005-PHC/TC-LIMA”. En *Palestra del Tribunal Constitucional*. Revista Mensual de Jurisprudencia, N° 3, 2006, pp., 353-357.

²⁴⁰ Los autores citados en el presente acápite son casi la totalidad de los que abordan específicamente la temática tratada.

²⁴¹ CORTE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. *Balance de los Pasivos Internos y Externos*.

De conformidad con los reportes emitidos por la Corte de San José de Costa Rica, nuestro país ocupa el primer lugar de los países de la región, por cierto lamentable, respecto de las peticiones formuladas ante dicho órgano jurisdiccional internacional por vulneraciones de derechos fundamentales. El número de peticiones formuladas en contra del Perú comprende trescientos cuarenta y nueve solicitudes, seguido de doscientos nueve solicitudes de Argentina, ciento ochenta y tres solicitudes de Colombia, y ciento treinta y tres por parte de Ecuador. Consulta: 14 de mayo de 2012. <<http://elcomercio.e3.pe/66/ima/0/0/4/4/8/448267.jpg>>

reafirmará la vigencia objetiva de los mismos, contribuyendo al fortalecimiento del Estado de Derecho.

2.4. Análisis de Casuística: Proyecciones y posibilidades de hábeas corpus contra actos de Investigación Preliminar

2.4.1. Objetivos.

Es importante analizar las potenciales situaciones dentro del procedimiento de investigación preliminar, que sustentarían fáctica y jurídicamente, la procedencia de *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar, con la finalidad de comprobar si en efecto, esta área o zona preprocesal contiene situaciones que se pueden asumir como “riesgosas”. De esta manera estaremos en condiciones de contrastar cuál ha sido hasta el momento el ámbito fáctico-jurídico que ha merecido la atención del Tribunal Constitucional, en lo que corresponde a nuestro tema de estudio.

Se trata de verificar cuán riesgosa *in concreto*, o cómo es que en la realidad se erigen las posibilidades reales, que según nuestro sistema procesal constitucional-penal, reclamarían el control constitucional dentro de la etapa preliminar del proceso penal correspondiente al antiguo sistema procesal. Resulta importante apreciar, desde supuestos fáctico-jurídicos extraídos de la realidad de investigación preliminar, hasta dónde se habría avanzado constitucionalmente sobre la temática, pues dicho contraste indicará cuánto, y por supuesto, la calidad de la intervención actual de nuestro Tribunal Constitucional, puesto que, en el primer aspecto estaremos en condiciones de verificar los supuestos que el Tribunal Constitucional no ha tratado, y en lo que respecta al segundo aspecto, podremos estimar si los supuestos acogidos reclaman la calidad de una argumentación constitucional-procesal simple o compleja.

Recuérdese que nuestra investigación estudia supuestos que no se refieren a la privación de la libertad, sino a supuestos sobre restricciones y amenazas

arbitrarias contra el derecho de la libertad personal y derechos conexos, pues trata sobre los *hábeas corpus* contra los actos directos de investigación preliminar, descartando las medidas restrictivas de derechos fundamentales y medidas cautelares. Por ello, antes de analizar los supuestos, veremos detalladamente los *hábeas corpus* conexo, restrictivo y preventivo, que son los más adecuados a los *hábeas corpus* que se presentan para defender la libertad personal (en sus formas de amenaza y restricción) durante la investigación preliminar.

2.4.2. Metodología

Primero, elaboraremos una exhaustiva constelación de casos hipotéticos que se configurarían desde el inicio hasta el final de la investigación preliminar, sobre la base de actos, situaciones, omisiones y distorsiones que signifiquen restricción o amenaza de la libertad, y derechos conexos durante la investigación preliminar (descartando las detenciones preliminares porque escapa de nuestro objeto de estudio).

En segundo lugar, estudiaremos la estructura procesal de los *hábeas corpus* que a nuestra consideración, responden mejor a la configuración fáctica de los casos hipotéticos, esto es, los tipos o perfiles estructural-procesales, denominados *hábeas corpus* conexo, restringido y preventivo, según la tipología adoptada por el Tribunal Constitucional peruano. Se añadirá algunos aportes proporcionados por la jurisprudencia argentina, española y alemana, ante supuestos semejantes o parecidos, que nos permitan construir sólidamente la procedencia de los *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar a la luz del sistema procesal antiguo.

2.4.3. *Hábeas corpus* en la etapa de investigación preliminar

2.4.3.1. *Hábeas corpus* conexo

El *hábeas corpus* conexo no se encuentra en la tipología estudiada por SAGÜES²⁴². Este *hábeas corpus* no ataca directamente la privación o restricción de la libertad, empero, guarda un grado razonable de vínculo y enlace con el derecho a la libertad. Tiene la finalidad de proteger los derechos constitucionales innominados del artículo 3° de la Constitución, siempre y cuando se encuentren entroncados con la libertad física o de locomoción²⁴³; más los derechos conexos del derecho a la libertad²⁴⁴, que a la consideración de CASTILLO CÓRDOVA son al menos los contenidos en el artículo 2° inciso 24° literales a) hasta h) de la Constitución Política²⁴⁵.

El Código Procesal Constitucional remarca en el artículo 25° último párrafo la procedencia del *hábeas corpus* conexo en especial cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio. No es que el legislador pretenda establecer diferencias en el tratamiento de determinados *hábeas corpus*, sino sólo busca dar énfasis a estos derechos, mediante el uso del término “especialmente”.

GARCÍA CAVERO, puntualiza que el *hábeas corpus* conexo requiere dos requisitos para su procedencia. En primer lugar, es necesario que se demuestre la afectación (como lesión o amenaza) del derecho constitucional y, en segundo lugar, debe probarse que este derecho constitucional tiene un grado razonable de vinculación con la libertad individual²⁴⁶.

La probanza de la afectación del derecho conexo por debido proceso, necesariamente, buscará acreditar los hechos constitutivos de la vulneración

²⁴² SAGÜES, Néstor Pedro. *Óp. cit.*

²⁴³ Sentencia recaída en el Exp. N° 2663-2010- HC/TC, fundamento 6.h

²⁴⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. “La Relación de Conexidad en los *Hábeas corpus* Conexos” En *Anuario de Derecho Penal. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p.141

²⁴⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Óp. cit.* p.605

²⁴⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Percy. *Óp. cit.* p.141

manifiesta del derecho procesal penal de carácter constitucional, integrante del debido proceso, con la finalidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad. Según el artículo 200° inciso 1° de la Constitución Política no es necesario acreditar la vulneración manifiesta del derecho a la libertad porque ambos derechos (garantizador de la libertad, y derecho a la libertad) se encaminan hacia el mismo objetivo, que es la tutela efectiva del derecho a la libertad.

En cuanto a lo segundo, este requisito consiste en la vinculación fáctica o jurídica que existe entre ambos derechos (garantizador de la libertad, y derecho a la libertad) de acuerdo al caso en particular. La vinculación o conexidad en la investigación preliminar, estriba en la efectividad del derecho procesal penal de raigambre constitucional, constitutivo del debido proceso, que garantiza las condiciones para proteger al sospechoso de una denuncia fiscal arbitraria en su contra.

Aquí lo que determina la procedencia es la vulneración del derecho conexo, que tiene entidad propia, no la privación o restricción de la libertad personal (a pesar que la efectividad de los derechos conexos garantiza la irradiación efectiva del derecho a la libertad). Esto es así pues la conexidad puede ser a nivel fáctico o jurídico-constitucional no requiere probanza sino suficiente argumentación constitucional.

En tal sentido, agrega GARCÍA CAVERO “la procedencia del hábeas corpus conexo, ante una vulneración de este derecho [debida motivación como parte del debido proceso] no requiere una directa afectación de la libertad individual, sino que basta con que se produzca una decisión judicial [puede ser también decisión fiscal] sin motivación y, por tanto, se generen las condiciones para una privación ilegítima de la libertad, aunque ésta no se haya producido o sea inminente su producción”²⁴⁷

²⁴⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. *Óp. cit.*, p. 142.

En específico, en el tratamiento del *hábeas corpus* conexo, nuestro Tribunal Constitucional exige desafortunadamente la vulneración tanto del derecho constitucional que sirve de soporte, condición o garantía del derecho a la libertad; y del derecho a la libertad como tal²⁴⁸. Posición absurda porque niega entidad propia a los derechos conexos, o en todo caso, los asume como derechos constitucionales de menor valoración, exigiendo indebidamente la vulneración de dos derechos constitucionales, con lo cual se reducen las posibilidades de procedencia de los *hábeas corpus* conexos porque no hay lesión directa contra el derecho a la libertad, pues la entidad del derecho constitucional conexo es de tal entidad, tal como asume la Constitución Política²⁴⁹, que no requiere obligatoriamente la vulneración del derecho a la libertad.

En consecuencia, resulta con mayores posibilidades, la probanza de una vulneración que la probanza de dos atentados contra los derechos constitucionales. Esta posición sería contraproducente para la concepción extensiva del *hábeas corpus*, por la que ha optado nuestra Carta Magna.

Según el artículo 200° inciso 1° la Constitución Política prescribe que el *hábeas corpus* procede ante la vulneración del derecho a la libertad o derechos conexos, de manera tal que la posición esgrimida por nuestro Tribunal Constitucional, que exige las vulneraciones tanto del derecho procesal penal como el de la libertad personal resulta inconstitucional porque al exigir la vulneración del derecho a la libertad no reconoce la entidad, la importancia y el rol de los derechos procesales penales, que se erigen en condiciones obligadas para la preservación del derecho a la libertad.

El *hábeas corpus* conexo, tal como es concebido por la Constitución Política, puede “absorber” o sustituir los *hábeas corpus* preventivo y restrictivo, toda vez que sólo bastaría probar la vulneración del derecho conexo y argüir la vinculación del derecho conexo con el derecho a la libertad personal. Esto por

²⁴⁸ Sentencia recaída en el Exp. N° 144-2008-PHC/TC del 8 de agosto de 2008

²⁴⁹ Artículo 200° inciso 1° cuando dice que el *hábeas corpus* protege el derecho de la libertad “o” el derecho conexo

cuanto el *hábeas corpus* preventivo requiere la configuración de la amenaza y el *hábeas corpus* restrictivo, la existencia de la restricción. Obviamente, la prueba del *hábeas corpus* conexo es menos exigente. En segundo lugar, el *hábeas corpus* conexo por debido proceso brinda niveles de coherencia aceptables para la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar; sin embargo, nos encontramos con la interpretación esencialmente restrictiva que ha venido efectuando el Tribunal Constitucional, lo que ha complicado el avance o reafirmación de los derechos fundamentales durante la investigación preliminar.

Según sea la configuración de la lesión constitucional, los tipos de *hábeas corpus* ofrecen esquemas procesales para contener los hechos, y esencialmente, demandar la restitución del ejercicio del derecho a la libertad o derechos conexos. La racionalidad de la tipología es la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Teóricamente, si no habría amenaza ni restricciones procede el *hábeas corpus* conexo contra actos de investigación preliminar, sobre la base de la vulneración del derecho procesal penal de carácter eminentemente constitucional. Si se ha configurado los actos de restricción contra el derecho a la libertad, procedería el *hábeas corpus* restringido. Si se encuentra configurada la amenaza, procedería el *hábeas corpus* preventivo

Por otra parte, encontramos afinidades entre el *hábeas corpus* conexo con los *hábeas corpus* preventivo y restringido. Pues, para satisfacer la restitución del derecho procesal penal en su calidad de condición constitucional de la efectividad del derecho a la libertad, es necesario, eliminar la amenaza y la restricción, efectos fácticos que ha desencadenado el atentado contra el derecho procesal penal. En consecuencia, la sentencia del *hábeas corpus* conexo contendrá mandatos implícitos para destruir la amenaza y la restricción, que no se corresponden formalmente con la finalidad del *hábeas corpus* conexo, sino materialmente con los efectos jurídicos de las sentencias correspondientes a los *hábeas corpus* preventivo y restringido.

Teniendo en cuenta el ámbito restrictivo de protección de los derechos constitucionales conexos con el derecho a la libertad, durante la investigación preliminar, por parte del Máximo Intérprete de la Constitución, la realidad impone la utilización del *hábeas corpus* restringido y preventivo, en tanto instalemos en la praxis judicial el *hábeas corpus* conexo, como instrumento procesal constitucional adecuado para la defensa de los derechos fundamentales durante la investigación preliminar.

El *hábeas corpus* conexo tiene importancia doctrinaria porque explica coherentemente la estructuración y dinámica de la vulneración de los derechos constitucionales conformantes del debido proceso, y que aseguran la efectividad del derecho a la libertad, a diferencia de los *hábeas corpus* preventivo y restringido, cuya estructuración más se sustenta en los efectos de la vulneración del derecho a la libertad que en el origen, estructuración y dinámica de los derechos constitucionales-procesales involucrados en el caso.

2.4.3.2. *Hábeas corpus* restringido

Con respecto a la restricción de la libertad como fundamento del *hábeas corpus* restringido, busca hacer cesar perturbaciones y restricciones de la libertad provenientes de autoridades públicas o particulares.

No estamos de acuerdo con SAGÜES cuando considera que las restricciones son lesiones menores causadas arbitrariamente contra el derecho a la libertad personal, originando una especie de *hábeas corpus* de menor cuantía²⁵⁰. La sustentación de nuestra posición estriba en que tanto la privación de la libertad como la restricción son vulneraciones contra del derecho a la libertad personal. La lesividad de naturaleza constitucional no tiene niveles porque no existe jerarquía de los derechos fundamentales, ni graduación del atentado contra los derechos constitucionales. Por consiguiente, tanto la amenaza como la restricción contra el derecho de la libertad personal, importan atentados reales, tanto como la privación de la libertad personal.

²⁵⁰ SAGÜES, Néstor Pedro. *Óp. cit.*, p.207

La prueba en el *hábeas corpus* restringido radicará en el hostigamiento, molestia, restricción de la libertad personal contra el investigado. Especialmente, sostiene HERNÁNDEZ VALLE, se recurrirá a la prueba testimonial, con la finalidad que el juez constitucional expida una orden de prevención o “warrant” a la autoridad demandada para que se abstenga de seguir perturbando o restringiendo ilegítimamente la libertad personal del demandante²⁵¹

Trasladando nuestro análisis a la etapa de investigación preliminar, advertimos una suerte de vínculo entre el *hábeas corpus* preventivo y el *hábeas corpus* restringido durante la etapa de investigación preliminar. Pues la amenaza que ha de sustentar el primero no es para prevenir la privación de la libertad, sino para prevenir la restricción de la libertad, por ejemplo, el caso de reiteradas notificaciones fiscales o policiales al investigado para que se presente ante las instalaciones respectivas.

La segunda afinidad que encontramos entre ambas demandas sobre *hábeas corpus* es que se podrá independiente y sucesivamente, interponer primero lógicamente, el *hábeas corpus* contra la amenaza de la restricción de la libertad personal buscando dos objetivos: evitar las restricciones de la libertad, y desaparecer la amenaza. Luego, podrá interponerse el *hábeas corpus* contra la restricción del derecho a la libertad con la finalidad de retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración de la libertad personal en su forma de restricciones.

Apreciamos que no ha de retrotraerse las cosas al estado de la amenaza, porque el *hábeas corpus* en cualquiera de sus tipos busca el estado del pleno disfrute de su derecho a la libertad personal. En consecuencia, la sentencia de este *hábeas corpus* deberá ordenar con precisión hasta donde alcanza retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración en forma de restricción del derecho a la libertad.

²⁵¹ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Lima: Juristas Editores, 2006, p.292

Una tercera afinidad es la que anota LANDA ARROYO, cuando plantea que el *hábeas corpus* restringido se encuentra conexo con el *hábeas corpus* preventivo, así en este orden cronológico, debido a que el *hábeas corpus* restringido busca el cese de la afectación continua (acto de restricción de la libertad personal) en tanto estas restricciones podrían conducir a la vulneración efectiva o amenaza de la libertad personal²⁵². Es decir, se interpone el *hábeas corpus* restringido porque las restricciones pueden conducir hacia una vulneración “totalizadora” o hacia una amenaza contra la privación, o nueva forma de restricción del derecho a la libertad o derechos conexos.

En conclusión ambos *hábeas corpus* se interrelacionan intensamente, y pueden ser promovidos de acuerdo al caso particular, según criterio cronológico o lógico, de acuerdo a la circunstancias configurativas del caso particular.

2.4.3.3. *Hábeas corpus* preventivo

Con respecto al *hábeas corpus* preventivo, SAGÜES, argumenta a su favor, sosteniendo que este tipo de *hábeas corpus* tiene raigambre constitucional, toda vez que carecería de sentido esperar la vulneración del derecho constitucional, cuando es posible evitar mediante la prevención la lesión constitucional, en razón a la existencia de indicios concluyentes de la privación de la libertad²⁵³. En efecto, consideramos que esta posición se sustenta en sólidas razones, pues se encuentra en la línea constitucional de fortalecer la expansión de los mecanismos de protección procesal constitucional, como contrapeso, frente a la expansión del derecho del enemigo. O, en palabras de FERRAJOLI²⁵⁴, tenemos que “Así como la función utilitaria y garantista del derecho penal es la minimización de la violencia, tanto privada como pública, la

²⁵² LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Tercera edición, Lima: Palestra, 2007, p.204

²⁵³ SAGÜES, Néstor Pedro. *Óp. cit.* pp.225-227

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Quinta edición, Madrid: Trotta, 2001, p.931.

función garantista del derecho en general consiste en la *minimización del poder*²⁵⁵.

Con respecto a la amenaza, y desde la perspectiva de su efectividad, sostiene CASTILLO CÓRDOVA, “a efectos de ser considerada como una agresión a un derecho fundamental, nada diferencia una amenaza de una violación efectiva”.

Es decir, la amenaza y la vulneración efectiva son fácticamente distintas, pero ambas situaciones son agresiones contra derechos constitucionales. Aún cuando la vulneración efectiva de un derecho constitucional no sea precedida necesariamente de la configuración de una amenaza, es esencial distinguir la entidad de ambas agresiones.

El *hábeas corpus* preventivo puede operar, según SAGÜES en el *hábeas corpus* principal, que busca prevenir un arresto; en el *hábeas corpus* restringido, resultando el *hábeas corpus* que está destinado a evitar el riesgo de sufrir restricciones arbitrarias al derecho a la libertad personal, o en el *hábeas corpus* correctivo, cuya finalidad consiste en evitar las condiciones fácticas arbitrarias, que atenten contra la integridad de una persona privada legalmente de su derecho a la libertad²⁵⁶.

En cuanto a nuestro trabajo académico, será el *hábeas corpus* preventivo en el sub-tipo de restringido, uno de los aplicables en la etapa de investigación preliminar, toda vez que nuestro estudio trata sobre los *hábeas corpus* contra los actos directos de investigación preliminar, descartando las medidas restrictivas de derechos fundamentales y medidas cautelares. Es decir, nos interesa analizar el *hábeas corpus* preventivo que busca evitar la restricción al derecho a la libertad personal del investigado, o simplemente *hábeas corpus* preventivo por restricción del derecho a la libertad de la persona.

Desde la perspectiva procesal-constitucional, consideramos que no se configurarían dificultades para la probanza de las vulneraciones efectivas de

²⁵⁵ El resaltado en cursiva es nuestro.

²⁵⁶ SAGÜES, Néstor Pedro. *Óp. cit.* 227-228

los derechos fundamentales, a diferencia de la amenaza, porque ésta requeriría más o mejores elementos de prueba, mayor sustentación de la demanda constitucional, y más nivel argumentativo de la sentencia o de la resolución que dé por concluidos los autos del proceso sobre *hábeas corpus*.

Entonces son tres los elementos procesales constitucionales que caracterizan el *hábeas corpus* preventivo. En cuanto a los elementos de prueba, tenemos la intensa limitación probatoria del *hábeas corpus*. Es cierto que el artículo 9° del Código Procesal Constitucional habla de la ausencia la etapa probatoria, pero al mismo tiempo, como tratamiento de excepción, precisa que son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, y los que el juez considere necesarios.

No existe etapa probatoria formal, pero indiscutiblemente hemos de contar con pruebas sobre la configuración manifiesta de la vulneración o amenaza del derecho a la libertad en sus formas de privación o restricciones. De manera tal que realmente en los procesos constitucionales, se constata un mínimo ofrecimiento, actuación inmediata, y adecuada valoración de los medios probatorios. Se trata de una marcada limitación probatoria para el ofrecimiento y actuación de los medios probatorios, en razón a la naturaleza sumarísima del proceso constitucional, pues la gravedad de los hechos demandados no admite dilaciones procesales.

El término “manifiesto” deriva del latín *manifestus*, que según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española²⁵⁷, significa “claro, patente”. Más específicamente, la exigencia de una afectación manifiesta contra el derecho a la libertad y derechos conexos, significa que los medios probatorios deberán probar meridiana, contundente o indubitadamente la vulneración del derecho a la libertad. Vale decir, y así dice expresamente el artículo anotado, que se descartan los medios probatorios que requieran actuación. Lo que quiere decir dicho artículo no es que estén proscritos los medios probatorios que requieran actuación, sino que son prohibidos los medios probatorios de

²⁵⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición.

actuación mediata. Caso contrario, sería imposible verificar la vulneración si no contaríamos con la actuación probatoria. Lo que el legislador busca es privilegiar la naturaleza urgente de la tutela constitucional.

Es así que el juez de la causa podrá actuar medios probatorios de oficio, que obviamente requieren actuación mediata, caso contrario, estarían en el expediente y no sería necesario ordenar su actuación. Sin embargo, el juez tiene dos limitaciones en la actuación probatoria de oficio, la primera, que sea indispensable; la segunda, que no retrase el proceso.

En conclusión, formalmente no tenemos etapa probatoria en el *hábeas corpus*, pero exigimos medios de pruebas sumamente calificados, y en caso de duda, el juez sobre la base de los principios *pro hominis* y *pro libertatis*, ordenará la actuación de medios probatorios inmediatos o mediatos, estos últimos cuando lo considere indispensable.

La indispensabilidad significa, en estos casos, la procedencia de la relación comparativa entre los diferentes medios para alcanzar la finalidad del proceso. Es decir, no hay otro medio menos gravoso que ordenar de oficio dicha actuación, para garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. De manera que no existe otra forma para la judicatura constitucional, que en caso de duda sobre la actuación de medios probatorios (parte determinante de la continuación del proceso constitucional sobre la base de lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que aplicar el principio de "*favorum procesum*" ordenando la actuación mediata o inmediata del medio probatorio.

Consideramos que la probanza constitucional de la privación de la libertad no demandaría mayores exigencias probatorias que las que corresponde al supuesto de amenaza. No hay más que discutir fácticamente con respecto a la privación de la libertad. Habría que sustentar la ilegitimidad constitucional de la privación de la libertad y derechos conexos para completar la sustentación fáctico-jurídica.

En contraste, la amenaza del derecho a la libertad sí demandaría mayores exigencias probatorias conducentes a verificar “que los actos arbitrarios e ilegítimos que conforman una amenaza deben ser *manifiestos*”²⁵⁸ ²⁵⁹. Se trata de probar los contenidos o elementos objetivos de la agresión en forma de amenaza. Es difícil porque se requiere mayor argumentación probatoria con la finalidad de constatar la configuración objetiva de la amenaza.

En consecuencia, consideramos que en estos casos la intervención del juez para ordenar actuaciones probatorias ha de contemplar las especiales exigencias de estos tipos de *hábeas corpus*. Consideramos que ha de predominar el principio de socialización procesal, en perspectiva de una relación procesal que no perjudique a la parte que no se encuentra en reales e igualitarias condiciones socio-económicas para litigar, máxime cuando se encuentra en entredicho la efectividad de un derecho fundamental de la persona. Se trataría *in concreto* de una actuación del juez a nivel de medios probatorios, en tanto no implique proteger a la parte demandante que ostenta defensa onerosa, pero estrategia probatoria deficiente o inadecuada.

Continuando con las especiales exigencias probatorias que sustentan los supuestos de amenaza de restricción del derecho a la libertad, en la línea de la aplicación de los principios *pro homini*, *pro libertatis* y socialización del proceso, consideramos que el juez podría tratar de equilibrar las necesidades procesales especiales de este tipo de *hábeas corpus*, mediante la actuación de oficio que permita precisar objetivamente la amenaza y la restricción. Se trata de elementos probatorios que no han estado al alcance del demandante, pero que se encuentran en alguna comisaría, fiscalía u otro lugar.

Con la finalidad de neutralizar cualquier posibilidad de dilación del proceso constitucional, la actuación de medios probatorios de oficio se hará sin notificación previa a las partes procesales, de conformidad con el artículo 9° en concordancia con el artículo 14° del Código Procesal Constitucional. Esto no impide que las partes procesales tengan posterior conocimiento de las

²⁵⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Óp. cit.*, p.184

²⁵⁹ El resaltado en cursivas es nuestro

actuaciones de oficio, antes de expedir sentencia, sin embargo, será inmediatamente después de la actuación porque, el juez tiene un día natural de plazo, con respecto a la diligencia ordenada para dictar sentencia, de conformidad a la interpretación analógica que se hace del artículo 31° del Código Procesal Constitucional, pues el plazo concedido para la expedición de la sentencia, por este dispositivo es con respecto a la constatación en el lugar de los hechos o citación del ejecutor de la vulneración del derecho para que explique los motivos de la agresión; de manera tal que las actuaciones de oficio para la probanza de la demanda deberán ser las últimas actuaciones judiciales, y en el plazo de un día natural de concluidas tales diligencias, emitir improrrogablemente la sentencia correspondiente.

Con respecto a la sustentación de la demanda, no solo deberá ser manifiesta la vulneración del derecho a la libertad, como prueba irrefutable o incontrastable, sino también deberá sustentar constitucionalmente los elementos objetivos y subjetivos de la amenaza y el peligro. La debida sustentación exige por la naturaleza del proceso constitucional, que la demanda sea tan consistente como precisa, también en cuanto a los medios probatorios que han sido de imposible obtención para el demandante con la finalidad que el juez, evalúe si son indispensables, y no se atente contra la celeridad del proceso constitucional, y proceder a la actuación de oficio de tales medios probatorios.

En cuanto a la sentencia, es importante enfatizar que requiere mayores esfuerzos argumentativos que la sentencia que contenga pronunciamiento sobre la privación de la libertad, toda vez habíamos planteado, que la privación por tener una entidad más contundente o “efectiva”, pues está conformada por hechos “manifiestos”, que casi releva de argumentación constitucional-procesal que persuade sobre la ilegitimidad constitucional. La temática estudiada requerirá al juez el manejo de conceptos constitucionales y procesales más cuidadoso y específico. Será necesario contar con los elementos doctrinarios, jurisprudencia de tribunales internacionales a los que nos encontramos obligados o vinculados por mandato del artículo 56° y Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política del Estado.

El razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional para la procedencia del *hábeas corpus* preventivo contra actos de investigación preliminar se sustenta sobre la base de vulneraciones contundentes de la interdicción a la arbitrariedad, y *ne bis in idem*, que ponen en peligro el derecho a la libertad del accionante²⁶⁰. No dice más, no hay razonamiento respecto a si es amenaza, de la restricción o privación efectiva de la libertad. En cualquiera de los supuestos de amenaza o privación, las razones sobre la procedencia del *hábeas corpus* son diferentes.

Somos del criterio de que en la etapa de investigación preliminar, la actuación del fiscal es mucho más probable que configure más actos restrictivos que actos privativos de la libertad. En el caso específico, hubiese resultado importante que nuestro Tribunal Constitucional esgrimiera razones al respecto, sin embargo, desperdició la oportunidad de aclarar la temática.

Consideramos que en efecto, es procedente el *hábeas corpus* preventivo sobre la base del peligro que dimana de la amenaza sobre la restricción de la libertad personal (consistente en reiteradas y numerosas citaciones policiales o fiscales infundadas y arbitrarias) con la finalidad de que el investigado proporcione su declaración, lo que *efectivamente* causaría, sería peligro para el despliegue o desarrollo pleno de su derecho a la libertad personal. Negamos que estemos en caso de amenaza de vulneración efectiva de la privación de la libertad personal, sino más bien nos encontramos ante supuestos de amenaza de restricciones de la libertad personal, toda vez que es menos probable la afectación de la libertad en su forma de privación durante la investigación preliminar, debido a la naturaleza excepcional de la detención preliminar.

En conclusión, nuestro Tribunal Constitucional se ha inclinado por la interpretación restringida de los tres tipos de los *hábeas corpus* estudiados. En cuanto a la amenaza, restricción y vulneración de las condiciones constitucionales que garantizan el derecho a la libertad individual, no ha

²⁶⁰ Sentencia emitida en el Exp. 2725-2008 el 22 de noviembre de 2008

apostado al despliegue o expansión de éste, contrariando la configuración contemporánea del *hábeas corpus*.

Consideramos que mediante estos tres tipos de *hábeas corpus*, se podrá evaluar la madurez doctrinaria de nuestro Máximo Tribunal porque una temática tan especial como la estudiada exige una respuesta sobre la base de una especial argumentación. Una sociedad que apuesta claramente por las condiciones que resguardan el derecho a la libertad, sin restricciones y amenazas, le corresponderá un Tribunal Constitucional preocupado por todas las formas de vulneración de los derechos constitucionales. El nuestro inició el complejo camino, sin embargo, es hora de evaluar la consistencia y coherencia de la efectividad de los derechos fundamentales durante la investigación preliminar, y por ende, el valor objetivo de la vigencia de nuestra Carta Magna al respecto.

Somos conscientes que una posición a ultranza de nuestra posición, podría ser asumida como lo que GÓMEZ COLOMER²⁶¹ denomina hipergarantismo, empero mediante el análisis correspondiente, estaremos en condiciones de rechazar esta presunta asunción, sobre la base del análisis del camino que hasta el momento nuestro Tribunal Constitucional ha recorrido en cuanto a nuestra temática de estudio, y en perspectiva, cuánto podría faltar recorrer para cumplir con un mínimo estándar internacional sobre el respeto de los derechos de los investigados.

2.4.4. Análisis de los supuestos

En cuanto al punto primero, los supuestos fácticos que se configuran como posibles vulneraciones del derecho a la libertad o derechos conexos están dados por actos, situaciones, omisiones, distorsiones que implicarían amenaza o restricción de la libertad o derechos conexos durante la investigación preliminar.

²⁶¹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “Garantías Constitucionales en el Enjuiciamiento Criminal Peruano” en *Anuario del Proceso Penal Peruano*. Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 101-128

La enumeración que se efectúa es sobre la base de los más importantes actos inherentes a la etapa de la investigación preliminar. Se trata de 37 actos o acciones, llevados a cabo por el fiscal o la policía, que, al no respetar derechos fundamentales, podrían tornarse en actos inconstitucionales,

De seguro que existen posibilidades de ampliar la lista, en razón a una interpretación analógica de la libertad probatoria, perfectamente aplicable a los medios de investigación. Al respecto, GÓMEZ COLOMER, postula que “Deben admitirse, aunque este precepto [el artículo 24.2 de la Constitución española] se refiera a la prueba, todos los medios de investigación que la mente humana considere como tales, estén regulados o no específicamente por la Ley”²⁶².

SAN MARTÍN CASTRO, concordando con GÓMEZ COLOMER, estima que es posible un medio probatorio no reglamentado, sin embargo, la libertad probatoria no equivale a libertad de procedimiento²⁶³.

La focalización de tales situaciones u omisiones será desde la decisión fiscal sobre el inicio de la investigación, pasando por la *ubicación* de las fuentes de prueba que permitan la elaboración razonable de la hipótesis de un autor que habría cometido un determinado delito, la *disposición* de los actos de investigación, la *actuación* propiamente dicha, la *valoración* de tales fuentes de prueba, hasta la *decisión* sobre archivar o denunciar; con la finalidad de analizar la afectación del derecho a la libertad o derechos conexos, según sea la amenaza objetiva y válida del derecho a la libertad o derecho conexo, o la restricción del derecho a la libertad o derecho conexo.

Se procederá a la depuración de la lista sobre la base de cuáles constituyen supuestos fácticos que calificarían como hechos inconstitucionales. Se descartarán los hechos que carezcan de tal connotación.

²⁶² GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “Hacia un Procedimiento Preliminar Europeo: La Instrucción del Proceso Penal en España” en *Revista Jurídica del Perú*. Lima, Año LII N° 33, 2002, p.185.

²⁶³ SAN MARTÍN CASTRO, César. Óp. cit., p.813

Luego ubicaremos el derecho constitucional vulnerado, que permita identificar los actos ilegítimos o inconstitucionales. Luego, serán clasificados entre los *hábeas corpus* conexo, preventivo y restrictivo.

Finalmente, se procederá a contrastar con el ámbito procesal-constitucional de la etapa de investigación preliminar que ha merecido la protección del Tribunal Constitucional.

1. Acto de decisión de inicio de investigación fiscal
2. Acto de decisión de inicio de investigación policial
3. Inicio de la investigación preliminar sin motivación
4. Inicio de la investigación preliminar sin precisar plazo
5. Inicio de la investigación sin precisar el material fáctico a acopiar
6. Inicio de la investigación sin precisar los procedimientos para acopiar el material fáctico
7. Inicio de la investigación sobre hechos que ya habían sido materia de investigación fiscal
8. El Fiscal inicia una investigación que no le corresponde.
9. La policía inicia investigación policial.
10. Actuación de la investigación preliminar sin respeto del plazo debido.
11. Actuación de la investigación preliminar, sin adscribirse al material fáctico precisado en el inicio de la investigación fiscal.
12. Actuación de la investigación preliminar, sin adscribirse a los procedimientos para acopiar el material fáctico precisado en el inicio de la investigación fiscal.
13. El Fiscal ordena inspección ocular.
14. El Fiscal ordena la reconstrucción del hecho.
15. El fiscal ordena la confrontación.
16. El fiscal ordena informe pericial.
17. El Fiscal ordena la declaración testimonial.
18. El Fiscal ordena la declaración del investigado.
19. La Policía realiza actos de identificación.
20. La Policía toma manifestación de los testigos.
21. La Policía practica inspección técnico-policial

22. La Policía practica pericia.
23. La Policía practica careo.
24. La Policía realiza actos para el reconocimiento de personas.
25. La Policía realiza levantamiento de planos.
26. La Policía realiza toma de fotografías.
27. La Policía realiza grabaciones en vídeo, operaciones técnicas o científicas.
28. La Policía realiza vídeo-vigilancia.
29. La Policía realiza el registro de personas.
30. La Policía realiza la prueba alcoholométrica.
31. La Policía realiza la elaboración del atestado policial.
32. El Fiscal no emite resolución sobre motivos que impidieron que asuma directamente la conducción de las diligencias de averiguación.
33. El Fiscal no evalúa la legitimidad y legalidad de los actos de investigación realizados por la Policía.
34. El Fiscal formula la denuncia indebidamente fundamentada.
35. El Fiscal formula denuncia sobre la base de una indebida tipificación del hecho.
36. El Fiscal impide la defensa letrada del investigado.
37. La Policía impide la defensa letrada del investigado.

Con respecto a los supuestos de los numerales 1 y 2, por tratarse de decisiones que aún no han sido concretizadas, pertenecen a la esfera de la subjetividad del sujeto demandado, por lo que es inexistente el suceso fáctico. No hay eventos que manifiesten facticidad alguna, por lo que no se configura ningún supuesto de riesgo constitucional. Sin embargo, hipotéticamente podría presentarse demanda de *hábeas corpus* por amenaza contra la libertad en su forma de restricción. Sin embargo, no resiste el más mínimo análisis. Negamos la procedencia de tal supuesto.

En lo concerniente a los supuestos de los numerales 3, 4, 5, 6, consistentes en inicio de la investigación preliminar sin motivación, sin precisar plazo, material fáctico a acopiar, o los procedimientos para acopiar el material fáctico, consideramos procedente el *hábeas corpus* en razón que el fiscal mediante una disposición debidamente motivada, debe iniciar la investigación preliminar.

Vale decir, resulta necesario que el inicio de la investigación preliminar sea dispuesto, mediante una decisión fiscal o policial (en este último caso, bajo la dirección del primero), que se encuentre debidamente motivada, aún cuando haya un mínimo grado de conocimiento, inherente a la naturaleza de la etapa preprocesal penal, por lo que los hechos sustentadores de tales decisiones, serán precisamente la materia de averiguación o investigación por parte del Ministerio Público. En consecuencia, la motivación de tales decisiones tendrá importantes limitaciones cognitivas, sin embargo, de ninguna manera será la excusa para iniciar procedimientos sin la existencia de decisiones debidamente motivadas, en detrimento del derecho debido proceso en su vinculación con el derecho a la libertad en su forma de restricción.

De manera que la motivación deberá configurarse sobre la base del más elemental nivel cognitivo de los hechos a investigar, que incluso podrá dimanar de imputaciones periodísticas, de un sector de la ciudadanía, de una tercera persona anónima o de cualquier origen, en los que se debe apreciar un relato mínimamente coherente y consistente sobre la probable configuración de un evento delictivo. El inicio de la investigación no sólo contendrá datos fácticos sino también datos instrumentales, tales como el material fáctico a recolectar, los procedimientos para acopiar dicho material, dentro de un plazo determinado.

Es importante anotar que constituye garantía procesal constitucional la motivación del inicio de la investigación, que repose sobre una base que excluya conductas subjetivas, arbitrarias y subrepticias. Cuanto más grave sean las presuntas violaciones del bien jurídico-penal, más y mejores deberán ser las razones esgrimidas para iniciar la investigación preliminar en contra del sospechoso. Caso contrario, tal decisión carecería de legitimidad constitucional, por consiguiente, sería procedente el *habeas corpus* contra el inicio arbitrario de investigación preliminar del fiscal.

El tipo de *habeas corpus* aplicable es el conexo por violación del debido proceso, porque el derecho constitucional vulnerado es un derecho procesal

penal que garantiza un mínimo de condiciones dentro del proceso penal²⁶⁴ con la finalidad de proteger al procesado de sufrir detenciones o restricciones inconstitucionales del derecho a la libertad. Es el derecho del investigado a una decisión fiscal debidamente motivada que inicia una investigación fiscal en su contra, que le permitirá defenderse para evitar verse denunciado, en detrimento del derecho a la libertad personal. Es decir, ubicamos el derecho a la defensa como derecho conexo por violación del debido proceso del derecho a la libertad.

Es indispensable determinar la vinculación de ambos derechos. No se configura duda alguna en los supuestos analizados de que el ejercicio del derecho a la debida motivación, en específico del derecho a la defensa, evitará la denuncia ilegítima contra el investigado por parte del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, protegiéndose la libertad del procesado, en su forma de privación o restricción.

La ausencia de la debida motivación de la decisión para iniciar una investigación preliminar constituye factor determinante para la configuración de acto vulnerador del derecho al debido proceso con vínculo directo con el derecho a la libertad; por lo menos, en su forma de restricción, en razón que la privación de la libertad como medida limitativa, tiene carácter eminentemente excepcional.

El Tribunal Constitucional considera²⁶⁵ que se configura el requisito de conexidad entre la afectación del debido proceso y la libertad, cuando los actos que atenten contra los derechos constitucionales conexos, resulten también lesivos al derecho a la libertad individual. Es decir, tal como sostiene GARCÍA CAVERO, nuestro Tribunal Constitucional exige dos vulneraciones contra dos derechos constitucionales²⁶⁶, consecuentemente, no prosperaría la demanda sobre *hábeas corpus* conexo sustentada sobre la base de la conexidad entre el

²⁶⁴ El proceso penal materialmente no comienza con el auto apertorio sino con el inicio de la investigación fiscal, de manera que el debido proceso es un derecho constitucional perfectamente exigible en la etapa preprocesal penal.

²⁶⁵ Sentencia recaída en el Exp. N° 144-2008-PHC/TC de 8 de agosto de 2008

²⁶⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Óp.cit.*, pp. 134-139

derecho conexo y la libertad; siendo así, corresponde encontrar una tipología más receptiva a la interpretación del Tribunal Constitucional.

Es menester precisar que la tipología de los *hábeas corpus* tiene, a nuestro concepto, dos funciones. Primero, hacer de soporte para presentar los hechos invocados, segundo, contribuir a la protección de los derechos fundamentales de la persona. Vale decir, no estamos ante fórmulas invariables, rígidas, terminadas y excluyentes, sino ante soportes esquemáticos para presentar los hechos sobre la vulneración o amenaza del derecho a la libertad personal y derechos conexos, consiguientemente, se trata de fórmulas variables, flexibles, provisionales e incluyentes.

Como ejemplo, pondremos el supuesto anterior, que a nuestro concepto debiera asumir el tipo de *hábeas corpus* conexo, sin embargo, podría admitir el tipo de *hábeas corpus* preventivo por restricción del derecho a la libertad, pues, se constata la concurrencia de cada uno de sus elementos configurativos: a) la amenaza b) restricción de la libertad.

En cuanto al primer elemento, el Tribunal Constitucional tiene dicho que la amenaza debe estar premunida de certeza, que viene a ser la seguridad sobre la existencia de la vulneración del derecho a la libertad, que pertenece al mundo real, y que escapa a la subjetividad de la persona; y de inminencia o proximidad temporal de la lesión contra el derecho constitucional²⁶⁷.

En el supuesto materia de análisis, la amenaza es cierta porque el inicio de una investigación preliminar sin estar debidamente motivada permite válidamente hacer la prognosis sobre la ausencia, déficit o baja calidad del procedimiento de investigación. Recuérdese que no estamos hablando de amenaza de privación de libertad, sino de amenaza de restricción de la libertad personal.

Es inminente la restricción de la libertad toda vez que está en marcha su ejecución, precisamente porque tal investigación, a través de la denuncia

²⁶⁷ Sentencia recaída en el Exp. N°2435-2002-HC/TC de 19 de junio de 2003.

correspondiente, incidirá en el ejercicio del derecho a la libertad del investigado en su forma de restricciones, pues habrá un despliegue de esfuerzos sostenidos, molestias permanentes del investigado con la única finalidad de concurrir para responder imputaciones ante una investigación fiscal en su contra, lo que implica inobjetablemente una seria restricción al pleno goce del derecho a la libertad personal.

Reiteramos que no hablamos de privación sino restricción de la libertad, de manera que no requerimos hacer prognosis alguna sobre la privación de la libertad.

Es de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional²⁶⁸ ha tomado posición respecto a la procedencia del *hábeas corpus* preventivo durante la investigación preliminar, cuando dice: “la investigación que el Ministerio Público realice puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una *denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado y aún encarcelado*, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo”²⁶⁹

De esta manera, los mismos hechos sustentadores de la demanda sobre *hábeas corpus*, encajan tanto en el *hábeas corpus* conexo, como en el *hábeas corpus* preventivo, lo que es perfectamente posible. Obviamente, la efectividad de la defensa del derecho a la libertad y derechos conexos, dependerá en parte, de la adecuada escogencia sobre la base de la accesibilidad de medios probatorios sumamente calificados, y esencialmente de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El supuesto contenido en el numeral 7, hace referencia al inicio de la investigación sobre hechos que han sido previamente materia de investigación

²⁶⁸ Sentencia recaída en el Exp. N° 2725-2008 de 22 de setiembre de 2008

²⁶⁹ El resaltado en cursivas es nuestro

fiscal. Se trata del principio de prohibición del *ne bis in idem*, que sido materia de pronunciamiento específico por parte de nuestro Tribunal Constitucional, y que será visto exhaustivamente en el próximo capítulo, a propósito del análisis de la jurisprudencia emitida por dicho tribunal.

El supuesto fáctico del numeral 8, consistente en que el fiscal inicia una investigación que no le corresponde. Se trata del indebido avocamiento en la investigación preliminar por parte del fiscal. Podría ser que por aplicación errada de la norma administrativa, o por la malsana decisión del fiscal, se desplace a quien le corresponde legítimamente asumir la conducción del proceso investigativo. Igual que en el supuesto contenido en el numeral 7, también nuestro Máximo Tribunal ha sentado posición al respecto, y será debidamente analizado en el próximo capítulo.

En lo concerniente al supuesto del numeral 9, el principio de persecutoriedad manda que la policía inicie una investigación por comisión o de oficio (en este último caso ante determinadas circunstancias y con cargo de dar cuenta al fiscal), de conformidad a lo dispuesto por el artículo 94°.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y artículo 1° de la Ley 27934. La intervención posterior del fiscal en el procedimiento policial, no concederá constitucionalidad a una investigación policial que no se ha adscrito a la debida motivación, en especial a los aspectos esenciales vistos en el análisis precedente, a propósito de la debida motivación del inicio de la investigación fiscal. En consecuencia, resulta aplicable el razonamiento jurídico esgrimido para los supuestos 3, 4, 5 y 6.

En cuanto al supuesto contenido en el numeral 10, consistente en la actuación de la investigación preliminar sin respeto del plazo debido, ha de decirse que la investigación preliminar, hasta antes del pronunciamiento de nuestro Máximo Tribunal²⁷⁰, constituía una etapa cuya configuración legal era deficiente por incompleta, e incluso se constataban varios vacíos en diferentes aspectos, entre ellos, el plazo de la investigación preliminar. Es decir, no había plazo aplicable a la investigación preliminar. Era inadmisibles tal omisión legal

²⁷⁰ Sentencia emitida en el Exp. N° 05228-2006-PHC/TC de 15 de febrero 2006

injustificada por parte del poder legislativo, que configuraba un acto inconstitucional, pues se trataba de un grave atentado contra la presunción a la inocencia e interdicción de la arbitrariedad, que sumergía indefinidamente al investigado en un estado de sospecha permanente.

Se nos podría objetar que no existe mandato de desarrollo legislativo de la Constitución Política que sustentara la “inconstitucionalidad legislativa por omisión”. Sin embargo, el artículo 2° inciso 24° literal b) consagra al nivel de derecho constitucional conexo la prohibición de cualquier restricción de la libertad “*salvo los casos previstos en la ley*”. Esto es, las restricciones de la libertad personal por mandato constitucional, deben ser desarrolladas por una ley. El plazo de la investigación preliminar no estaba regulado legalmente, por lo que, la omisión del plazo debido constituía una inconstitucionalidad por omisión.

El Tribunal Constitucional, ha dado una solución específica, con respecto a la ausencia de plazo de la investigación preliminar, sustentando que el involucramiento de un sospechoso dentro de una investigación preliminar no puede prolongarse en el tiempo, aun cuando no esté configurado el plazo por la norma procesal penal. Se producía la vulneración de los derechos de interdicción de la arbitrariedad y la presunción de inocencia, ambos fuertemente vinculados al derecho a la libertad personal.

En el caso Samuel *Gleiser Katz*²⁷¹, el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto a la razonabilidad del plazo sobre la base de determinados elementos objetivos y subjetivos de cada caso concreto.

En lo concerniente a la tipología constitucional-procesal del *hábeas corpus aplicable*, el Tribunal Constitucional ha establecido que el control constitucional de los actos del Ministerio Público por falta de plazo de investigación preliminar, se puede realizar a través del *hábeas corpus* de tipo innovador, pues la agresión había cesado al haberse formulado la respectiva denuncia penal, ello

²⁷¹ Sentencia recaída en el Exp. N° 5228-2005-PHC/ TC, de 15 de febrero del 2006.

no obstó para que, a la luz de los criterios establecidos, se haya evaluado la razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal, pues habiéndose instaurado el proceso penal, la intervención de la acción de garantía sería para evitar que en el futuro no se repitan situaciones similares.

Si el caso no se hubiese judicializado, es decir, al momento de la demanda aún no había sido dictado el auto apertorio, sino que se hubiese encontrado durante la etapa preprocesal de investigación preliminar, correspondía aplicar el *hábeas corpus* conexo toda vez que los contenidos esenciales de los derechos de presunción de inocencia e interdicción de la arbitrariedad determinan en el presente supuesto, la condición o garantía específica para la defensa del derecho a la libertad del investigado. No hay goce de libertad personal dentro de la investigación personal cuando no hay plazo para la duración del procedimiento, y se configuren actos de investigación permanentes y arbitrarios.

En conclusión, la efectividad del derecho a la presunción de inocencia en el supuesto materia de análisis exige la configuración y aplicación del plazo máximo de duración de la investigación preliminar para asegurar la efectividad del derecho a la libertad. Por su parte, el ejercicio del derecho a la defensa permitirá que el sospechoso pueda repeler una afectación arbitraria o inconstitucional al derecho a la libertad personal.

En lo concerniente a los supuestos contenidos en los numerales 11 y 12, se refieren a las actuaciones de la investigación preliminar sin adscribirse al material fáctico precisado en el inicio de la investigación fiscal, ni a los procedimientos previstos para acopiar el material fáctico, precisado también en el inicio de la investigación fiscal. Somos del criterio que estos supuestos no configuran vulneración al derecho a la libertad porque la naturaleza jurídico-procesal de la investigación preliminar permite la variación en el camino sobre los materiales a acopiar y la metodología adecuada para tales fines. En este punto específico, consideramos que ha de privilegiarse el interés público de la persecución del delito en razón a la naturaleza de los actos de investigación mencionados.

Es de enfatizarse que al inicio de la investigación preliminar es legítimo que la decisión fiscal haya motivado debidamente los actos de investigación a realizar. No se puede iniciar investigación sin ninguna hipótesis mínimamente formulada, respecto a los hechos, presuntos autores, y por supuesto, los actos de investigación encaminados a sustentar dicha hipótesis. Sin embargo, la mutabilidad y flexibilidad para la variación de las estrategias de la investigación no implica ilegitimidad alguna.

Los supuestos contenidos en los numerales comprendidos entre el 13 al 18 comprenden la disposición u orden del fiscal para realizar los siguientes actos de investigación: inspección ocular, reconstrucción de los hechos, la confrontación, informe pericial, declaración testimonial, declaración del investigado y toma de la declaración del investigado.

Este ámbito podría convertirse en riesgoso para la configuración de actos y omisiones inconstitucionales, toda vez que los actos de investigación ordenados podrían ser fuentes potenciales de la vulneración de derechos constitucionales. Recuérdese que de la violación del derecho constitucional, surge directamente la prueba prohibida. En realidad, y aún cuando estamos en la fase de ordenar o disponer los actos de investigación directa, y no precisamente de actuación de los medios de investigación, no olvidemos que toda actuación del medio de investigación parte de una decisión fiscal, o será sometida a la conformidad fiscal, consecuentemente, corresponde al fiscal del caso la responsabilidad de ordenar los actos de investigación, o en su defecto de otorgar conformidad a los actos de investigación actuados por la policía.

La lógica de los actos de investigación se asimila perfectamente a la lógica de los medios probatorios, en el sentido de la obtención de prueba, pues las prácticas de la prueba desde las mismas fuentes, así como el resultado, van a partir, de ser el caso, de vulneraciones de derechos fundamentales.²⁷² Precisamente los actos de investigación a pesar de tener finalidades distintas

²⁷² ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y Prueba preconstituída*. Madrid: Colex, 2001, p.370

de los medios de prueba, no dejen de tener importantes afinidades. Hay un nexo entre ambos.

El resultado de la prueba prohibida es la inadmisibilidad o su exclusión del proceso penal. No hay posibilidad de que sobre la base de este medio probatorio, que ha provenido de la vulneración de un derecho fundamental, se sustente la emisión de una sentencia. Es decir, existe mecanismo procesal penal que protegería al procesado²⁷³ –adviértase que decimos procesado, y no investigado–, sin embargo, resulta plenamente procedente la jurisdicción constitucional para proteger a la persona denunciada sobre la base de la violación de derechos fundamentales en su contra por parte del fiscal o la policía, que han procedido a la recolección, actuación y valoración inconstitucionales de los actos de investigación. Consideramos procedente el *hábeas corpus* conexo interpuesto a favor del denunciado sobre esta actuación inconstitucional. Precisándose que no es cualquier medio de investigación, sino aquel que se habría constituido basamento esencial para la formulación de la denuncia fiscal.

Es necesario determinar el derecho constitucional vulnerado, pues, puede ser personal o procesal. En el primer caso, nos referimos básicamente derecho a la integridad personal, derecho a no ser sometido a tortura, o tratos inhumanos o humillantes; y en el segundo caso, la presunción de inocencia y derecho a la defensa.

En el primer caso, si se atenta contra la integridad personal, derecho a no ser sometido a tortura, o tratos inhumanos o humillantes con la finalidad de obtener fuentes de prueba, se configura los ilícitos penales de tortura simple o cualificada de conformidad con el artículo 321 del Código Penal²⁷⁴.

En el segundo caso, la efectividad del derecho de presunción de inocencia y derecho a la defensa, como componentes del derecho al debido proceso

²⁷³ Nos referimos a la inadmisibilidad o exclusión de la prueba prohibida dentro del proceso penal.

²⁷⁴ Sin embargo quedan fuera del tipo los actos de investigación que no sean la declaración del investigado, testimoniales e informes, de manera tal que podrían eventualmente configurarse lesiones, coacción y abuso de autoridad.

garantiza las condiciones para resguardar al procesado, al menos, de una restricción del derecho a la libertad personal. Decimos al menos, porque podría resguardarse de la privación del derecho a la libertad, empero, reiteramos que en razón a la excepcionalidad de la detención preliminar, devienen en más frecuente las restricciones del derecho a la libertad.

El supuesto contenido en el numeral 19 referente a la identificación del sospechoso, ostenta una racionalidad basada en las funciones averigüativas y preventivas de la policía. La seguridad ciudadana constituye valor constitucional, y es el marco más común dentro del cual se contextualiza este supuesto.

La doctrina española tiene claro respecto a la legitimidad constitucional de la restricción de la libertad que se encuentra implicada en el proceso de identificación del sospechoso. Se requiere dosis razonable de sospecha para solicitar la identificación de un ciudadano. CLIMENT DURÁN²⁷⁵ sostiene, primero, la identificación del ciudadano comporta la existencia de una detención, y no restricción de la libertad; segundo, la legitimidad de la detención para los efectos identificatorios, por las razones que esgrime la Sentencia del Tribunal Constitucional español 341/1993, de 18 de noviembre, son: a) que la Constitución española no concibe la libertad individual como un derecho absoluto no desprovisto de restricciones en concordancia con el artículo 5.1 del Convenio de Roma, y b) que asegurar la identificación de una persona es una obligación establecida por ley, que según las circunstancias concretas permite incluso la privación de la libertad²⁷⁶.

Somos de la posición que las circunstancias específicas del caso darán luces para el tratamiento correspondiente. Un procedimiento identificatorio del sospechoso debe reunir las garantías modal, temporal, informativa, declarativa, comunicatoria y asistencial, pues, la ausencia o déficit de alguna o algunas de estas garantías, definirá la naturaleza y el tratamiento de una presunta lesión

²⁷⁵ CLIMENT DURÁN, Carlos. *Detenciones Ilegales Policiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p.292.

²⁷⁶ *Ibidem*.

constitucional, empero de por sí, no existe lesión constitucional alguna en un procedimiento de identificación del ciudadano.

Los supuestos de actuación inconstitucional de la policía están contenidos entre los numerales 20 al 31, y son: toma de manifestación de los testigos que presenciaron la comisión de los hechos, realización de la inspección técnico-policia, pericia, careo, reconocimiento de personas, levantamiento de planos, toma de fotografías, grabaciones en vídeo, operaciones técnicas o científicas, vídeo-vigilancia, registro de personas, realización de la prueba alcoholométrica, y la elaboración del atestado policial. Recuérdese que las actuaciones policiales en la investigación preliminar en ausencia del fiscal, se encuentran previstas en la Ley N° 27934, modificada por el Decreto Legislativo N° 989.

La práctica violatoria de los derechos fundamentales para obtener pruebas ha sido tolerada por el Poder Judicial en el contexto latinoamericano, mediante la admisión de la evidencia obtenida de tal manera. No sólo es responsabilidad del cuerpo de policía la vulneración de los derechos constitucionales, sino de quienes procesan la información proporcionada por la policía²⁷⁷, es decir, los jueces que dictan los autos apertorios de los procesos penales.

La actuación de la policía en el desarrollo de la investigación ordenada o confirmada por el fiscal, en casi la mayoría de países, no se adscribe al estricto cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona. De acuerdo con la Sentencia de la Segunda Sala, de 20 de febrero de 2001 - 2 BvR 1444/00 expedida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, cuando dice: “en la doctrina, se critica la tendencia por parte de los órganos encargados de perseguir los delitos, especialmente por parte de la policía, a hacer un uso excesivo –y en parte también abusivo– de las facultades extraordinarias para casos de urgencia...; igualmente se han criticado las deficiencias del control judicial. En general, las deficiencias deben atribuirse al hecho de que los jueces

²⁷⁷ THOMPSON, José. “Garantías Penales y Procesales en el Derecho de los Derechos Humanos”. En *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un enfoque a partir de los Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, p.154.

de instrucción con frecuencia se encuentran sometidos a una presión de tiempo muy fuerte, en ocasiones debida también a la falta de personal”²⁷⁸

Resulta importante para el fiscal constatar la constitucionalidad de la actuación policial, aun cuando la posterior confirmación fiscal, haya verificado la concurrencia de legalidad procesal en tales actuaciones. En tal sentido, el fiscal deberá apreciar que la realización del acto de investigación resulte plenamente justificada con fines constitucionales, caso contrario, la arbitrariedad terminará restringiendo injustificadamente el derecho a la libertad personal.

Al analizar, el autor LUIS CASTILLO CÓRDOVA la procedencia de *hábeas corpus* contra medida restrictiva de derechos fundamentales²⁷⁹, sostiene que los medios técnicos de investigación como la toma fotográfica, registro de imágenes y otros medios técnicos especiales se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir con los fines del esclarecimiento. Al respecto, el autor nos advierte: “Nótese cómo este dispositivo procesal penal [artículo 207 del nuevo Código Procesal Penal] habilita a emplear los mencionados medios técnicos siempre y cuando exista una finalidad constitucionalmente lícita y socialmente relevante, a saber, la culminación satisfactoria de un proceso investigador”²⁸⁰.

Es así que el supuesto de actuación de medio de investigación consistente en la disposición y actuación de toma fotográfica, registro de imágenes y otros medios técnicos especiales, en tanto no se dirijan hacia la satisfacción de un fin constitucionalmente lícito, configuraran lesión contra la libertad en su forma de restricción. De manera tal que la actuación de los actos de investigación ha de

²⁷⁸ SCHWABE Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las Sentencias más Relevantes*, Berlín y México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp.383-384

²⁷⁹ A la luz del artículo 207 del nuevo Código Procesal Penal, y respecto a determinados delitos, (violentos, graves o contra organizaciones delictivas). Dicho análisis trata de medios de investigación indirectos porque buscan hallar fuentes de prueba nuevas o directas, y nuestro estudio trata en estricto de medios de prueba directos. Es válida la referencia porque tanto los medios directos e indirectos de investigación exigen constitucionalidad en la decisión, actuación o realización, y su respectiva valoración por parte del Ministerio Público.

²⁸⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis Felipe. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. T. II., Lima: Palestra, 2006, p. 595.

satisfacer no sólo el principio de legalidad procesal, sino esencialmente, el principio de constitucionalidad.

FERRAJOLI²⁸¹ cuando se refiere a la actuación disfuncional de la policía, previamente destaca en el análisis, los pocos esfuerzos académicos dedicados al sector, sosteniendo acertadamente que el derecho de policía, por considerarse un derecho inferior o incluso “un no-derecho” representa el sector quizá más olvidado por los estudios académicos. Es más, ahondando sobre las contradicciones en esta parte del derecho, dice “Aparece [...] en esta materia una especie de esquizofrenia de la ciencia jurídica, tan atenta a los límites entre derecho penal y derecho administrativo a propósito de las contravenciones y de los ilícitos de bagatela... como desatenta e irresponsable frente al *enorme universo de las medidas policiales y administrativas restrictivas de la libertad personal* [...] Pareciera que cuanto más contaminado está el derecho por la violencia y cuanto más difícil e incierta es su legitimación, será menos merecedor de estudio y de reflexión teórica y axiológica”²⁸².

Es indispensable controlar razonablemente las actividades investigativas atribuidas a la policía para evitar que sustituya o interfiera en las labores del Ministerio Público, con la finalidad de fortalecer el respeto por los derechos fundamentales de la persona.

La prueba alcoholométrica contenida en el numeral 30, convoca particular interés no por sus elementos connotativos sino por la restricción que podría implicar este acto de investigación policial al derecho a la libertad personal. Al respecto el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 107/ 85, de 7 de octubre dice “No es esta la situación [inconstitucional]... la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, sólo por esto, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Óp. cit.*, p.767

²⁸² El resaltado en cursivas es nuestro

pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto por la Lecrim, la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviera cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la Sentencia de 17 de diciembre de 1996 - Caso Saunders contra Reino Unido, párrafo 69; y la Comisión Europea de Derechos Humanos, mediante los Asuntos 968/61 y 8.239/1978 han fijado posición favorable a la legitimidad de este acto de investigación, coherente con los estándares internacionales de derechos humanos.

SAN MARTÍN CASTRO agrega al respecto que la doctrina constitucional asume la legitimidad absoluta de la prueba alcoholométrica, la misma que no importa detención ni la declaración autoincriminatoria²⁸³.

La tendencia jurisprudencial y legislativa internacional es la asunción de que este acto de investigación no vulnera el derecho a la libertad personal en su forma de restricción, consecuentemente, la prueba alcoholométrica solicitada por la autoridad competente constituye un acto plenamente constitucional.

En cuanto al supuesto contenido en el numeral 31 consistente en la elaboración del atestado policial por parte de la policía, tenemos que tal actuación policial en estricto no se corresponde con el mandato constitucional que asigna al ministerio público como director de la investigación policial,

²⁸³ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Óp.cit.*, p.477

consecuentemente, este puede no formular las tipificaciones penales aplicables a los hechos suscitados así como plasmar las conclusiones correspondientes.

La elaboración del atestado, a la luz del anterior sistema penal, ha constituido un espacio de reiteradas vulneraciones de derechos fundamentales de la persona. La poca preparación jurídica de los miembros policiales, ausencia de fuertes criterios axiológico-valorativos, alta incidencia de corrupción, y bajas remuneraciones, en un contexto de débiles instituciones públicas y privadas, han permitido que precisamente la elaboración del atestado policial, se constituya en un importante referente del poder fáctico de la policía dentro del anterior sistema procesal penal.

El *hábeas corpus* aplicable a los supuestos contenidos en los numerales del 20 al 31 con excepción de la realización de la prueba alcoholométrica (que no admite por sí misma control constitucional), resulta ser el conexo o restrictivo, de acuerdo a la especificidad de los hechos configurativos de la lesión constitucional.

Los supuestos contenidos en los numerales 32 y 33, el fiscal no emite resolución sobre motivos que impidieron que asuma directamente la conducción de las diligencias de averiguación, ni evalúa la legitimidad y legalidad de los actos de investigación realizados por la policía; están referidos a uno de los fundamentos del sistema procesal penal mixto en nuestro país, consistente en la conducción de la investigación a manos del fiscal, y en caso de imposibilidad de cualquier naturaleza, corresponde a la policía la investigación preliminar, bajo responsabilidad de dar cuenta al fiscal para que éste fundamente sobre las causas que le impidieron hacerse cargo directamente de la investigación, y proceda a la evaluación de la legalidad y legitimidad de las actuaciones policiales.

Se trata de una delegación de funciones de naturaleza legal, condicionada y transitoria. En caso no se cumpla con esta disposición de carácter legal, pero de basamento eminentemente constitucional, consideramos la procedencia del *hábeas corpus* en la etapa de investigación preliminar por vulneración del

debido proceso, puesto que se estaría violentando las bases del sistema procesal penal, en el que al fiscal por mandato constitucional, se le ha atribuido la conducción de la investigación del delito. Consecuentemente, la conducción fáctica de la policía confirmada por la ausencia de la conformidad fiscal, violenta las propias estructuras del proceso penal, por lo que se configura la procedencia del *hábeas corpus* contra la policía y fiscalía, por vulneración del derecho al debido proceso.

La tipología más adecuada, a nuestro criterio, para el *hábeas corpus* contra los actos de investigación inconstitucionales, es el *hábeas corpus* conexo en razón de que la prueba de cargo constituye el único basamento para desvirtuar el derecho constitucional de la presunción de inocencia. Por consiguiente, tenemos ubicada la lesión o vulneración del derecho conexo, que es la presunción de inocencia, que se encuentra íntimamente vinculado al ejercicio del derecho a la libertad. El respeto por la actuación constitucional de los actos de investigación constituye la condición *sine qua non* para la garantía de la presunción de inocencia que resguarda el pleno ejercicio de la libertad personal.

El Tribunal Constitucional Federal alemán se ha pronunciado respecto a las relaciones entre policía y juez instructor, que en nuestro sistema equivale a la figura del fiscal como conductor de la investigación preliminar, ante la demora de la actuación de un acto de investigación, imputable a la policía: “concretamente, meras especulaciones, consideraciones hipotéticas o suposiciones basadas exclusivamente en la experiencia criminalística cotidiana y con independencia del caso concreto son insuficientes. Para considerar que la demora implica un peligro para la eficacia de la medida debe existir un fundamento apoyado en hechos reales y referidos al caso concreto. La mera posibilidad de que se pierdan o destruyan las pruebas resulta insuficiente. Jurídicamente no puede considerarse que la demora implique un peligro para la eficacia de la medida cuando han sido los mismos órganos encargados de perseguir los delitos quienes han hecho surgir los presupuestos fácticos de la demora. Los órganos encargados de perseguir los delitos no pueden retrasar la solicitud al juez de instrucción, de modo que se actualice el peligro de pérdida o

destrucción de las pruebas para, de este modo, evadir la competencia ordinaria del juez, prevista constitucionalmente. Ciertamente, los órganos policiales tienen margen de maniobra para estructurar la fase de investigación con base en consideraciones de carácter táctico y criminalístico, pero éste no les permite evadir la competencia ordinaria del juez”²⁸⁴

No solo resulta necesario la fluidez en las relaciones de subordinación entre el fiscal y la policía, sino también las relaciones de coordinación entre juez y fiscal, tal como sostiene ZAFARONNI en el voto emitido en su calidad de miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina²⁸⁵, los roles de juez y fiscal se encuentran perfectamente definidos: “que aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen en posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente; ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar. De otro modo, durante la instrucción el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide, y de quien debería poder esperar independencia de criterio. Que la garantía de imparcialidad ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que no pueden atribuirse a un mismo órgano las funciones de formular la pretensión penal y la de juzgar acerca de su procedencia, lo cual, en definitiva, impone a los estados el deber de desdoblarse la función de perseguir penalmente. Iguales criterios jurisprudenciales han sido asumidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como aplicables a la interpretación de la garantía del art. 8.1.de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cf. Informe n1 5/96, del 1/3/96, caso 10.970, Mejía vs. Perú)”

De manera tal que el juez, el fiscal y la policía tienen atribuidas funciones de naturaleza constitucional, que constituyen la base del sistema procesal penal.

²⁸⁴ SCHWABE, Jürgen. *Óp.cit.*, p.386

²⁸⁵ Recurso de Hecho Q. 162. XXXVIII. Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302 de 23 de diciembre de 2004. Corte Suprema de Justicia de Argentina, p. 124.

Cualquier subversión en los roles acarreará gravísimas consecuencias para la justicia constitucional.

Los supuestos contenidos en los numerales 34 y 35 son la formulación de la denuncia indebidamente fundamentada y la formulación de la denuncia sobre la base de una indebida tipificación del hecho. Consideramos que se habría infringido el derecho al debido proceso en su cariz procesal en el primer caso (derecho a la debida motivación) y, material en el segundo caso (racionabilidad y razonabilidad). En ambos se configuraría causal de procedencia de *hábeas corpus* preventivo por la amenaza de la restricción de la libertad personal, posibilidad ésta más viable que el *hábeas corpus* conexo por debido proceso.

Los casos descritos en los numerales 36 y 37 se refieren al impedimento de ejercer el derecho de defensa por parte del fiscal y la policía. Este es un *hábeas corpus* típicamente conexo, según la tipología del Tribunal Constitucional, que además admite el *hábeas corpus* preventivo por restricciones contra el derecho a la libertad y derechos conexos.

Hasta aquí hemos concluido con la casuística construida para nuestro trabajo de investigación. Nos ha servido para dos propósitos. El primero, tener la perspectiva de la amplia gama de posibilidades de actos de investigación preliminar propiamente dichos, que por supuesto, el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado. La complejidad de la realidad y el avance del ámbito de protección de los derechos constitucionales, probablemente, permitirán a nuestro Alto Tribunal, el tratamiento en el futuro de supuestos diferentes a los que han constituido materia de pronunciamiento. Tal como se aprecia del contraste entre los supuestos fáctico-jurídicos contruidos y los que han merecido atención del control constitucional, resulta un número reducido de casos, que hasta la fecha el Tribunal Constitucional ha estimado, por lo que, la procedencia de *hábeas corpus* durante la investigación preliminar constituye un área en la que aun resta un mayor interés por parte del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, sobre la base de la realidad compleja e intrincada de los derechos constitucionales en la etapa más conflictiva del “proceso penal”, la

tipología de los *hábeas corpus* suscitados juega un rol muy importante, toda vez que se ha erigido en pretexto para la declaración de improcedencia de dichos *hábeas corpus*. Nuestra propuesta es que contribuya a la protección y concreción de los derechos fundamentales de la persona, neutralizando su rol obstaculizador.

Partimos de que los tipos más convenientes a la configuración y naturaleza de los actos de investigación preliminar, son los *hábeas corpus* de tipo conexo, restringido y preventivo, en ese orden. El *hábeas corpus* tipo conexo explica adecuadamente la dinámica entre los derechos que garantizan la efectividad del derecho a la libertad personal. En realidad, la necesidad de tal explicación, o debida motivación debiera compartir casi todos los *hábeas corpus* que se susciten en razón a actos de investigación inconstitucionales en la etapa preprocesal penal.

El *hábeas corpus* restringido, ha tenido mayor acogida por el Máximo Tribunal que el *hábeas corpus* conexo. Es menos complicado que el *hábeas corpus* preventivo para la probanza, puesto que la amenaza comporta un elemento procesalmente intrincado de probar, pues, las exigencias probatorias son puntuales, estrictas y difíciles. De manera, tal que el *hábeas corpus* restringido, pragmáticamente, es el que ofrece la segunda alternativa para la procedencia del *hábeas corpus* estudiado.

Sin embargo, postulamos que cualquiera que sea la tipología, es necesario la vinculación del derecho vulnerado con el derecho a la libertad, independientemente, de constituir la exigencia del *hábeas corpus* conexo. La falta de conexión entre los derechos vulnerados y el derecho a la libertad personal, es la gran ausencia de los *hábeas corpus* aplicados contra los actos de investigación preliminar, lo que resta consistencia a la fundabilidad de los pronunciamientos en esta materia.

Teniendo la perspectiva proporcionada por los supuestos analizados, podemos apreciar que aún el Tribunal Constitucional no ha apostado a plenitud por la temática tratada, pues, hasta el momento, en comparación con los supuestos

analizados, no ha evaluado sino un porcentaje reducido, y sólo se ha pronunciado respecto a casos que no pertenecen a zonas grises, que a su vez exigen mayores niveles de discusión y profunda reflexión, consecuentemente, nuestro Tribunal Constitucional aún le falta recorrer un largo camino, que evite los pronunciamientos ambiguos, dicotómicos y contradictorios, pues, la procedencia de estos *hábeas corpus* es un tema de extrema importancia como para descuidar su tratamiento jurisprudencial, doctrinario y dogmático.

Consideramos que la tipología del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar ha de contribuir decididamente a la defensa de los derechos fundamentales de la persona, y de ninguna manera en erigirse en formas obstaculizadoras de la concreción de los derechos constitucionales.

De esta manera, en lo que concierne a la temática tratada, podemos concluir que nuestro Tribunal Constitucional ha optado en la praxis por la concepción restringida de la procedencia de los *hábeas corpus* durante la investigación preliminar. Consideramos que existen las condiciones, por lo menos, objetivas para desarrollar la defensa de los derechos fundamentales durante la investigación preliminar. En este sentido se ha encaminado la presente investigación.

En el próximo capítulo, procederemos a estudiar el razonamiento constitucional en casos reales por parte del Alto Tribunal, para conocer cada uno de los elementos de la construcción material y procesal del *hábeas corpus* estudiado.

3. El Tribunal Constitucional ante el *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar

En este punto se procederá a analizar las principales sentencias sobre *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar emitidas en el período comprendido entre 2002 hasta 2011. El criterio de selección ha estribado en aquellas sentencias fundadas, infundadas e improcedentes que han aportado en la construcción sobre la procedencia de estos *hábeas corpus*.

Se presenta un resumen de los hechos, petitorio, posición de la parte demandada, la controversia con la ubicación del derecho fundamental en cuestión relacionado con la vulneración del derecho a la libertad, la fundamentación del Tribunal Constitucional, y el análisis personal sobre la protección de los derechos fundamentales que ha efectuado, o ha podido efectuar el Tribunal Constitucional con énfasis en los aportes constitucionales y tipológicos, orientados a la construcción de la procedencia de los *hábeas corpus* durante la investigación preliminar.

3.1. El caso *Samuel Gleiser Katz: Exp. 5228-2006-PHC/TC*

a. Hechos

A inicios del año 2003, el Fiscal de la Quinta Fiscalía Provincial de Lima, César Rubén de los Ríos Martínez, inició un procedimiento de investigación fiscal en contra de Samuel Gleiser Katz por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia, sin que a la fecha de la demanda, habría concluido tal procedimiento, por lo que el accionante interpuso demanda de *hábeas corpus* contra el referido fiscal, por la presunta vulneración de su derecho al debido proceso y amenaza a su libertad individual, bajo el argumento de que dicha investigación se había convertido en irregular dada su prolongada e injustificada duración, más aún, si se toma en consideración que se había citado a personas que no tienen ninguna vinculación con los hechos

investigados, con el único fin de perturbar al recurrente y conseguir que este sea inculpatado.

b. Pretensión del demandante

Archivar el procedimiento de investigación fiscal iniciado en su contra, por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia por la supuesta demora excesiva en la duración de la investigación pre-jurisdiccional.

c. Posición de la parte demandada

El demandado manifestó que el procedimiento de investigación fiscal se desarrolló de manera regular, de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público, sin que se haya producido ningún tipo de amenaza o vulneración a los derechos alegados por el recurrente. Sostuvo que el procedimiento de investigación ha sido detallado, con el único propósito de lograr el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, más aún cuando el demandante se ha negado a declarar a nivel policial y a nivel fiscal.

d. Controversia: Plazo razonable en la investigación preliminar

El Trigésimo Segundo Juzgado Penal con Reos en Cárcel de Lima declaró infundada la demanda por considerar que no se evidenció ningún tipo de amenaza o vulneración a los derechos alegados por el demandante, señalando además que si bien la legislación vigente no ha establecido un plazo máximo de duración para el procedimiento de investigación fiscal, se debe entender que este es el plazo de prescripción que establece el Código Penal para cada delito.

La Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por considerar que el Ministerio Público ha procedido en el ejercicio de sus atribuciones, no generando la demora en el trámite de la investigación fiscal ninguna afectación al derecho a la libertad del accionante.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional consideró que había un vacío legislativo en cuanto al plazo de investigación prejurisdiccional, por lo que era necesario establecer determinados criterios jurídicos que permitan determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de investigación que realiza el Ministerio Público.

Así entonces, los criterios que el Tribunal Constitucional consideró válidos para determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de investigación fiscal, evidentemente, no son criterios jurídicos rígidos aplicables de manera idéntica a todos los casos, por el contrario fueron establecidos atendiendo a las circunstancias presentes en la investigación fiscal.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que para determinar la existencia en un caso concreto de un plazo razonable se debe tener en consideración la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales. Dentro de este lineamiento, el Tribunal Constitucional peruano ha considerado, a través de esta sentencia, que para determinar la razonabilidad del plazo de investigación fiscal debemos analizar los elementos subjetivos y objetivos.

Los elementos subjetivos están referidos a la actuación tanto del investigado como del fiscal a cargo de la investigación prejurisdiccional. En cuanto se refiere al investigado se debe tener en cuenta la actitud obstruccionista del investigado, la cual puede manifestarse en a) la no concurrencia injustificada a las citaciones que realice el fiscal, a cargo de la investigación; el ocultamiento o negativa injustificada a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación b) la recurrencia de mala fe a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar el proceso, y c) todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de una denuncia penal. En cuanto a la actividad del fiscal, se ha de destacar: a) la capacidad de dirección de la investigación, y b) la diligencia con la que ejerce las facultades que la Constitución Política le reconoce.

Se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, no obstante, esta es una presunción *iuris tantum*, en la medida en que puede ser desvirtuada. Para determinar si en una investigación hubo diligencia por parte del fiscal deberá considerarse la realización o no de actos de investigación que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia, caso contrario, habrá inactividad fiscal cuando los actos de investigación realizados por el fiscal no tienen relación directa o indirecta con el objeto de investigación

Los elementos objetivos se refieren a la naturaleza de los hechos objeto de investigación²⁸⁶: a) la complejidad determinada por los hechos mismos, objeto de esclarecimiento, b) el número de investigados, más aún si se trata de organizaciones criminales internacionales, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como los tipos de delitos que se imputan.

f. Posición personal

El Tribunal Constitucional realiza el análisis sobre la base de dos principios. En un primer momento, procede a reconocer la interdicción de la arbitrariedad, pues “de conformidad con esta disposición constitucional [artículo 200 inciso 1 de la Constitución Política del Estado], se puede señalar que la Constitución no ha excluido la posibilidad de realizar un razonable control de los actos del Ministerio Público, pues ha previsto la procedencia del hábeas corpus contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera el derecho a la libertad personal o los derechos conexos”²⁸⁷

El fundamento último de esta norma estriba en “...la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política

²⁸⁶ Fundamento 18 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC

²⁸⁷ Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 5228-2006-PHC/TC

suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados, por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares, en tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares”.²⁸⁸

El segundo principio es la presunción de inocencia, que exige no sólo la exclusión de culpabilidad sino un tratamiento positivo del imputado, equivalente al dispensado a cualquier ciudadano que no se encuentre inmerso en imputaciones prejudiciales o judiciales, hasta la declaración de culpabilidad, mediante la sentencia correspondiente.

El Tribunal Constitucional considera acertadamente que el contenido principal del principio de presunción de inocencia es la interdicción constitucional de la sospecha permanente; de manera tal que las garantías del artículo 139° de la Constitución, concretizadas por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, serán aplicables también en la etapa de investigación preliminar, por consiguiente, resulta exigible el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a una investigación fiscal.

Consideramos que la ausencia de una norma legislativa puede perfectamente configurar la vulneración de un derecho constitucional, por lo que el Tribunal Constitucional, sobre la base de jurisprudencia internacional referente a plazo razonable, ha procedido a fijar criterios de razonabilidad y proporcionalidad para el tratamiento de la temática. Es decir, cuando el Tribunal Constitucional habla de proporcionalidad y ponderación, en el caso en análisis, lo que busca es sustentar la razonabilidad, como base del proceso de determinación de criterios para fijar el plazo de la investigación preliminar, y no la aplicación del test de proporcionalidad.

²⁸⁸ Fundamento 4 de la Sentencia recaída en el Exp. N.° 5228-2006-PHC/TC

Desde la jurisprudencia extranjera, el control constitucional de la ausencia de una norma legislativa, consistiría en la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa²⁸⁹. Es lo que en circunstancias normales de un Estado de Derecho, debiera haber acontecido, a fin de evitar tan grave situación inconstitucional.

Los criterios fueron incrementados a través de nuevo pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, que reitera los argumentos de la sentencia analizada, adicionando un nuevo criterio para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, consistente en el plazo de la investigación preparatoria contenido en el artículo 342° del nuevo Código Procesal Penal, como *referente* entre los demás criterios estudiados, aun cuando no está vigente en todo el país.²⁹⁰

El mismo Tribunal Constitucional ha admitido en caso semejante²⁹¹ la existencia de otra medida que logra el fin constitucional relevante buscado, que es igual o menos gravosa para concretar dicha finalidad. Es así, que a partir de la sentencia recaída en el Exp. N.° 02748-2010-PHC/TC, deja de regir la exclusión o el archivamiento en cuanto al investigado de la investigación en su contra como consecuencia inmediata de la protección del *hábeas corpus* contra el plazo indebido durante la investigación preliminar, toda vez que la tutela del derecho al plazo razonable para la investigación preliminar no consistirá ya en la exclusión del demandante de la investigación, sino en la expedición inmediata, y bajo responsabilidad funcional, de la formalización o archivo de la denuncia correspondiente.

La ubicación tipológica de este *hábeas corpus*, efectuada por el Tribunal Constitucional es que se trata de un *hábeas corpus* de tipo innovativo²⁹², porque habiéndose formulado la denuncia fiscal, la agresión constitucional ha

²⁸⁹ SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. “Análisis de la Regulación de la Acción de Inconstitucionalidad”. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coord.) T. VIII. , México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons, 2008, pp.669-691.

²⁹⁰ Fundamentos 7 y 8 sentencia recaída en el Exp. N.° 6079-2008-PHC/TC

²⁹¹ Fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Exp. N.° 02748-2010-PHC/TC

²⁹² Fundamento 22 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 5228-2006- PHC /TC

cesado, sin embargo, con la finalidad de evitar en el futuro la agresión de los derechos constitucionales como en el caso particular de la demanda, se ha procedido a emitir pronunciamiento.

La sentencia analizada ubica los derechos constitucionales vulnerados: el derecho a la presunción de inocencia y la interdicción de la arbitrariedad. No precisa la vinculación directa de estos derechos constitucionales con la afectación del derecho a la libertad personal, tal como exige puntualmente el Tribunal Constitucional²⁹³. En estricto no debiera hacerlo, pues consideramos que sólo está obligado a probar la vinculación de la presunción de inocencia e interdicción de la arbitrariedad con *el derecho a la libertad personal*, en cualquiera de sus formas, violación efectiva, amenaza o restricciones. No hace ni una ni la otra vinculación.

Consideramos de suma importancia para la argumentación constitucional de la tutela de los derechos fundamentales de la persona, precisar cómo es la estructuración de la vinculación entre los derechos que conforman el debido proceso (en el caso, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la interdicción a la arbitrariedad), y el derecho a la libertad personal. O, desde la posición del Tribunal Constitucional, precisar cómo se estructuraría la agresión de los derechos procesales penales, conformantes del debido proceso con la agresión del derecho a la libertad personal. En tercer lugar, debiera haber precisado cómo exactamente es la afectación de la libertad, vale decir, si es restricción, amenaza entre las más probables agresiones contra la libertad personal en la etapa de la investigación preliminar, o, privación de la libertad, como parecería sugerir el razonamiento del Tribunal Constitucional.

Esta es una preocupación que no está ausente en la demanda, pues el accionante la sustenta sobre la base de la amenaza de su libertad individual, sin que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto.

²⁹³ Sentencia recaída en el Exp. N° 144-2008-PHC/TC

A nuestro criterio, primero, la vinculación entre los derechos de presunción de inocencia e interdicción de la arbitrariedad con el derecho a la libertad individual, estriba en que se constituyen en elementos indispensables para el efectivo goce del derecho a la libertad personal. No hay libertad sin respeto a la presunción de inocencia; o mejor dicho, la garantía de un determinado plazo de la investigación preliminar hubiese permitido el ejercicio efectivo del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que el investigado hubiera tenido conocimiento exacto sobre la fecha de la conclusión de la investigación preliminar. Vale decir, si no se habría configurado agresión ilegítima contra la presunción de inocencia, y con la efectividad de esta garantía procesal penal de sustento constitucional, no existiría oportunidad o riesgo para la afectación de la libertad personal contra el investigado; y segundo, en caso no se hubiese procedido a la denuncia fiscal, no resultaría probable la configuración de la amenaza o restricciones contra el derecho a la libertad, o privación de la libertad a raíz del auto apertorio.

Apreciamos que nuestro Tribunal Constitucional ha desperdiciado la oportunidad de desarrollar más exhaustivamente la temática, sin embargo, respecto al delineamiento de la procedencia del control constitucional, independientemente que sea bajo el método subsuntivo, integrativo o ponderativo, el aporte de esta jurisprudencia, materia de análisis, estriba en la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de la investigación preliminar, por plazo indebido de la investigación preliminar, lo que constituye un importante paso en la configuración de la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de la investigación preliminar.

3.2. El caso *Fernando Cantuarias Salaverry*: Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC

a. Hechos

Con fecha 13 de mayo de 2005, René Quispe Silva interpone demanda de *hábeas corpus* como procurador oficioso del abogado Fernando Cantuarias Salaverry contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de

Lima, Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa, puesto que dicho Fiscal formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y el Estado, respectivamente, sin que se haya recibido la declaración indagatoria de Fernando Cantuarias Salaverry.

No se habrían actuado las pruebas suficientes y necesarias para crear convicción en el titular del despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

De esta forma, se ha vulnerado, sostiene el demandante, el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva (artículos 4° y 25°, último párrafo del Código Procesal Constitucional) y el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, pues el demandado Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. Es decir, no establece por qué los hechos que describe son típicos conforme a los artículos 438° y 416° del Código Penal, ya que sólo describe hechos sin argumentar jurídicamente, lo que viola el principio de legalidad previsto en el artículo 2°, inciso 14°, literal d) de la Constitución Política, y el derecho de defensa, pues el beneficiario de la presente acción no fue citado por la autoridad correspondiente para efectuar su descargos, conforme lo establece el artículo 139°, inciso 14° de la Constitución Política.

b. Pretensión Constitucional

La insubsistencia de la denuncia fiscal formalizada ante el Poder Judicial por el fiscal demandado contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry, a fin de que luego de regresados los autos del órgano jurisdiccional se disponga que la denuncia sea calificada por otro fiscal.

c. Posición de la parte demandada

La parte accionada, Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, sostiene que no existe vulneración de los derechos constitucionales del demandante, pues durante la investigación indagatoria se le reconocieron las garantías necesarias para hacer valer sus derechos. Agrega que formalizó denuncia porque existen suficientes elementos de cargo que lo vinculan con el ilícito penal investigado, criterio que es compartido por el órgano jurisdiccional, pues el Sexto Juzgado Penal de Lima procedió a abrir instrucción, de modo contrario hubiera dispuesto el no ha lugar.

d. Controversia: Principio de interdicción de la arbitrariedad

El Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima declara fundada la demanda de *habeas corpus* al considerar que el demandado violó el derecho de defensa del accionante al haberlo denunciado sin que se le haya tomado su declaración, a pesar de cuatro notificaciones, las cuales resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación. Asimismo, expresa que el Ministerio Público al emitir su resolución, no ha considerado los descargos formulados por su persona, los que servirían para formar un criterio razonable al momento de adoptar la decisión; y que la investigación fiscal preliminar se ha desarrollado con un desorden que niega la adecuada organización, ya que no existe una resolución que abra dicho proceso de investigación y las pruebas han sido acumuladas de manera irracional y no sistematizada, lo que afecta el derecho del denunciado al debido proceso legal.

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declara infundada la demanda entre otros, porque la denuncia fiscal llega a establecer la relación laboral indirecta entre el recurrente y el doctor Lastres Berninzon, en la Compañía Minera Poderosa S.A., que contrató los servicios del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados, del cual Fernando Cantuarias Salaverry es socio, configurándose indicios sustentadores de la

formalización de la denuncia fiscal contra esta persona; asimismo, el hecho de haberse notificado al denunciado a efectos de que asista a la toma de su declaración indagatoria y el apersonamiento de su abogado al proceso, desvirtúan la indefensión acotada, y que la denuncia es una prerrogativa que la Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público confieren al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

Se destaca el principio de interdicción de la arbitrariedad como el fundamento principal de la actividad fiscal desplegada previamente al inicio del proceso judicial²⁹⁴. El Tribunal Constitucional desarrolla el principio de interdicción de la arbitrariedad, aplicable a la investigación preprocesal que realizó el Ministerio Público en la investigación criminal.

Respecto de la actividad probatoria, el grado de convicción a que llega el fiscal en la investigación previa al proceso penal no es de una convicción plena, ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados.

En un Estado de Derecho este principio tiene una doble dimensión: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho, b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión²⁹⁵.

El Tribunal Constitucional sostiene que la denuncia fiscal en el caso de autos ha sido emitida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el fiscal y los documentos proporcionados por la demandante. Asimismo, el demandante ha sido debidamente notificado para que proporcione su declaración

²⁹⁴ Véase fundamento 26 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006.

²⁹⁵ Exp. N.º 090-2004 AA/TC

indagatoria, habiéndose apersonado al procedimiento de investigación fiscal para solicitar informe oral, para finalmente desistir de su pedido. Es decir, el demandante no se encuentra inmerso en una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad o algún derecho conexo, debido a que no se ha producido la formalización de una denuncia manifiestamente arbitraria, predeterminada a inducir al juez a fin que inicie un proceso penal en contra del investigado, puesto que se había configurado causal que impedía que el demandante conformara un tribunal de arbitraje, por lo que había indicios de falsificación y fraude procesal en contra del demandante.

f. Posición personal.

Se trata de la primera sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que desarrolla precedentes vinculantes respecto a los principios constitucionales sustentadores de las funciones del Ministerio Público durante la etapa de investigación preliminar.

Antes, la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1268-2001 HC/TC había reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa pre-jurisdiccional de los procesos penales, precisando que el ejercicio del derecho a la defensa, implica el derecho a un plazo razonable para la preparación plena y eficaz de la defensa.

Los aportes más importantes se focalizan en el reconocimiento del Tribunal Constitucional, recién a inicios del siglo XXI, sobre la ausencia de normatividad reguladora de la investigación fiscal previa al inicio del proceso penal, debiendo recurrir a los principios y criterios aplicables, tales como: el principio de la interdicción de la arbitrariedad, principio de la legalidad, principio del debido proceso y tutela jurisdiccional, con la finalidad de integrar dicho vacío legal.

La naturaleza jurídica de la actuación del Ministerio Público estriba en dos grandes vertientes, primero, la titularidad de la acción penal, y segundo, la defensa de los derechos fundamentales de la persona, de tal manera que su

actuación debe ser acorde con el principio de objetividad, principio que resulta fundamental en la actuación de sus miembros, especialmente para decidir las diligencias necesarias para alcanzar los fines de la investigación. Estos fines están íntimamente relacionados con el principio de veracidad, que consiste en que el fiscal debe ser escrupulosamente veraz en su trabajo, pues la seriedad, rigurosidad y gravedad de su labor lo requieren. Por ende, no puede alterar ni exagerar los hechos y tampoco pretender que otros lo hagan. En consecuencia, las atribuciones del Ministerio Público de titularidad de la acción penal y de defensa de la legalidad deben ser ejercidas en estricta observancia de los principios de interdicción de la arbitrariedad, del debido proceso, de objetividad, de veracidad y de imparcialidad.

El Ministerio Público como titular de la acción penal, puede definirse desde la potestad para ejercitar la actividad judicial, es decir, el poder dirigido a provocar la actividad de los órganos de la jurisdicción, pero esta facultad tiene que tener dos datos relevantes. En primer lugar, poner en conocimiento sobre un hecho criminoso y, en segundo lugar, que ese conocimiento sea transmitido de la manera más rigurosa posible.

Los jueces “conocen” lo que los fiscales les “requieren” para luego “decidir”; en consecuencia, está vedado a los jueces actuar si previamente los fiscales no promueven su intervención.

Para destruir la presunción de inocencia se requiere una imputación concreta por parte del Ministerio Público. Es decir, para condenar, la acusación penal debe pasar la valla de la inocencia del imputado, siempre y cuando aquella imputación sea cierta y concreta.

Sin embargo, la tendencia actual es que durante el desarrollo del proceso penal se vaya concretando la imputación, y no esperar la instancia final del proceso. En consecuencia, debe desterrarse el binomio “imputación concreta-sentencia final” que está más vinculado a los principios de legalidad de las conductas y motivación de las resoluciones, y dejaba de lado el derecho de defensa, que está más vinculado al imputado. Desde el punto de vista del

derecho de defensa, el juicio de imputación adquiere una nueva dimensión jurídico-procesal consistente en el derecho del imputado —y no sentenciado solamente— a obtener una resolución con imputación concreta.

Por ello, el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación y no con el grado de formalización de tal imputación (artículo 139° Constitución Política). Por tanto, está plenamente justificado que el derecho de defensa, que se deriva del principio de contradicción²⁹⁶ íntimamente ligado a la idea de proceso, debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento que la imputación existe. Esto incluye etapas, como la que convoca nuestro estudio de investigación, donde el impedimento o interferencia del ejercicio del derecho de defensa resulta claramente inconstitucional. En efecto, supone una violación del derecho contenido en el artículo 139° inciso 14° de la Constitución Política y del artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

En lo que corresponde, a la viabilidad del *habeas corpus* en la etapa preprocesal penal, la sentencia analizada sostiene “.que (...) la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial. (...), la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos, son atribuciones que la Constitución no ha conferido al Ministerio Público, puesto que su investigación, en todo caso, puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial; pero la imposición de medidas coercitivas como la comparecencia o la detención preventiva, son medidas propias de la instancia judicial y serán adoptadas previa valoración y motivación del juez competente. En consecuencia, el procedimiento de investigación fiscal no incide de manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona”²⁹⁷

²⁹⁶ La aplicación del principio de contradicción en la investigación preliminar, es materia de análisis a propósito del Exp. N° 4084-2007-HC/TC .Caso *Rodolfo Orellana Rengifo*

²⁹⁷ Véase fundamento 36 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006.

Sin embargo, la sentencia no niega a priori ni *in abstracto*, la posibilidad de procedencia del *hábeas corpus* dentro de la etapa previa al proceso penal, cuando continúa argumentando que “...dado que el fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, *en principio* no se configuraría una amenaza cierta e inminente de algún derecho tutelable por el *hábeas corpus*. No obstante, es preciso tomar en consideración que sí bien la denuncia fiscal no vincula al juez..., en cambio, *sí constituye un importante indicativo para el juez, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado*”²⁹⁸

Es decir, la sentencia analizada admite que una actividad fiscal previa al proceso, probadamente arbitraria y con la finalidad de procesar al presunto autor, con base en la cual el juez ha aperturado proceso penal, constituye argumento válido para la configuración de la amenaza cierta e inminente de algún derecho protegido por el *hábeas corpus*, con lo que devendría en procedente el control constitucional en la etapa preprocesal penal.

En cuanto al caso en concreto, el Tribunal Constitucional estima que el anterior análisis no le es aplicable porque la denuncia formalizada ha sido construida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el fiscal y documentos proporcionados por Algamarca, y en segundo lugar, el demandante fue debidamente notificado y no concurrió a declarar en el Ministerio Público.

El aspecto negativo de la sentencia analizada radica en tratar de encasillar la materia controvertida en dos tipos de *hábeas corpus*: por una parte, el *hábeas corpus* reparador²⁹⁹ y por otra parte, el *hábeas corpus* preventivo³⁰⁰, y a partir de allí, negar la procedencia de la demanda de autos porque los fiscales carecerían de decisión en la restricción de la libertad, y, porque no se habría configurado amenaza cierta e inminente, sin considerar que el tipo de *hábeas*

²⁹⁸ El resaltado en cursiva es nuestro

²⁹⁹ Fundamentos jurídicos del 34 al 37 de la de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006.

³⁰⁰ Fundamentos jurídicos del 38 al 47 de la de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006

corpus correspondiente al control constitucional de la actuación fiscal durante la etapa prejudicial no es reparador ni preventivo, sino que la materia encajaría perfectamente en el *hábeas corpus* restringido³⁰¹ toda vez que la investigación preliminar arbitraria habría originado restricciones y molestias en detrimento del ejercicio de la libertad del investigado.

No sólo podría haberse analizado los hechos vulneradores de la libertad personal en forma de restricción para la procedencia del *hábeas corpus* de tipo restringido, sino también consideramos la procedencia del *hábeas corpus* conexo³⁰² porque se ha vulnerado el derecho a la interdicción de la arbitrariedad que se constituye en el principal componente del debido proceso material, y que garantiza el goce del derecho a la libertad del demandante. No hay ninguna forma dentro de una investigación preliminar que vulnera el derecho de prohibición de la arbitrariedad, que asegure el respeto al derecho a la libertad personal. Vale decir, no hay libertad sin respeto a la interdicción de la arbitrariedad; o mejor dicho, la garantía de la objetividad, razonabilidad y racionalidad de las actividades y decisiones dentro de un procedimiento investigación preliminar; hubiese permitido el ejercicio efectivo del derecho a la libertad personal, toda vez que el investigado hubiera tenido conocimiento de las razones sobre la actividad y decisiones asumidas dentro del procedimiento de investigación preliminar. No se habría configurado agresión ilegítima contra del derecho constitucional o principio de interdicción de la arbitrariedad, y con la efectividad de esta garantía procesal penal de sustento constitucional, no existiría riesgo para la afectación de la libertad personal contra el investigado.

En consecuencia, apreciamos que es posible procesalmente que los hechos configurativos de la agresión constitucional puedan subsumirse en más de un tipo de *hábeas corpus*, debiendo predominar, sobre la base del principio *pro homini y pro libertatis*, la posición garantizadora de la más efectiva tutela de la libertad personal. Consecuentemente, no estamos de acuerdo con el sentido de la sentencia, toda vez que concurrían suficientes elementos para sustentar

³⁰¹ SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA, Camilo. *Op. cit.*, p.167

³⁰² GARCIA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, pp. 123-144

la fundabilidad de la sentencia de *hábeas corpus* conexo por debido proceso, con la finalidad de resguardar el derecho a la libertad individual en la forma de restricción.

Hasta este punto, encontramos en común en este caso específico, entre la procedencia del *hábeas corpus* restringido y el *hábeas corpus* conexo, que ambos tipos buscan la protección del derecho a la libertad en forma de restricciones, sin embargo, éste último explica mejor la estructuración del vínculo entre los derechos constitucionales conexos con el derecho de la libertad.

Con respecto al razonamiento constitucional para la resolución del caso en concreto, este se basó en el método subsuntivo, pues el Tribunal Constitucional sobre la base del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, declara improcedente la demanda sobre *hábeas corpus*, descartándose el razonamiento basado en el principio de proporcionalidad, porque no hay nada que ponderar en razón a la ausencia de una medida restrictiva que implique tensión de dos o más principios o derechos constitucionales.

En conclusión, la sentencia analizó en abstracto adecuadamente la vulneración contra derechos constitucionales del investigado involucrados en la etapa preliminar, sin embargo, fue incapaz de aplicar acertadamente dichas consideraciones al *caso in concreto*, toda vez que se cumplían suficientemente las exigencias materiales y procesales para la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de la investigación preliminar.

3.3. El caso *Jorge Manuel Chávez Sivina*: Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC

a. Hechos

El recurrente interpone demanda de *hábeas corpus* contra el titular de la Tercera Fiscalía Provincial, Víctor Renato Reyes Luque, por la presunta

vulneración de sus derechos al debido proceso y a la defensa, por considerar que el Fiscal demandado, por orden de su superior, procedió a formalizar una denuncia penal en su contra, sin permitirle ejercer su derecho de defensa, puesto que no se le notificó ni tuvo conocimiento de la investigación que se le venía siguiendo en sede fiscal.

b. Petitorio

Reposición de las cosas al estado anterior a la violación de su derecho fundamental al debido proceso, en razón de que no ha tenido la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa en la etapa de la investigación fiscal.

c. Posición de la parte demandada.

El demandado sostiene que no se ha producido ninguna amenaza o vulneración de los derechos del recurrente, pues este tuvo conocimiento de la investigación realizada por la Fiscalía de la Nación, habiéndosele notificado en reiteradas ocasiones, sin que presentara sus descargos, y que procedió a formalizar denuncia fiscal contra el demandante por orden de la Fiscal de la Nación.

d. Controversia: El derecho a la defensa

El Sexto Juzgado Penal de Maynas declara infundada la demanda, bajo el sustento de no advertir ninguna vulneración a los derechos invocados por el demandante, toda vez que este tuvo conocimiento de la investigación preliminar que se seguía en su contra en sede fiscal.

La Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Loreto declara infundada la demanda por los mismos fundamentos.

e. Fundamentación de Tribunal Constitucional

Esta sentencia reitera los fundamentos generales del control constitucional en la etapa prejudicial contenidos en las sentencias anteriormente

analizadas: naturaleza misma del Estado constitucional y democrático, control constitucional contra cualquier funcionario o persona, principio de interdicción de la arbitrariedad, y debido proceso.

De estos fundamentos generales, el Tribunal Constitucional destaca el debido proceso porque éste comprende el derecho a la defensa, que es precisamente el derecho que se encuentra seriamente afectado en el caso de autos³⁰³.

Por consiguiente, el fundamento específico de la sentencia estriba en la autonomía e independencia del fiscal que formuló denuncia por orden de un superior jerárquico. Al respecto, el Tribunal Constitucional precisa que la independencia del Ministerio Público se ejerce frente a las injerencias que pudieran provenir de los demás poderes y órganos del Estado, así como de los poderes privados, en tanto que la autonomía ha de ser entendida en relación con cada uno de los fiscales cualquiera sea su grado en razón de las facultades previstas y delimitadas en la Constitución.

Los fiscales individualmente gozan de autonomía externa, cuando se relacionan con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado, y de autonomía interna, cuando ejerce sus funciones conforme a derecho, y exento de intervenciones ilegítimas por parte de fiscales de mayor jerarquía.

Podemos agregar que la protección del debido proceso, al menos en su contenido mínimo en la actividad del Ministerio Público, se vuelve necesario e impostergable, toda vez que la afectación de los derechos fundamentales

³⁰³ La importancia del debido proceso ha sido remarcada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 8120-2005-PHC/T.C., caso *Jeffrey Immelt* y otros, al señalar que: “*El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer*”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 2192-2002-HC/TC (F.J. N° 1), N° 2169-2002-HC/TC (F.J. N° 2) y N° 3392-2004-HC/TC (F.J. N° 6). Este mismo criterio ha sido reiterado por nuestro Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, caso *Ramón Hernando Salazar Yarlequé*; Exp. N° 3954-2006-PA/TC, caso *José Antonio Silva Vallejo*; 2050-2002-AA/TC, Exp. N° 2192-2004-AA/TC; Exp. 1182-2005-AA/TC, entre otros, reconociendo la vigencia del debido proceso a nivel del proceso administrativo sancionador o del derecho disciplinario, sea de las distintas entidades públicas o privadas.

(presunción de inocencia, derecho a ser informado a la imputación entre otros) es mucho más grave e intensa una vez que se ejercita la acción penal por la supuesta comisión de un delito, si es que se compara con los casos de la sustanciación de procedimientos administrativos privados (dentro de una persona jurídica) o a nivel del derecho administrativo sancionador donde se promueve la imposición de una sanción leve, amonestación, multa, etcétera.

El Tribunal Constitucional declara fundada la acción de garantía constitucional por la vulneración del derecho de defensa; “al no haber sido notificado por el Fiscal denunciado y al no haber realizado éste la investigación correspondiente, el recurrente no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa ni tampoco la posibilidad de presentar sus descargos correspondientes. En consecuencia, en opinión del Tribunal Constitucional, en el presente caso, se ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso al no haberse permitido que el recurrente ejerza su derecho de defensa y formule sus descargos”³⁰⁴

En efecto, para el máximo intérprete de la Constitución, la formulación de la denuncia fiscal por parte del demandado, desprovista de fundamentos objetivos razonables, y sólo porque el fiscal de superior jerarquía la ordenó, constituye una abierta vulneración también del derecho a la motivación³⁰⁵

El no haber sido notificado el demandante por el fiscal denunciado genera un estado de indefensión irreparable, pues el ciudadano no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa ni tuvo la ocasión de presentar sus descargos correspondientes³⁰⁶.

³⁰⁴ Fundamento 20 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 6204-2006-HC, del 9 de agosto de 2006.

³⁰⁵ Fundamento 19 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 6204-2006-HC, del 9 de agosto de 2006

³⁰⁶ De conformidad con el artículo 8.º, Inciso 2), literal "c", de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, "[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". Este derecho constitucional, por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 139.º, inciso 3) de la Constitución Peruana e implica el derecho a un tiempo "razonable" para que la persona inculpada pueda preparar u organizar una defensa o, eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla o prepararla de manera plena y eficaz. El enunciado "Durante el proceso" mencionado en el citado artículo 8.º debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (art. 159.º, inciso

También en este caso el Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia del debido proceso a nivel de la etapa prejurisdiccional sentando la doctrina de que: “ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia de la persona citada, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra³⁰⁷. Es decir, se establece que la persona debe contar con un plazo razonable para preparar y organizar la defensa.

f. Posición personal.

El Tribunal Constitucional efectúa un análisis acertado del contenido del derecho a la defensa en sí mismo³⁰⁸, durante la etapa de investigación preliminar, sobre la base de la corrección del desempeño funcional de los fiscales de inferior jerarquía ante mandatos de superiores jerárquicos.

Constituye una mala praxis en el Ministerio Público y Poder Judicial, aunque menos frecuente que en décadas pasadas, efectivizar disposiciones o mandatos emitidos por el superior jerárquico, sin esgrimir razonamiento jurídico, y tan solo porque dicho superior jerárquico así lo ordena. Es importante para el fortalecimiento de las instituciones referidas el real y verdadero ejercicio de la argumentación jurídica, descartando el argumento “*ad homini*”, que en ciertas áreas del derecho tiene consecuencias más graves que en otras, como en el caso de autos, que ha implicado la vulneración de derechos constitucionales en contra del demandante.

4). Constitución. En consecuencia, ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia de la persona citada, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra, considerándose, además, el término de la distancia cuando las circunstancias así lo exijan. [Lo subrayado es nuestro]. Por su parte, la sentencia de la Corte Interamericana del 30 de mayo de 1999 que resolvió el caso Castillo Pertuza y otros contra el Estado Peruano, respecto a este punto, declaró que “La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia, en consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales, no se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada”.

³⁰⁷ Fundamento 20 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC, del 9 de agosto de 2006

³⁰⁸ En tanto no se relacione con otros derechos constitucionales, en especial con la libertad personal.

Consideramos que no ha habido una adecuada aplicación del método subsuntivo como base para el razonamiento constitucional. Pues, no obstante que la sentencia admite que no se ha configurado vulneración directa del derecho a la libertad, no nos explica con argumentación razonable cuál sería en este caso preciso, la vinculación mínima entre los derechos constitucionales del derecho a la defensa y debida motivación con el derecho a la libertad personal, para que se configure una vulneración indirecta del derecho a la libertad.

No es correcto que el Tribunal Constitucional se releve de tal obligación, pues, resulta imprescindible argumentar tal vinculación en razón a la esencia del *hábeas corpus*, que busca proteger la libertad. Las supuestas razones³⁰⁹ para la excepción de tal vinculación solo revelarían dos cosas, que el Tribunal teniendo absolutamente interiorizada la necesidad de la vinculación entre el derecho a la defensa y el ejercicio del derecho a la libertad personal, ha omitido inmotivada y arbitrariamente tal vinculación; y segundo, las razones esgrimidas, no son válidas para estructurar excepciones a la vinculación entre el derecho a la defensa y el derecho a la libertad, pues, los principios de elasticidad y celeridad, y el vacío legal en la etapa de la investigación preliminar, no tienen ninguna vinculación efectiva con la libertad personal del investigado.

Es curioso que la sentencia mencione el *hábeas corpus* conexo³¹⁰ y sus requisitos esenciales como parte de un marco general y, sin embargo, no aplique el tipo al caso concreto porque consideró que éste no cumplía con tales requisitos. No estamos de acuerdo porque era procesalmente posible la procedencia del *hábeas corpus* conexo, pues se establecía perfectamente la vinculación entre el derecho a la defensa con el derecho a la libertad, puesto que resulta imposible garantizar la libertad personal del investigado (entiéndase en todas sus manifestaciones durante el procedimiento de

³⁰⁹ El Tribunal Constitucional considera que no hay afectación concreta a la libertad, empero, por el principio de elasticidad, celeridad procesal, y por el vacío legal en la etapa de la investigación preliminar, pasa a ver el fondo del asunto

³¹⁰ Fundamentos 3 y 5 de la sentencia recaída en el Exp. N° 6204-2006- PHC/TC

investigación preliminar) si es que no asegura constitucionalmente el ejercicio real del derecho a la defensa.

En conclusión, el Tribunal Constitucional se pronunció por la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar, sin embargo, manifestamos concordancia con el fallo, mas no con el razonamiento jurídico, pues eran concurrentes los requisitos y presupuestos para la procedencia del *hábeas corpus* conexo por debido proceso (derecho a la defensa).

3.4. El caso César Darío Gonzáles Arribasplata: Exp. N.º 2521-2005-PHC/TC

a. Hechos

El recurrente César Darío Gonzales Arribasplata, alcalde del distrito de Lince, interpone demanda de *hábeas corpus* contra el titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, Jorge Luis Cortez Pineda y el capitán de la Policía Nacional del Perú adscrito a la DIRCOCOR-DIVAMP, Óscar Estrada Pedraza, por expedir este último el Atestado Policial N° 08-2004-PNP-DIRCOCOR.DIVAMP, que motivó la formalización de la denuncia correspondiente por el fiscal demandado ante el Juzgado Penal de Turno Permanente de Lima.

Recibida la denuncia por el Juzgado Penal de Turno Permanente, dicho órgano judicial, con fecha 5 de mayo de 2004, emitió el correspondiente auto de apertura de instrucción, remitiéndose luego el proceso a la Mesa de Partes Única de los Juzgados Penales, la misma que derivó la instrucción al Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, el cual dictó auto de avocamiento, asumiendo jurisdicción sobre dicha causa, notificando esta resolución a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, siendo parte agraviada en dicho proceso la corporación municipal que preside el demandante.

b. Petitorio

Se ponga fin a los actos de acoso judicial que se habría producido con el avocamiento indebido del emplazado fiscal al conocimiento de una causa pendiente ante el órgano judicial.

c. Posición de la parte demandada.

La parte demandada niega los hechos de la demanda.

d. Controversia: Derecho al debido avocamiento

El Decimocuarto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima declara fundada la demanda por estimar que el Fiscal Provincial demandado concedió ampliaciones de la investigación con la finalidad de que se esclarecieran los hechos, pero dichas investigaciones ampliatorias no fueron remitidas al Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima que conoció de la investigación primigenia.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda considerando que los funcionarios demandados actuaron dentro del marco legal de sus atribuciones, y que lo que el demandante pretendía, en realidad, era excluirse de las investigaciones realizadas por las autoridades correspondientes.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

Esta sentencia hace un estudio sobre el avocamiento indebido como parte del argumento de demanda de *hábeas corpus*, la que fue dirigida contra el Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, Jorge Luis Cortez Pineda, y un efectivo PNP, pues con fecha 03 de mayo del año 2004 se realizó una operación policial ordenada por la Fiscalía demandada, en la cual se intervino al ex asesor de la Municipalidad distrital de Lince, por haber recibido ilícitamente suma de dinero de un

ciudadano, hechos que dieron lugar a una investigación que concluyó con un atestado policial que motivó la formalización de la denuncia correspondiente por el fiscal demandado ante el Juzgado Penal de turno, el mismo que apertura proceso penal.

Posteriormente, el mismo Fiscal Provincial inició una investigación paralela que se tramitó ante la División de Apoyo del Ministerio Público a cargo del efectivo PNP demandado y solicitó acumular a su investigación la realizada por otra Fiscalía, violando el artículo 139° inciso 2° de la Constitución que prohíbe el avocamiento de causas pendientes ante el órgano judicial.

De esta manera, el Tribunal Constitucional considera en el presente caso la emisión de resoluciones fiscales y actuaciones policiales que pretenden comprender al demandante en un proceso penal en el que podrían establecerse restricciones a la libertad personal.

Al respecto, podemos referir en cuanto al principio constitucional de la prohibición del avocamiento indebido cuyo enunciado es “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”³¹¹, siendo que la vulneración de este principio implica que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y que en su lugar el proceso se resuelva por autoridad distinta cualquiera sea su clase³¹².

f. Posición personal.

El Tribunal Constitucional en varias sentencias sobre la materia advierte constantemente vacío legislativo en torno a la regulación de la investigación preliminar. Reitera esto en el caso analizado, sosteniendo que “si bien la ley penal de la materia no configura nítidamente los perfiles de la investigación preliminar fiscal, pues la ley no fija plazos, procedimiento, ni limitaciones

³¹¹ Art.139° Inc. 2° segundo párrafo de la Constitución Política del Estado.

³¹² Exp. N.º 1091-2002-HC, fundamento 3, recogido a su vez en el Exp. N.º 07638-2005-PA/TC, Caso: *Carlos Alejandro Lora Chirinos*, fundamento 4.

precisas, no cabe duda, que la extensión de la actividad investigadora del Ministerio Público debe cesar una vez que el Juez Penal la asuma”.³¹³

El avocamiento indebido del fiscal demandado estaba interfiriendo con las funciones que correspondían a la fiscalía que primigeniamente había intervenido en la investigación. La ampliación de la investigación correspondía ser asumida por esta fiscalía y no por la demandada. Esto porque no sólo era formalmente incompetente sino que configuraba una vulneración del principio constitucional del debido avocamiento, como parte del debido proceso consagrado por el artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política del Estado.

La procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar sobre la base del indebido avocamiento privilegia a la larga el derecho al juez natural, es decir, la seguridad que la jurisdicción que realmente corresponde al ciudadano no haya sido producto de actuaciones ilícitas, desviaciones predeterminadas o conductas delictivas.

Recuérdese que la competencia indebida del Ministerio Público puede inducir a la competencia indebida del órgano jurisdiccional, de manera tal que garantizando un debido avocamiento del fiscal en el caso, se encamina hacia una debida competencia jurisdiccional, pues por regulación de normas administrativas internas del Ministerio Público, cada uno de las fiscalías se encuentran designadas a determinados órganos jurisdiccionales. Es decir, regularmente, un debido avocamiento del Ministerio Público se correlaciona con el debido avocamiento de la autoridad judicial.

El razonamiento jurídico o material se sustenta sobre la base del método subsuntivo. Este permite apreciar que los hechos vulneradores no guardan concordancia con el artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política, por lo que resulta procedente el control constitucional a través del *hábeas corpus*.

³¹³ Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Exp. N.°2521-2005-PHC/TC de 24 de octubre de 2005

Sin embargo, la sentencia no ha argumentado la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, aún cuando menciona referencialmente la arbitraria actuación del fiscal demandado.³¹⁴ El Tribunal Constitucional desperdició la oportunidad de analizar las interrelaciones específicas entre los principios de interdicción del avocamiento indebido e interdicción de la arbitrariedad, en lo que al caso concierne, obviando mayores niveles de argumentación constitucional.

Es de destacarse la inexistencia del vínculo entre el principio de prohibición de avocamiento indebido con el derecho a la libertad. Nuestro Alto Tribunal no percibe la suma importancia de esta vinculación. Tal parece que reduce tal exigencia a la fundamentación correspondiente al *hábeas corpus* conexo.

Sugiere la sentencia la procedencia sobre el tipo de *hábeas corpus* restringido, sin embargo, no sustenta la existencia de la subsunción procesal en el tipo. Asumimos que los hechos constitutivos de la vulneración del derecho al debido avocamiento, como condición para la efectividad del derecho a la libertad, pueden ser subsumidos en el tipo de *hábeas corpus* conexo o en el tipo de *hábeas corpus* restringido.

La argumentación jurídica correspondiente a la procedencia del *hábeas corpus* conexo, durante esta investigación preliminar, estriba esencialmente en la necesidad de garantizar constitucionalmente el debido avocamiento del fiscal del caso, con la finalidad de garantizar el respeto al derecho a la libertad del investigado. Los dos derechos constitucionales se encuentran absolutamente vinculados, pues, no existe forma legítima alguna dentro de una investigación preliminar, que vulnerando el derecho a un debido avocamiento de la autoridad destinada a investigar, se garantice la real efectividad del derecho a la libertad.

En cuanto a la procedencia del *hábeas corpus* restringido, aunque con menos posibilidades procesales que el *hábeas corpus* conexo, podría sustentarse

³¹⁴ Fundamento 11 de de la sentencia recaída en el Exp. N.º2521-2005-PHC/TC de 24 de octubre de 2005

sobre la base de restricciones de la libertad, debido al acoso judicial en que se habría sometido al demandante.

No obstante las deficiencias incurridas por nuestro Supremo Tribunal, la sentencia analizada es importante para la evolución de la temática estudiada, pues no podría el Tribunal Constitucional dejar de comprender el avocamiento indebido como sustento del control constitucional en la etapa de la investigación preliminar, por la relevancia del derecho constitucional involucrado, sin embargo, desperdició otra vez más la oportunidad de formular argumentaciones de cara a posiciones más extensivas de defensa a los derechos fundamentales de la persona.

3.5. El caso *Roberto Boris Chauca Temoche*: Exp. N.º 2725- 2008-PHC/TC

a. Hechos

El recurrente interpone demanda de *hábeas corpus* por derecho propio, y a favor de Rosa María de Guadalupe Zamudio Mayor, Miriam Ivone González Grillo, Herbert Helmund Fiedler Villalonga, Eliana Antonieta Pastor Paredes, Miguel Rojas Martínez, y Artemio Rodríguez Rodríguez, contra la Fiscal de la Sexta Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Isabel Cristina Huamán García, el Fiscal Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Pedro Miguel Ángulo Arana y contra Daniel López Gutiérrez, representante de la Compañía Minera Casapalca S.A.

Sostiene el recurrente que él y los favorecidos son trabajadores de la empresa Sociedad Minera Corona S.A., y han sido denunciados arbitrariamente por la Compañía Minera Casapalca S.A., lo que inició una irregular investigación preliminar fiscal por la presunta comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionarios, fraude procesal y lavado de activos, hechos que anteriormente ya habían sido investigados por la Décimo Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, que declaró no haber lugar a formalizar

denuncia penal, decisión fiscal que fue confirmada por la Quinta Fiscalía Penal Superior, la que al iniciar la referida investigación preliminar por parte del fiscal demandado, vulnera sus derechos constitucionales a obtener una resolución fundada en derecho, a la prohibición de una persecución penal múltiple (ne bis in ídem), y a la libertad individual.

b. Petitorio

Nulidad de la resolución fiscal dictada por el Fiscal Superior demandado, por la que accedió al pedido de la minera Casapalca para que el caso sea conocido por la fiscalía anticorrupción, y así también se deje sin efecto la resolución de fecha 21 de noviembre de 2007, dictado por la Fiscal Provincial Penal demandada, que dispuso dar inicio a la irregular investigación preliminar contra él y los demás beneficiarios por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir y otros.

c. Posición de la parte demandada

El fiscal superior emplazado sostiene que no es verdad que emitió resolución favoreciendo a la minera Casapalca, a fin de que la denuncia fuera vista por el sistema anticorrupción, sino que se decidió ello a fin de evitar la indefensión de los denunciantes.

Asimismo, la fiscal penal demandada sostuvo que abrió investigación penal contra los demandantes en cumplimiento de la resolución fiscal superior que le ordena abrir investigación, y de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

El demandado representante de la compañía minera Casapalca sostuvo que las personas que son materia de la segunda investigación fiscal son distintas a las que fueron objeto de la denuncia que fue archivada por el Ministerio Público

d. Controversia: El principio del *ne bis in ídem*

El Trigésimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima declara fundada la demanda, estimando que al tomar conocimiento el órgano emplazado que ya se había archivado una denuncia por los mismos hechos, debió inmediatamente desestimarse la denuncia posterior.

El *ad-quem* constitucional revocó la apelada y declaró infundada la demanda por estimar que no existe doble persecución penal contra los demandantes por cuanto estos y las personas que fueron objeto de la denuncia archivada por el Ministerio Público no son las mismas.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

Se considera que el debido proceso y la tutela jurisdiccional son propios de un proceso judicial y/o jurisdiccional, lo cual no es exacto para el Tribunal Constitucional, pues aquellas instituciones que son propias de un Estado constitucional y democrático, que pretenden la supremacía de la Constitución, despliegan también su eficacia jurídica en la investigación prejurisdiccional de los procesos penales.

Entiende el Tribunal Constitucional el principio de *ne bis in ídem* material a que “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, de modo que está orientado a la imposibilidad de imponer sanciones sobre un mismo sujeto por una misma infracción. En su dimensión procesal “nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos” es decir que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos.

Verificar la vulneración del principio *ne bis in ídem*, supone constatar la conjunción de tres identidades distintas: identidad de la persona perseguida, (*eadem persona*), identidad de objeto de persecución (*eaden res*) e identidad de la causa de persecución (*eaden causa patendi*).

Es interesante que el Tribunal Constitucional no exija la identidad subjetiva por cuanto no habiéndose configurado un hecho delictivo, no podrían existir autores investigados o no, que respondan de algo que no existe³¹⁵.

Así, puntualiza que cuando el “no ha lugar a formular denuncia penal” por parte del Fiscal se refiere a que el hecho no constituye delito, es decir, carece de ilicitud penal, genera el estatus de inamovible.

La posición originaria del Tribunal Constitucional al respecto era que “una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos”³¹⁶. No obstante, dicho criterio ha merecido una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de “no ha lugar a formular denuncia penal” por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carece de ilicitud penal”³¹⁷

De lo anterior se colige que es distinto el caso cuando el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, en este caso la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que se revele la necesidad de investigación y que el delito no haya prescrito.

El Tribunal Constitucional afirma a través de esta sentencia que la decisión fiscal de “No ha lugar a formalizar denuncia penal” en los términos precisados anteriormente genera el estatus de inamovible sustentándose en dos postulados constitucionales:

³¹⁵ Véase fundamento 20 a) de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2725-2008-PHC/TC. Con respecto a la identidad objetiva y a la identidad de la causa de la persecución se cumplían perfectamente en el presente caso

³¹⁶ Véase el fundamento 7 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 6081-2005-PHC/TC.

³¹⁷ Véase fundamento 15 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2725-2008-PHC/TC

- 1.- La posición constitucional del Ministerio Público lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el Art. 159° de la Constitución Política del Estado. En otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito.
- 2.- Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica.

Con respecto a la cosa decidida, el Tribunal Constitucional tiene en claro que “[...] el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados”.³¹⁸

En el caso de autos, la Decimotercera Fiscalía Provincial de Lima archivó definitivamente la denuncia interpuesta por la Compañía Minera Casapalca contra Salvador Gubbins Granger, Daniel Calos Villanueva Ortiz (presidente ejecutivo y gerente general de la Sociedad Minera Corona, respectivamente), Andrés Edilberto Silva Chang, y los que resulten responsables, porque los hechos que se les imputan no constituían delitos.

f. Posición personal.

Esta sentencia es concordante con el Informe N° 1/95 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³¹⁹ que consideró la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal por inexistencia de delito como

³¹⁸ Véase fundamento 16 de la sentencia recaída en el Exp. N.° 2725-2008-PHC/TC

³¹⁹ Relativo al Caso 11.006 de 7 de febrero de 1995. Asunto *Alan García Pérez* por enriquecimiento ilícito

un acto típicamente jurisdiccional, de manera tal que se configura un caso especial de cosa juzgada.

Sin embargo, la doctrina en mayoría considera que la decisión de no formular denuncia fiscal carece de la calidad de cosa juzgada³²⁰. El artículo 335° del nuevo Código Procesal Penal consagra la posición de la doctrina mayoritaria.

La sustentación constitucional obligaba a un razonamiento basado en la justificación constitucional para un tratamiento diferenciado, que excluyera cualquier vulneración contra el derecho a la igualdad. Esto es, el razonamiento debió sustentarse en el principio de proporcionalidad, pues se trataba de un tratamiento que se apartaba del tratamiento general otorgado al archivamiento de disposiciones fiscales sobre no haber lugar a formular denuncia fiscal.

Estimamos que el Tribunal Constitución en cuanto al fondo de la temática ha optado por el respeto a la libertad personal. La prohibición del *ne bis in idem* se erige en uno de los principios conformantes del debido proceso penal, que a su vez se constituye en una de las garantías fuentes o genéricas procesales. La dinámica de interrelación o confrontación con los demás principios procesales penales, básicamente, relacionados con función investigatoria del Ministerio Público, da cuenta de un escenario en el que necesariamente esta garantía procesal del *ne bis in ídem* a favor del investigado, según la sentencia analizada, ha de prevalecer aún cuando la sociedad deba asimilar déficits institucionales en contra de otros fines o valores constitucionales; entre ellos, la seguridad ciudadana. Se trata de criterios axiológico valorativos, por los que el sistema jurídico ha optado.

³²⁰ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, 25ª ed., (trad. Córdoba/Pastor), Buenos Aires, 2000, p. 335. En nuestro medio, GARCÍA CAVERO Percy comparte esta posición en *El Carácter de Cosa Juzgada de las Resoluciones Judiciales*. Consulta: 05 de marzo del 2012 En: <http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/cosajuzgada.pdf>. No obstante haber analizado la temática, el autor CARO CORIA Carlos, no toma posición al respecto en *El Principio de Ne Bis In Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 23. Consulta: 3 de marzo 2012. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos7pdf7abril06/El_principio_de_ne_bis_in_idem_.pdf. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, sobre la base de previsiones ante ineficiencia fiscal en casos de violaciones de derechos humanos, muestra desacuerdo sobre la calidad de cosa juzgada de las decisiones fiscales que archivan las denuncias en caso de inexistencia de delito; en *¿Cambio de la Jurisprudencia del TC en materia de ne bis in idem?* Consulta: 3 de marzo 2012 http://www.justicia viva.org.pe/noticias/2008/octubre/23/cambio_juris.htm

El tipo de *hábeas corpus*, según la sentencia, es preventivo. Sin embargo, no realiza un análisis detallado de la concurrencia de los elementos de la amenaza. No analiza los elementos del peligro; menos aún precisa si estamos ante una amenaza de privación o restricción de la libertad personal, porque el razonamiento sería distinto. Podríamos asumir que se trata de privación, cuando se refiere al internamiento preventivo, como consecuencia posible debido al procesamiento penal del denunciado. Sucede que podríamos sustituir la palabra utilizada “encarcelado” por “perturbado por restricciones a la libertad”, y, el razonamiento es exactamente el mismo. No variaría en absoluto, por lo que resultan indispensables mayores precisiones al respecto.

Desde la perspectiva de la construcción de la procedencia del *hábeas corpus* en la investigación preliminar, esta sentencia contribuye debido a que plantea el debate constitucional en torno al *ne bis in ídem* de las decisiones fiscales sobre archivamiento de la denuncia fiscal.

3.6. El caso *Daniel Eduardo Yabbur* : Exp. N.º 00144-2008 PHC/TC

a. Hechos

El recurrente interpone demanda de *hábeas corpus* contra el Jefe del Grupo N° 1 del Equipo Especial de Investigación de la DIRANDRO-PNP, Capitán PNP Eduardo Martín Dávila Llanos, alegando la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso, principio *ne bis in ídem* y al principio de prohibición de avocamiento indebido, conexos con la libertad individual.

Sostiene que viene siendo investigado por la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial de Lima y la Unidad de Inteligencia Financiera por el ilícito de financiamiento a terceros (terrorismo) y lavado de activos; y para llevar adelante dicha investigación, además de recabar su manifestación se ha dispuesto el levantamiento del secreto bancario, tributario, etcétera, alegando que la investigación lleva más de dos años, y aún no ha concluido; no obstante ello, refiere que en octubre de 2006 ha sido notificado para que concurra a rendir su manifestación por un supuesto ilícito de lavado de activos provenientes del

tráfico ilícito de drogas seguida contra don Vladimiro Montesinos Torres y otros iniciada por el fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Especializada contra la Criminalidad Organizada, Jorge Wayner Chávez Cortina; siendo que en esta última investigación el emplazado ha requerido a la Primera Fiscalía Provincial Especializada contra la Criminalidad Organizada para que solicite al Quinto Juzgado Penal de Maynas copias certificadas de la denuncia fiscal, auto apertorio de instrucción y demás actos procesales del proceso penal que se le sigue por el delito de fraude contra la administración de personas jurídicas y otro en el Exp. N° 1375-2007, pese a que la reserva del proceso penal no admite excepciones, lo que constituye una violación a los derechos constitucionales precisados.

b. Petitorio

No precisa

c. Posición de la parte demandada

No precisa

d. Controversia: Derecho al debido proceso, *ne bis in ídem* y prohibición de avocamiento indebido

No precisa la demanda los fundamentos de la sentencia de primera instancia. La Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Loreto, declaró infundada la demanda de *hábeas corpus*, sin precisar la sentencia los fundamentos en que se sustentó dicho órgano jurisdiccional.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

El artículo 200° inciso 1° de la Constitución Política, adscribiéndose dentro de la concepción amplia del proceso de *hábeas corpus*, tutela no sólo el derecho a la libertad personal sino también procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los

derechos constitucionales conexos al derecho a la libertad personal. Posición concordante con el Código Procesal Constitucional en el artículo 25º, último párrafo, el mismo que establece que el *hábeas corpus* también procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio.

El requisito de conexidad consiste en que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual, de suerte que los actos que atenten contra los derechos constitucionales conexos resulten también lesivos al derecho a la libertad individual.

En consecuencia, dentro de un proceso constitucional de *hábeas corpus*, la justicia constitucional se puede pronunciar sobre la eventual vulneración del derecho al debido proceso en el marco de una investigación policial, así como del principio *ne bis in ídem* y del principio de prohibición de avocamiento indebido, siempre y cuando exista conexión entre estos derechos y el derecho fundamental a la libertad individual, de modo que la afectación al derecho constitucional conexo también incida negativamente en la libertad individual.

En el caso constitucional de autos, se advierte que los hechos alegados por el accionante como lesivos a los derechos constitucionales invocados no tienen incidencia directa sobre su libertad personal, esto es, no determinan restricción o limitación alguna a su derecho a la libertad individual, por lo que la pretensión resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de la libertad, y dado que los hechos y petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el *hábeas corpus*, la demanda es improcedente.

f. Posición personal

Los aspectos positivos de la sentencia analizada consisten en superar el tratamiento del *hábeas corpus* conexo dentro del marco de una investigación policial. Es decir, coincidimos plenamente con el Tribunal Constitucional en lo

que concierne a la exigencia ya no sólo para los *hábeas corpus* conexos sino para supuestos que superan la tipología analizada.

Es importante que se exija la conexión entre los derechos constitucionales que no sean la libertad pero que se relacionan fuertemente con ella. Este aspecto no sólo corresponde al *hábeas corpus* conexo, sino a otros *hábeas corpus* que no respondan al tipo. Pues, no siempre la vulneración de la libertad se presenta en forma de privación, como sucede ante una detención preliminar o provisional, puesto que estas afectaciones ostentan el carácter de medidas excepcionales, por consiguiente, será necesario también vincular los derechos constitucionales transgredidos mediante la amenaza o restricciones del derecho a la libertad.

En el *hábeas corpus* preventivo durante la investigación fiscal o policial, no sólo es necesario ubicar la amenaza contra el derecho a la libertad, sino precisar los derechos constitucionales vulnerados mediante la amenaza. En el caso de *hábeas corpus* restringido, también es necesario precisar no solo las restricciones concretas, específicas o focalizadas, sino explicar cómo es la vulneración del derecho a la libertad, a través de las restricciones. En ambos, es necesario, la vinculación de tales derechos con el derecho a la libertad.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha sabido mantener este criterio en posteriores pronunciamientos, tal como critica acertadamente GARCÍA CAVERO³²¹. E incluso, el Tribunal Constitucional ha confundido vinculación del derecho conexo y el derecho a la libertad individual, con la afectación de ambos derechos. Consecuentemente, no se adscribe a la posición amplia sobre la procedencia del *hábeas corpus*, sino a la concepción restrictiva en este tópico específico pues, exigiendo doble vulneración tanto del derecho conexo como del derecho a la libertad, está restringiendo el ámbito de protección del *hábeas corpus* porque según el artículo 200° inciso 1° de la Constitución Política, no se requiere la vulneración de los derechos procesales

³²¹ GARCIA CAVERO, Percy. “La Relación de Conexidad en los *Hábeas corpus* Conexos” En *Anuario de Derecho Penal. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp.123-144

penales de raigambre constitucional conjuntamente con la vulneración del derecho de la libertad personal.

3.7. El caso *Socorro Vallejo Cacho de Valdivia*: Exp N. ° 1268-2001-HC/TC

a. Hechos

Socorro Vallejo Cacho de Valdivia interpone acción de *hábeas corpus* contra el mayor de la Policía Nacional del Perú, Oscar Peñafiel Coloma y contra el suboficial Emilio Chipa Carbajal, con el objeto de que cesen los actos de amenaza a la libertad personal ejecutados por los demandados. Afirma que el 15 de marzo de 2001, a las 13: 30 minutos, se le citó para concurrir ese mismo día a las 15:00 horas a la Comisaría de Barranco, sin respetar el plazo mínimo de veinticuatro horas que debe observarse y, además, sin precisar el nombre del agraviado y el motivo de la denuncia. Se pretendería hacerle concurrir para obtener declaraciones que podrían ser empleadas contra ella en procesos judiciales en los que es encausada; todo ello por instigación de Amalia Silvana Begazo Sotero, la presunta agraviada. Manifiesta que estos hechos son reiterativos y que los funcionarios demandados se prestan a ello. Aduce que estos hechos conculcan su libertad personal, su derecho a no ser obligada ni violentada para obtener sus declaraciones, y a no ser objeto de violencia moral y psíquica.

b. Petitorio

La demandante solicita cesen los actos de amenaza a la libertad personal.

c. Posición de la parte demandada

El oficial demandado afirmó que la citación a la accionante se debió a una denuncia por maltrato psicológico, y que la prontitud de dicha citación se debió a la gravedad de la denuncia y para intentar una conciliación entre las partes.

d. Controversia: Plazo razonable para la defensa

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, declaró infundada la acción de *hábeas corpus*, por considerar que no se acreditó la vulneración alegada, y porque la autoridad policial actuó en el ejercicio regular de sus funciones.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional.

La citación de la autoridad policial se sustentaba en la denuncia que Amalia Silvana Begazo Sotero había formulado contra la accionante por presuntos maltratos psicológicos en agravio de su menor hija. Como lo reconoce la propia autoridad policial emplazada, la citación se efectuó a las 12: 30 minutos para concurrir a las 15:00 horas del mismo día.

El Tribunal Constitucional sostiene que no hubo respeto a un plazo adecuado, y no se precisó el nombre del denunciante, sin embargo, no se habría vulnerado propiamente el derecho a la libertad personal invocado por la accionante, sino el derecho de toda persona inculpada al "tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa", reconocido por el artículo 8º inciso 2º, literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Este derecho, por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado por el artículo 139º inciso 3º de la Constitución Política e implica el derecho a un tiempo "razonable" para que la persona inculpada pueda preparar u organizar una defensa o, eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articular o preparar la defensa de manera eficaz. El enunciado "durante el proceso" mencionado en los artículos invocados, debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa

prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público³²².

En consecuencia, ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia del denunciado, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa frente a las imputaciones o cargos en su contra.

La citación policial para la realización de alguna diligencia, no puede considerarse como medio que obligue o viole la obtención de una declaración o una forma de violencia moral y psíquica que afecte a la persona; y en consecuencia, se declaró fundada la demanda.

f. Posición Personal.

El Tribunal Constitucional, a través de esta sentencia, por primera vez reconoce que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, precisando que el ejercicio del derecho a la defensa implica el derecho a un plazo razonable para la preparación plena y eficaz de la defensa.

El razonamiento de la sentencia es sobre la base del método subsuntivo porque se ha verificado la vulneración del artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política, pues no se respetó el derecho a un “tiempo” razonable a favor de la demandante para que pueda preparar u organizar una defensa.

Sin embargo, el derecho a la defensa en nuestro sistema constitucional tiene entidad propia, reconocido por el artículo 139 inciso 14° de la Constitución Política. De manera tal, que no era necesario invocar el inciso 3° del mismo artículo de la Constitución Política.

³²² Art. 159° inciso 4° de la Constitución Política del Estado.

La demanda se sustenta en amenaza contra la libertad personal, frente a lo cual nuestro Tribunal Constitucional sostuvo la inexistencia de vulneración de la libertad personal, sin referirse en estricto a la amenaza alegada en la demanda. Por otra parte, aún no se había estructurado jurisprudencialmente la tipología de los *hábeas corpus*, sin embargo, la doctrina constitucional conocía sobre los principales tipos de *hábeas corpus* desde décadas atrás.

Empero, el aporte significativo de la sentencia analizada estriba en que, por primera vez el Tribunal Constitucional analiza un elemento teórico importante para la construcción de la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar, pues precisa el contenido del derecho a la defensa durante la investigación policial.

3.8. El caso *José Andrés Callegari Erazo*: Exp. N.º 5213-2007-PHC/TC

a. Hechos

El recurrente interpone demanda de *hábeas corpus* contra el Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial de Crimen Organizado, Jorge Wayner Chávez Cotrina por vulneración al derecho de defensa y al principio de prohibición de avocamiento indebido.

El fiscal demandado formalizó denuncia por el presunto delito de peculado culposo, contra el demandante de autos, no teniendo en cuenta que el Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima conocía los mismos hechos materia de la denuncia cuestionada. Alega, además, que no ha sido citado en la etapa de la investigación preliminar, vulnerándose de esta manera sus derechos constitucionales.

b. Petitorio

Nulidad de la denuncia fiscal por vulneración del principio de prohibición de avocamiento indebido y del derecho de defensa, al existir el proceso penal Exp.

N° 026-2007 que se refiere a los mismos hechos, y no haberse citado en la investigación preliminar al demandante.

c. Posición de la parte demandada

El fiscal demandado refiere que no se han vulnerado los derechos constitucionales del demandante porque este no tiene la calidad de procesado en el Exp. N.° 026-2007 y dicho proceso penal comprende otro delito, además, alega que se procedió a notificar al demandante para su declaración policial.

d. Controversia: Prohibición del avocamiento indebido

El Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima declara improcedente la demanda por considerar que el fiscal emplazado se ha avocado debidamente a la investigación en contra del demandante, porque en el otro proceso penal el recurrente no se encuentra procesado.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional sustenta la sentencia analizada sobre la base del principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido, cuyo contenido es “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”³²³, por lo que, el avocamiento indebido supone que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa, y que en su lugar el proceso sea resuelto por una autoridad distinta a la que corresponde³²⁴.

La denuncia fiscal por la presunta comisión de delito de peculado culposo tiene un objeto distinto al del delito de apropiación ilícita que se venía investigando en otro juzgado, aunado al hecho que en este último proceso, el recurrente no

³²³ Art.139 Inc. 2° segundo párrafo de la Constitución Política del Estado

³²⁴ Véase fundamento 5 de la sentencia recaída en el Exp. N.° 1091-2002-HC/TC

se encontraba en calidad de testigo ni de procesado, por lo que la investigación de los hechos por un delito no impide que se siga instruyendo el otro proceso penal³²⁵.

f. Posición personal:

No es correcto cuando el Tribunal Constitucional asevera "... que no obstante el cuestionamiento en torno al hecho de que no se haya contado con la declaración del accionante, la misma no resulta ser una observación válida, pues se aprecia de autos, a fojas 92, la resolución mediante la cual la Fiscalía dispone abrir investigación policial y se reciba la declaración del recurrente. A mayor abundamiento, cabe señalar que el demandante no ha solicitado el fiscal emplazado rendir su manifestación." ³²⁶

En primer lugar, el acto de disponer u ordenar se reciba la declaración del recurrente es distinto del acto de la notificación al investigado, no obstante ser secuenciales y tener ambos como finalidad, la debida investigación de los hechos presuntamente delictuosos. Sin embargo, uno no puede sustituir o anteponerse ante el otro. Es decir, una disposición no puede efectivizarse si se omite la notificación correspondiente. Lo que pretende absurdamente nuestro Máximo Tribunal es avalar la existencia de la disposición para la declaración del demandante, aunque ésta no se haya cumplido. Es como si bastara ordenar un determinado asunto y no ejercer funciones contraloras de los subordinados acerca del debido cumplimiento de lo ordenado. No tiene sentido alguno resolver u ordenar, si tal orden, disposición o resolución no se dirige válidamente a su destinatario para el debido conocimiento del contenido. Es absurdo resolver cuestiones o asuntos que nunca van a ser conocidos. Es vaciar absolutamente al sentido y racionalidad del acto de notificación.

El propio Tribunal Constitucional invoca el artículo 94.2° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que relevaría de la declaración a los investigados cuando existan suficientes indicios para denunciar ante el Órgano Jurisdiccional. No

³²⁵ Véase fundamento 3 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 5213-2007-PHC/TC

³²⁶ Véase fundamento 5 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 5213-2007-PHC/TC

estamos de acuerdo con la interpretación meramente legalista de nuestro Máximo Tribunal, puesto que una interpretación constitucional de la norma legal exigirá supeditarla a los derechos fundamentales de la persona, básicamente, al derecho a la presunción de inocencia y derecho a la defensa, consagrados por nuestra Constitución Política.

En segundo lugar, constituye obligación del Ministerio Público garantizar la recepción de la declaración policial ordenada en la investigación policial. No era necesario que el investigado solicitara la recepción de su declaración, porque habiendo ordenado el Ministerio Público recepcionar tal declaración, constituía obligación de naturaleza constitucional a cargo del demandado, sobre la base del respeto a la presunción de inocencia y derecho a la defensa.

Es cierto que parte fundamental del derecho a la defensa es ser escuchado, cuando así lo considere el investigado, por lo que en tal caso, éste solicitará se recepcione su declaración, pero, cuando la autoridad fiscal ordena o dispone se tome la declaración del investigado, debe necesariamente asegurar que la disposición u orden se efectivice, no sólo para garantizar las funciones inherentes a la persecución del delito que la Constitución le ha confiado, sino y con mayor razón, para garantizar el respeto de los derechos constitucionales del investigado.

En conclusión, esta sentencia constituye un caso contundente sobre el tratamiento incorrecto que otorga el Tribunal Constitucional a las obligaciones, derechos, facultades y atribuciones del fiscal, policía e investigado, resultando en este caso situaciones deficitarias del real ejercicio del derecho a la defensa.

A nuestro criterio, la demanda de autos debió estimarse por las razones esgrimidas, debiéndose haber aplicado el método subsuntivo, toda vez que los hechos, materia del caso, constituyen una grave vulneración de los artículos 139° inciso 14° de la Constitución Política, pues el demandado ha realizado la investigación preliminar, sin conocimiento del demandante de autos.

3.9. El caso *José Humberto Abanto Verástegui*: Exp. N. ° 06079-2008-PHC/TC

a. Hechos

El recurrente interpone demanda de *habeas corpus* contra el titular de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Especializada en Criminalidad Organizada, toda vez que esta dispuso la apertura de investigación preliminar en su contra, signada con el Expediente N° 001-2008, solicitando además a la Fiscalía de la Nación el levantamiento de su secreto bancario por el período comprendido desde 1991 a la fecha, sin sustento, puesto que a la fecha en que fue dictada, ya no ostentaba la condición de director, gerente general o apoderado de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., la cual era la empresa materia de investigación por hallarse supuestamente involucrada en el delito de lavado de activos; y asimismo, sostiene que se ha vulnerado su derecho a la libertad individual al haberse denegado su pedido para ser excluido de la investigación preliminar por cuanto ha demostrado la inexistencia de actividad económica de la empresa investigada, así como la celebración de actos jurídicos sobre patrimonio empresarial preexistentes al ingreso del grupo económico investigado.

b. Petitorio

Se ordene a la Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Criminalidad Organizada de Lima que excluya al demandante de la Investigación N. ° 001-2008-IF.

c. Posición de la parte demandada

El demandado, Eduardo Castañeda Garay solicita se declare infundada la demanda pues no se ha restringido la libertad del actor, y porque la facultad de investigar del Ministerio Público está prevista constitucionalmente.

d. Controversia: derechos de interdicción de la arbitrariedad, plazo razonable y presunción de inocencia.

El Quincuagésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima declara improcedente la demanda considerando que no se advierte amenaza al derecho a la libertad personal del accionante, pues la facultad de investigar del Ministerio Público está reconocida por la Constitución.

La Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres declaró nula la resolución del Juzgado y ordenó que se reponga la causa al estado en que admita a trámite la demanda, por considerar necesario que se dilucide la regularidad o irregularidad de la investigación iniciada al actor.

El Juzgado, en cumplimiento de lo ordenado por Sala, admite a trámite la demanda y dispone se realicen los actos procesales correspondientes; emite sentencia y declara infundada la demanda, por considerar que la investigación fiscal cuestionada se ajusta a la ley y no se ha restringido la libertad del demandante, ni tampoco se le ha dejado en indefensión.

La Sala revisora confirma la apelada, estimando que la actividad del Ministerio Público es requirente y no sancionatoria, de modo que no puede restringir las libertades personales, y porque además, la investigación realizada no reviste irregularidad alguna.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

En el presente caso, cuando la investigación preliminar fue iniciada contra el demandante, el Fiscal emplazado no había determinado los límites materiales y temporales de la investigación que se le había abierto, y que ello fue delimitado a petición del demandante, conforme se desprende de la resolución de fecha 25 de febrero de 2008, en la que se precisa los límites materiales y temporales de la investigación. En segundo término, la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, debe resaltarse cuando de la misma resolución no se aprecia los fundamentos por los cuales se desestima la petición de exclusión de la investigación preliminar que solicitó el demandante. Por último, el principio de interdicción de la arbitrariedad se ha vulnerado, debido a que el plazo de investigación preliminar resultaba irrazonable, pues desde el 7 de

febrero de 2008, fecha en que se inició la investigación preliminar hasta el 6 de noviembre del 2009, fecha en que se expidió la sentencia en análisis, no había concluido la investigación seguida contra el demandante, lo cual si estuviera vigente el nuevo Código Procesal Penal, contravendría el artículo 342º, por lo que declara fundada la demanda.

f. Posición personal

Resulta insuficiente la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional cuando pretende sustentar el plazo razonable de la investigación preliminar. No dice más que “Si bien el nuevo Código Procesal Penal no se encuentra vigente en el Distrito Judicial de Lima, ello no impide para que sea tomado en cuenta al momento de evaluar la arbitrariedad de la investigación preliminar iniciada contra el demandante, pues su función de parámetro de razonabilidad es pertinente.”³²⁷

La inexistencia de norma legal aplicable al plazo investigatorio preliminar vulnera un derecho constitucional, tal como el propio Tribunal Constitucional lo tiene sustentado. Sin embargo, no es correcta la aplicación de una norma que no se encuentra vigente alegando que es parámetro de razonabilidad. Consideramos que la pretendida solución a que ha echado mano el Tribunal Constitucional no es la solución técnica adecuada, toda vez que los vacíos legislativos son materia de los métodos integrativos del derecho.

No puede ser razonable considerar vigente una norma que no se encuentra vigente. Ni aun cuando sea como parámetro de razonabilidad. Sin embargo, el problema central fue resuelto por el Supremo Tribunal mediante razonamiento que no compartimos, pues pudo haber abordado el tema central, acudiendo a los elementos o componentes, estructuración y dinámica de la integración constitucional *in concreto* ³²⁸.

³²⁷ Cfr Fundamento 8 de la Sentencia emitida en el Exp. N.º 06079-2008-PHC/TC

³²⁸ RUBIO CORREA, Marcial Antonio. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima Edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp.260-294

Es sintomático que la sentencia refiera argumentación sobre el *hábeas corpus* preventivo, para finalmente no subsumir los hechos vulneradores en dicho tipo, debido –sostiene –a la carencia de facultades coercitivas del Ministerio Público, cuando había superado en otros pronunciamientos dicha argumentación.

El resultado es una argumentación deficiente porque no vincula los derechos vulnerados (derecho al plazo debido y derecho a la interdicción de la arbitrariedad) con el derecho a la libertad personal. No sabemos la estructuración de tal vinculación. Esta es una constante en los *hábeas corpus* analizados, pues es inexistente o no se configura adecuadamente dicha estructuración.

No convoca la preocupación de nuestro Tribunal Constitucional, la afectación directa contra el derecho a la libertad. Menos identifica y desarrolla doctrinariamente la forma exacta de la vulneración de la libertad. Sólo busca referirse al derecho a la libertad para cumplir el presupuesto de la vulneración del derecho a la libertad. Estimamos que el desarrollo puntual de este tópico contribuiría a la tutela efectiva de los derechos fundamentales en la etapa de la investigación preliminar

Esta sentencia no aporta elementos nuevos a la construcción de la procedencia de los *hábeas corpus* durante la investigación preliminar, toda vez que la sentencia expedida en el caso *Samuel Gleiser Katz* había abordado por primera vez el derecho al plazo debido de la investigación preliminar.

3.10. El caso *Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela*: Exp. N°. 01887-2010-PHC/TC

a. Hechos

Yesenia Coronel Huamán interpone demanda de *hábeas corpus* a favor de Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, contra el Fiscal Provincial Titular de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima, Enrique Miranda Guardia; sosteniendo la recurrente que el representante del Ministerio Público

demandado ha iniciado una investigación fiscal sobre la base de imputación de hechos que ya han sido objeto de análisis, investigación y pronunciamiento en anterior investigación fiscal llevada a cabo por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, la misma que concluyó declarando no ha lugar a formalizar denuncia y disponiendo el archivo definitivo de la investigación, resultado que fuera confirmado por el titular de la Primera Fiscalía Superior Penal de Lima.

b. Petitorio

Se deje sin efecto la resolución fiscal, que dispone el inicio de una investigación preliminar en contra del favorecido por la presunta comisión de apropiación ilícita y otros, así como la nulidad de todos los actos que se deriven de esta decisión fiscal.

c. Posición de la parte demandada

El demandado señaló que la investigación fiscal llevada a cabo sobre los mismos hechos por otro despacho fiscal no generando los efectos de cosa juzgada, propio de las decisiones jurisdiccionales, lo cual permite a cualquier otro órgano fiscal abrir y continuar la investigación contra el favorecido por el presente proceso y otras personas más; por lo que, decidió reaperturar la investigación porque a su juicio la anterior investigación fiscal fue defectuosamente llevada, en la medida en que durante su tramitación no se alcanzaron a acopiar los elementos de convicción suficientes por la carencia de participación de la parte agraviada.

d. Controversia: Principio *ne bis in idem*

El Juzgado de Primera Instancia declara improcedente la demanda por considerar que ha operado la sustracción de la materia, en la medida en que el Fiscal demandado había expedido, con fecha 10 de septiembre de 2009, la resolución de no ha lugar a formalizar denuncia penal contra el favorecido y otros denunciados en la investigación signada con el N.º 38-2007.

La Sala revisora, revocando la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que la investigación llevada a cabo por la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima no afecta el derecho a la cosa decidida en mérito a que la investigación fiscal anteriormente realizada no se había acopiado el material probatorio que permite sostener la imputación, situación que fue superada con la participación de la Fundación Privada Intervida, que ha informado sobre nuevos datos que impulsan la investigación.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

La eficacia negativa de la cosa juzgada configura lo que el Tribunal Constitucional ha denominado el *ne bis in idem*, el cual se erige como una garantía constitucional de carácter implícito, pues forma parte del contenido del debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.

Pero la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas, o si se quiere dos investigaciones fiscales no pueden ser los únicos fundamentos para activar la garantía del *ne bis in idem*, pues se hace necesario previamente la verificación de la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida.

Un pronunciamiento fiscal de archivo definitivo ostenta la calidad de cosa juzgada de conformidad a la posición asumida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a su vez ha sido recepcionada por el Tribunal Constitucional: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos la precisado que: *la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los*

mismos hechos materia de decisión...”(Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995)”³²⁹.

Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Constitucional a través de diversos fallos en los que ha señalado que no constituirán cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la licitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) existencia de nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, y b) la investigación haya sido deficientemente realizada.

Esta forma de razonamiento asumida por el Tribunal Constitucional tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho y está íntimamente vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad. En tal sentido, el principio de seguridad jurídica es la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos y absueltos por la autoridad pública. Por ello, al ser el Ministerio Público un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, su actividad no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, como el principio y el derecho del *ne bis in idem* o la no persecución múltiple.

La resolución que puso fin a la primera investigación, esto es, la llevada por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, se ha pronunciado por la falta de ilicitud de los hechos reputados como antijurídicos e imputados al favorecido, por lo que tal pronunciamiento tiene la condición de cosa decidida (con los efectos de cosa juzgada). Es decir tiene el carácter de inamovible y por ende le resulta aplicable la garantía de la cosa juzgada.

³²⁹ Fundamento 16 de la Sentencia recaída en el Exp. N°. 01887-2010-PHC/TC

No existe duda de que en ambas investigaciones se trata del mismo sujeto inculcado, y que ambas investigaciones se sustentan en los mismos sucesos fácticos, pues se mantiene la estructura básica de la hipótesis inculcatoria. Esto es, tanto la investigación llevada a cabo por el representante de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal como la efectuada por la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal tienen como objeto determinar el desvío indebido de las donaciones captadas en España para el apadrinamiento de niños, a través de la supuesta formación, inversión y mantenimiento de empresas, celebración de contratos simulados y realización de gastos innecesarios, lo cual ya fue objeto de pronunciamiento. En cuanto a la identidad de la causa de persecución, también concurre por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por el demandado están referidos por igual a bienes jurídicos de la administración pública que fuera materia de denuncia de parte y de las resoluciones que al respecto se dictaran en sede fiscal, por lo que declara fundada la demanda de *hábeas corpus*.

f. Posición personal.

Este caso trata sobre la protección al *derecho ne bis in idem*, por lo que vale para este caso, el razonamiento correspondiente a la posición asumida por nosotros en el caso *Boris Chauca*, analizado anteriormente.

3.11. El caso Rodolfo Orellana Rengifo: Exp. N° 4084-2007-HC/TC

a. Hechos

El recurrente interpone demanda de *hábeas corpus* contra el Fiscal de la Cuadragésima Primera Fiscalía Penal de Lima, Manuel Abad López, y el Juez del Quincuagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, Malson Urbina La Torre, porque la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción que los emplazados han dictado contra su persona por la presunta comisión del delito de estafa, asociación ilícita y otro, en la causa penal N° 099-2007, contienen fundamentos falsos por cuanto nunca ha participado en los hechos

que se le imputan, atentando contra sus derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la libertad individual.

b. Petitorio

Se declare la nulidad de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción

c. Posición de la parte demandada

Los magistrados demandados rinden sus declaraciones explicativas negando los cargos que se alegan en la demanda.

d. Controversia: Principio de contradicción

El Noveno Juzgado Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundada la demanda por considerar que la actuación de los demandados no evidencia actos arbitrarios que restrinjan la libertad personal del demandante. La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

e. Fundamentación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional considera que la reclamación del demandante se basa en la inculpabilidad o ajenidad respecto a los hechos ilícitos que se le atribuyen, al referir éste que se formalizó denuncia penal y se abrió instrucción penal contra él sin haberse aportado elementos de prueba que le vinculen como autor o partícipe de los hechos que le incriminan, sin embargo, el proceso constitucional de *hábeas corpus* no debe ser utilizado como vía indirecta para dilucidar aspectos como reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad, cuya competencia pertenece a la jurisdicción ordinaria, y no de la justicia constitucional.

Por otra parte, el recurrente señala que en la etapa de investigación preliminar nunca fue citado para realizar sus descargos por lo que no tuvo oportunidad de defenderse. En este punto, el Tribunal Constitucional aseveró que la legitimidad

constitucional de la actuación del magistrado demandado se acredita del examen de la cuestionada denuncia fiscal, por haber suficientes elementos indiciarios que sustentan dicho documento fiscal.

Al respecto dice “que no obstante el cuestionamiento en torno al hecho de que no se haya citado al demandante para que efectuó sus descargos, la misma no resulta ser una observación válida, pues la supuesta indefensión que se alega y en la que se le habría colocado al recurrente no invalida la legitimidad constitucional de la denuncia fiscal, que como se aprecia de autos, reposa sobre elementos de juicio de reprochabilidad penal que la descartan como una decisión caprichosa, carente de toda fuente de legitimidad y contraria a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”.³³⁰

El Tribunal Constitucional reconoce que las facultades de decisión que le competen al fiscal en la tramitación prejurisdiccional de las denuncias se encuentran vinculadas al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso³³¹, pero, al mismo tiempo, sostiene que dicha etapa preliminar no está signada por el principio de contradicción³³², por lo que la ausencia de notificación al investigado no afecta su derecho de defensa, más aún si se tiene en cuenta que en observancia del debido proceso, cualquier prueba de cargo contra su persona podrá ser objeto de debate contradictorio en sede judicial, en el proceso penal instaurado en mérito a la mencionada denuncia fiscal, materia de autos.

En cuanto a la falta de motivación del auto de apertura de instrucción, debe señalarse que resulta inexistente por cuanto del examen de dicha resolución se aprecia una motivación concreta y circunstanciada de los hechos y la conexidad de estos en relación con los demandantes, procediendo a declarar infundada la demanda de *hábeas corpus*.

³³⁰ Cfr. Fundamento 4 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 4084-2007-HC/TC

³³¹ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC. Caso *Cantuarias Salaverry*

³³² Exp. N° 8319-2006-HC/TC. Caso *Urrutia Fonseca*

f. Posición personal

En cuanto a la aplicación del principio de contradicción en la etapa prejurisdiccional, CLAUS ROXIN sostiene que resulta legítimamente constitucional en razón a su importancia pragmática o funcional, pues, frecuentemente en esta etapa, el fiscal define el destino del procedimiento, y, en caso de llegar al juicio oral, la parte esencial del proceso está marcada por la investigación fiscal.³³³

De tal manera que resulta necesario equiparar el poder asignado al fiscal, mediante el incremento de las posibilidades de influir en el proceso, que el sistema procesal debe proporcionar al investigado. Esto pues el inicio de una investigación supone la búsqueda de investigados dentro de la hipótesis de la autoridad fiscal. Si la imputación de la *noticia criminis* constituye por sí misma el inicio de la duda sobre la presunción de inocencia³³⁴, será garantía del procedimiento preprocesal, hacer conocer la investigación al sospechoso, prestando facilidades a este para el ejercicio del derecho a la contradicción.

Casi toda legislación procesal acusatoria vigente consigna la frase de que el juicio es la parte esencial o principal del proceso. Pero sin pruebas no hay juicio y, por ende, el acopio legítimo de éstas es la parte principal del proceso. Por ello, no es sólo el juicio el que debe exigir el contradictorio, sino también la fase de investigación preliminar. La preparación de una acusación que sólo y exclusivamente, permita el contradictorio en juicio puede hacer del juicio un injusto³³⁵.

En esta línea, GÓMEZ COLOMER³³⁶ hace ver que los actos de investigación son prácticamente coincidentes con los actos de prueba, a pesar que cumplen

³³³ ROXIN, Claus. *Óp. cit.*, p. 326

³³⁴ Es cierto que aún no es momento sobre la materialización o definición del principio de la destrucción del principio de presunción de inocencia. Pero, es innegable que para estos efectos, cualquier imputación derive de donde derive, se erige en el inicio de la negación del principio de la presunción de inocencia.

³³⁵ ROXIN, Claus. *Ibidem*.

³³⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano” en *Anuario de Derecho Penal. La reforma del proceso penal peruano*. Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p.155.

finalidades distintas, por lo que, desde la perspectiva pragmática roxiniana, los actos de investigación juegan un rol realmente gravitante para el desarrollo del proceso penal.

El Tribunal Constitucional simplemente asevera que la etapa preliminar no está signada por el principio de contradicción, vale decir, no ha sustentado las razones para fundamentar la no inclusión del contradictorio en la etapa preliminar. Ninguna de las sentencias³³⁷ en las que trata la temática ha esgrimido argumento alguno. En buena cuenta, nuestro Tribunal Constitucional ha decidido arbitrariamente un aspecto básico de la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, pues negando el conocimiento del procedimiento de investigación por parte del propio investigado, echa las bases para la violación de este principio, porque la posición del investigado no puede ser vertida sino sólo a través de su declaración fiscal o policial. Del mismo modo, no se puede efectivizar el principio de prohibición de la arbitrariedad si no se otorga la posibilidad de acopiar legítimamente los elementos de prueba que facilite o promueva el investigado.

Sin embargo, y asumiendo los riesgos de una posición contraria a ultranza, consideramos que no se trata de conferir funciones jurisdiccionales al fiscal para que determine la calidad de los elementos de prueba producidos y acopiados durante la etapa preliminar. Se trata únicamente de equiparar los márgenes de defensa y el enorme poder de la fiscalía, dentro de un procedimiento que carece de control judicial para los actos de investigación directos, y normalmente de control constitucional.

Una visión coherente del panorama³³⁸, nos exige como efecto procesal de este tipo de *hábeas corpus* la materialización de los elementos de prueba propuestos por el investigado para que sean debidamente merituados por el representante del Ministerio Público con la finalidad de disponer el archivo o la

³³⁷ Exp. 8811-2005- PHC/ TC, Exp. 8319-2006 .HC/TC, Exp. 2492-2007-HC/TC, Exp. 04084-2007-HC/TC, y Exp. 2276-2010 HC/TC

³³⁸ Nos referimos a los efectos de la sentencia *in natural* del control del plazo razonable, que exige la conclusión inmediata de la investigación preliminar, a través del archivo o la formalización de la denuncia, y ya no la exclusión o archivamiento del demandante de *hábeas corpus*

formalización de la denuncia. Pero, necesariamente tales efectos se materializarán dentro de la etapa de investigación preliminar, y no cuando el proceso se encuentre judicializado, toda vez que durante juicio oral existe la obligación procesal de someter la prueba bajo el principio del contradictorio.

Es decir, estimamos que el efecto procesal constitucional de este *hábeas corpus*, cuando el proceso esté judicializado, consistirá en la garantía que conceda el Tribunal para la incorporación de los medios probatorios, cuyas fuentes habían carecido de la atención del Ministerio Público durante la investigación preliminar. Sería un absurdo, y comportaría vulneración del derecho del plazo razonable, ordenar la nulidad de todo el proceso penal para efectuar un acto legítimo que perfectamente se puede materializar durante el juicio oral.

Pues bien, los efectos procesales del *hábeas corpus* fundado, cuyo fundamento constitucional estriba en la falta de notificación al investigado para que conozca el procedimiento de investigación en su contra, dependerán del estado en que se encuentre la investigación preliminar o el proceso penal, sobre el cual ha de desplegar todos los efectos procesales-constitucionales ordenados por la sentencia fundada de este tipo de *hábeas corpus*.

En caso se encontrara aún en etapa de investigación preliminar, el efecto procesal de un *hábeas corpus* fundado a causa de la falta de conocimiento de la investigación preliminar al investigado exigiría el conocimiento del procedimiento por parte del principal interesado. En el supuesto de existencia del proceso penal, resultaría razonable la declaración del procesado ante juicio oral con todas las garantías procesales exigibles. De esta forma, se cumpliría en estricto con la finalidad de los procesos constitucionales.

Desde la parte pragmática o aplicativa del tema, es necesario ponderar debidamente el derecho a la contradicción con el ejercicio de los demás derechos constitucionales, además del derecho al plazo razonable y el interés público de la persecución del delito.

Finalmente, en este punto, nuestro Tribunal Constitucional no ha aportado ni sustancial ni metodológicamente a la construcción de la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar. Más exactamente, mediante esta sentencia se ha producido un retroceso del desarrollo dogmático-constitucional, con respecto a la posición asumida por el Tribunal Constitucional sobre la concurrencia del investigado ante el fiscal durante la investigación preliminar, tal como había dicho el mismo Tribunal en las sentencias anteriores, como parte del contenido de los derechos de la interdicción a la arbitrariedad.

A estas alturas de nuestro trabajo de investigación, es indispensable preguntarse: **¿El Tribunal Constitucional ha estructurado una posición definida respecto al *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar?**

El Tribunal Constitucional actualmente ha asumido como criterio, casi en la mayoría de *hábeas corpus* con motivo de los actos de investigación preliminar realizados por el Ministerio Público, transgresores del derecho a la libertad, “que si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es, que dicho órgano autónomo no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad individual. Las actuaciones son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva”. Motivo por el cual viene desestimando las demandas constitucionales, amparándose en lo establecido en el artículo 5º, inciso 1º del Código Procesal Constitucional, sosteniendo que el presunto agravio contra la actuación fiscal no está referido en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual.

El legislador exige dos requisitos para la improcedencia anotada: primero, la relación indirecta entre el agravio y el derecho constitucional; segundo, carencia de un contenido constitucionalmente protegido. Con respecto al primer requisito, dice CASTILLO CÓRDOVA, que la relación directa significa

que no debe aceptarse derivaciones sucesivas de los derechos constitucionales para justificar la procedencia del proceso constitucional.³³⁹

En efecto, en el caso del *hábeas corpus* conexo, por disposición expresa del Código Procesal Constitucional en su artículo 25° último párrafo, se descarta cualquier derivación sucesiva de derechos constitucionales, pues lo que se requiere es la vinculación entre el derecho conexo y el derecho a la libertad personal.

En lo que concierne al segundo requisito, CASTILLO CÓRDOVA sostiene que el contenido constitucionalmente protegido empieza a delimitarse desde la norma constitucional sobre la base de la finalidad del derecho mismo, de las circunstancias del caso concreto, de la configuración legal, y del contenido jurisprudencial³⁴⁰.

El derecho a la libertad personal durante la investigación preliminar tiene un determinado contenido que le es propio o específico, acorde con el mandato constitucional, las especificidades del caso particular, limitaciones del interés público de persecución del delito, y del contenido jurisprudencial atribuido por el Alto Tribunal.

Precisamente, el presente estudio busca determinar cuál es hasta el momento, el contenido del derecho constitucionalmente protegido de la libertad personal durante la investigación preliminar. Al respecto consideramos que los jueces constitucionales sí tienen competencia *ratione materiae* para evaluar la legitimidad constitucional de los actos preliminares considerados lesivos, toda vez que el artículo 200° inciso 1° de la Constitución establece que el proceso constitucional de *hábeas corpus* “[...] procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”.

³³⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. T.I. Lima: Palestra, p.274.

³⁴⁰ *Idem*, pp. 224-273

En segundo lugar, la Constitución no ha excluido la posibilidad de realizar un razonable control constitucional de los actos del Ministerio Público, pues ha previsto la procedencia del *hábeas corpus* contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera el derecho a la libertad personal o los derechos conexos, sobre todo, si como consecuencia de los actos de investigación preliminar se origina la denuncia penal por parte del Fiscal Provincial, y a mérito de ésta, la apertura del proceso penal cuya finalidad en concreto es la condena o absolución del reo, lo cual constituye de por sí, por lo menos, una amenaza cierta e inminente a la restricción al pleno ejercicio de la libertad individual.

Así entonces, resulta procedente que los jueces constitucionales realicen el control constitucional contra los actos del Ministerio Público para garantizar el derecho fundamental al debido proceso, conexo a la libertad individual. Empero, no sólo el debido proceso es el derecho conexo de la libertad, sino también otros derechos. De ahí que tenga que mencionarse, como lo ha precisado el Tribunal Constitucional: “(...) que el derecho fundamental a la libertad personal también se vulnera en conexión con otros derechos distintos a los que usualmente se le vincula, tales como el derecho a la vida (artículo 2°, inciso 1 de la Constitución), el derecho de residencia (artículo 2°, inciso 11 de la Constitución) el derecho a la libertad de comunicación (artículo 2°, inciso 4 de la Constitución) e, inclusive, el derecho al debido proceso sustantivo y adjetivo (artículo 139, inciso 3 de la Constitución).³⁴¹

Sin embargo, es el derecho al debido proceso el que despliega mayormente su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella fase del proceso penal en el cual al Ministerio Público le corresponde ejercitar el mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución, facultad discrecional que no puede ser ejercida irracionalmente con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni al margen de los derechos fundamentales de la persona.

³⁴¹ Exp. N° 8696-2005-PHC/TC, Caso *Roger Montesinos Ayca*.

Son los derechos procesales penales o garantías con raigambre constitucional los que especialmente garantizan la efectividad del derecho a la libertad. Sin embargo, a lo largo de casi todas las sentencias fundadas emitidas por nuestro Alto Tribunal, se constata la inexistencia o deficiencia de la argumentación correspondiente a la vinculación estricta del derecho conexo y el derecho a la libertad personal. No hay preocupación respecto a este elemento esencial de los *hábeas corpus* destinados a proteger los derechos fundamentales del investigado. Se trata la temática como si hubiese un presupuesto tácito o implícito en torno a la existencia del vínculo fundamentador. Esto es de suma importancia para la tutela de los derechos constitucionales, pues al no estar debidamente clarificado este vínculo entre ambos, obviamente, será más vulnerable la protección de la libertad en los casos, cuyos hechos constitutivos de la agresión contra la libertad personal no se presenten, o no sean percibidos en forma manifiesta.

Las formas procesales constitucionales destinadas a la presentación de los hechos sustentadores de la demanda conforman la tipología de los *hábeas corpus*. Los tipos más frecuentes en la investigación fiscal consisten en el *hábeas corpus* conexo, *hábeas corpus* restringido y *hábeas corpus* preventivo. Consideramos que estas estructuras procesales deben cumplir una finalidad no sólo formal sino contribuir a la concreción de los derechos de la persona.

Con una argumentación confusa, débil o deficitaria, o ante la inexistencia del discurso argumentativo en torno a la vinculación del debido proceso (derecho conexo) y el derecho a la libertad personal, resulta bastante entendible el abordaje dubitativo sobre la tipología de los *hábeas corpus* durante la investigación preliminar.

Es precisamente el *hábeas corpus* conexo el que reclama explícitamente la vinculación entre el derecho al debido proceso y el derecho a la libertad. Si no tenemos debidamente esclarecida la temática, resultará más fácil o reiterativo argüir falta o déficit de formas para la procedencia del *hábeas corpus* contra la actividad fiscal durante la investigación preliminar.

Los tipos de *hábeas corpus* no pueden ser excluyentes, oclusivos y fines de la tutela constitucional. Pues, al menos en la etapa prejurisdiccional, los hechos agresores del derecho constitucional pueden ser subsumidos o presentados en más de un tipo, dependiendo de las circunstancias específicas de un determinado contexto.

En resumen; primero, nuestro Alto Tribunal solamente se ha pronunciado en un número reducido de casuística creada, tal como se aprecia de la gama de posibilidades y proyecciones que la realidad propondría; segundo, los casos reales no son precisamente los que convoquen grandes dificultades para su argumentación; tercero, la tendencia para la protección de los derechos fundamentales se adscribe a la posición restrictiva del *hábeas corpus* durante la investigación preliminar.

En once años, el Máximo Tribunal ha trabajado confusamente la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar, acogiendo los derechos procesales penales, consistentes en derecho a la defensa, derecho a la presunción de inocencia, derecho a la interdicción de la arbitrariedad, derecho al *ne bis in idem*, derecho al plazo razonable y derecho al debido avocamiento, que son los componentes del debido proceso, y parte de los denominados derechos conexos, garantizadores de la efectividad del derecho a la libertad personal.

Estamos absolutamente convencidos de que el Tribunal Constitucional desperdició la oportunidad de desarrollar con coherencia y firmeza la tutela del derecho a la libertad dentro de la zona más altamente riesgosa del proceso penal. Están dadas las mínimas condiciones objetivas para desarrollar esta línea de pronunciamiento, en la seguridad que no sólo estamos ante derechos subjetivos, sino ante la oportunidad de fortalecer el sistema jurídico-constitucional.

CONCLUSIONES

1. El diseño del sistema procesal penal antiguo se sustenta sobre la base de la Constitución Política de 1993, Código de Procedimientos Penales de 1940, algunos artículos del Código Procesal Penal de 1991, y normas procesales emitidas desde la década de 1970, constituyéndose un Ministerio Público, que es director de la investigación prejurisdiccional, con absoluto dominio de los actos de investigación directa, y solicitante de la intervención jurisdiccional para los actos de investigación indirectos, con lo que no es posible el control judicial con respecto a toda la actividad investigatoria, consecuentemente, esta etapa se erige potencialmente en una zona altamente propicia para la vulneración del derecho a la libertad personal y derechos conexos en detrimento de los involucrados en las investigaciones preliminares.
2. La ausencia del control judicial sobre parte importante de la actividad de la investigación preliminar convoca la necesidad de un control de naturaleza constitucional. Nuestro Tribunal Constitucional, como es común en otros campos, carece de una línea jurisprudencial coherente, sostenida y consistente, sobre la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de la investigación preliminar, toda vez que ha asumido respuestas contradictorias ante el mismo supuesto fáctico-jurídico, configurándose dos posturas respecto a la procedencia del *hábeas corpus* contra los actos investigación preliminar. Por una parte, la postura a favor, que fundamenta la procedencia en la dignidad de la persona, sin exclusiones, y en la inexistencia de áreas o personas exentas del control jurisdiccional. Por su parte, la postura en contrario, que es la tendencia predominante en este escenario, y se sustenta en la función requirente del Ministerio Público, carente de la facultad decisoria propia de la judicatura, de manera tal que el tratamiento otorgado a la materia, no contribuye a la coherencia y consistencia de la jurisprudencia constitucional.

3. La consecuencia inmediata más gravitante de la posición en contra de la procedencia del *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar, implica doble limitación al ejercicio del control de la investigación preliminar, por una parte, sin control judicial para los actos de investigación directos; y por la otra, la propia improcedencia constitucional, con lo que los actos de investigación preliminar no constituirían objeto de control judicial ni constitucional, contribuyendo a reforzar los altos niveles de riesgo de conflictividad constitucional durante la investigación preliminar.
4. La procedencia de los *hábeas corpus* durante la etapa de investigación preliminar se sustenta sobre la base de la vulneración de los derechos procesales penales, constitutivos del debido proceso, que garantizan la efectividad del derecho a la libertad personal, esto es, se construye la procedencia sobre el reconocimiento del derecho al debido proceso, como el que despliega mayormente su eficacia en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, en aquella fase del proceso penal en la cual al Ministerio Público le corresponde ejercitar el mandato constitucional previsto en el Art. 159° de la Constitución Política, que no puede ser ejercido irracionalmente con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni al margen de los derechos fundamentales de la persona. Vale decir, la vulneración de estos derechos procesales penales, garantizadores del derecho de la libertad personal, implica inexorablemente la vulneración de este derecho, pues resulta imposible el efectivo ejercicio de la libertad personal en ausencia de tales garantías.
5. Los derechos procesales penales de basamento constitucional, conformantes del debido proceso, y que garantizan la efectividad del derecho a la libertad dentro de la investigación preliminar, de acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, consisten en el derecho a la presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la interdicción de la arbitrariedad, derecho al plazo razonable, *el derecho al ne bis in idem*, derecho al debido avocamiento del fiscal; sin embargo, casi todas las sentencias analizadas, carecen de argumentación o esgrimen débil o confusa argumentación sobre la vinculación entre estos derechos

constitucionales y el derecho a la libertad personal; al punto que, si suprimimos la referencia al derecho de libertad personal, surgirían elementos suficientes para la procedencia del amparo por transgresión del debido proceso, por consiguiente, resulta sumamente importante construir la vinculación entre ambos derechos constitucionales para evitar el vaciamiento del derecho al debido proceso en su fuerte vinculación con la tutela efectiva del derecho a la libertad.

6. El poco interés del Tribunal Constitucional respecto a la debida motivación del vínculo entre el derecho procesal penal de basamento constitucional con el derecho a la libertad para la fundabilidad de las sentencias, no ha permitido el exhaustivo conocimiento de la estructura de la procedencia del hábeas corpus contra los actos de investigación preliminar, en detrimento de la tutela constitucional efectiva en casos de improcedencia e infundabilidad de las demandas de hábeas corpus, sobre la base de motivaciones inexistentes, aparentes, inadecuadas o insuficientes de la vinculación entre los derechos procesales penales configurativos del debido proceso, y el derecho a la libertad, que han conducido a una supuesta “falta de incidencia en la libertad individual” tantas veces invocada por el Tribunal Constitucional, que en lugar de garantizar los derechos fundamentales de la persona, estaría afectando la interdicción de la arbitrariedad, proscrita por el principio de la razonabilidad, fundamento de la justicia constitucional.
7. En este contexto, la aplicación de la tipología de los hábeas corpus durante la investigación preliminar, naturalmente, resulta harto dificultosa porque no habiendo claridad en torno a la vinculación entre los derechos procesales penales con raigambre constitucional con el derecho a la libertad, que se constituye en el origen o estructuración de la temática, menos podrá entenderse las consecuencias dentro del tipo, esto es, amenazas, restricciones, molestias, que comportan la vulneración al derecho a la libertad personal. Es decir, con una argumentación confusa, débil, deficitaria o inexistente en torno a la vinculación del debido proceso (derecho conexo) y el derecho a la libertad personal, resulta entendible el

abordaje dubitativo sobre la tipología de los *hábeas corpus* durante la investigación preliminar.

8. La procedencia de los *hábeas corpus* durante la investigación preliminar se encuentra fuertemente vinculada con los *hábeas corpus* conexo, restringido y preventivo, en razón a la naturaleza, estructuración y dinámica de los hechos constitutivos de la agresión del derecho a la libertad o derechos conexos, toda vez que el Ministerio Público carece de las facultades para dictar mandatos de detención, lo que descarta el *hábeas corpus* reparador, el correctivo y el traslativo, que requieren como presupuesto, la detención previa del investigado; enfatizándose que los tipos de *hábeas corpus* no pueden ser excluyentes, oclusivos o fin fundamental de la tutela constitucional. Pues, al menos en la etapa prejurisdiccional, los hechos agresores del derecho constitucional pueden ser subsumidos o presentados en más de un tipo, dependiendo de las circunstancias específicas de un determinado contexto.
9. Desde la perspectiva de las posibilidades y proyecciones de la procedencia de los *hábeas corpus*, primero, nuestro Alto Tribunal solamente se ha pronunciado en un número reducido de la casuística creada, tal como se aprecia de la amplia gama de supuestos que la realidad propondría; segundo, los casos reales que ha convocado el pronunciamiento de nuestro Máximo Tribunal no son precisamente los que exijan grandes dificultades para la argumentación correspondiente; tercero, y en consecuencia, la tendencia para la protección de los derechos fundamentales se adscribe a la posición restrictiva del *hábeas corpus* durante la investigación preliminar.
10. El análisis de las sentencias sobre *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar emitidas por el Tribunal Constitucional nos permite apreciar en casi todas, primero, la ausencia o deficiencia para vincular los derechos procesales penales vulnerados ilegítimamente con respecto al derecho a la libertad personal, segundo, la imprecisión de la forma de vulneración del derecho a la libertad, tales como la privación, amenaza o

restricción; y tercero, se constata predominancia de las formas procesales de la tipología frente a la tutela efectiva constitucional. En consecuencia, el Tribunal Constitucional se decanta por la posición restrictiva del *hábeas corpus* durante la investigación preliminar, en contrario de la postura extensiva que ha optado nuestra Constitución en materia de garantías constitucionales, y de la tendencia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial internacional.

11. Nuestro Tribunal Constitucional, no ha apostado por el desarrollo de las calificadas “causales” para la procedencia de los *hábeas corpus* contra actos de investigación preliminar, toda vez que ha limitado su pronunciamiento sobre indebido avocamiento, prohibición *del ne bis in idem*, plazo razonable, interdicción de la arbitrariedad, derecho a la defensa, teniendo la oportunidad de consolidar estos elementos de procedencia; y básicamente, no ha apostado a desarrollar más “causales” sobre la base de la vinculación del debido proceso con el derecho de la libertad, para la construcción coherente de la procedencia de *hábeas corpus* contra los actos de investigación preliminar, toda vez que la temática, indudablemente garantizará no solo la efectividad del derecho a la libertad y derechos conexos durante la etapa que comporta más riesgo del proceso penal, sino contribuirá decididamente a la consolidación de nuestra sistema jurídico-constitucional, y por ende, al fortalecimiento del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel B.
2004 *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra.
- 1997 *“Libertad individual, hábeas corpus y función policial: la necesaria aproximación de espacios distantes”* En *Ius Et Veritas*. Año VIII N°14. Lima.
- AHMAD, Nabeele;
HUBICKEY, Victoria, y
MC NAMARA IV, Francis
2011 *“La Confianza en la Policía Nacional en Perspectiva desde el Barómetro de las Américas”* N°59. Nashville, USAID, Barómetro de las Américas y Universidad de Vanderbilt.
<http://www.vanderbilt.edu/lapop/insights/I0859es.pdf>
- ALEXY, Robert.
2003 *Tres escritos sobre los Derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción de Carlos Bernal Pulido, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 48. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALONSO, José Antonio.
2012 *Corrupción y Calidad Institucional en América Latina En Anuario Iberoamericano 2012*. Real Instituto Elcano y Agencia Efe S.A, Malamud,

Carlos; Steinberg Federico, y Tejedor Concha Editores.

ALZAMORA VALDÉZ Mario.

1972

Introducción a la ciencia del Derecho. Lima: Eddili

AMBOS, Kai.

1997

Procedimientos abreviados en el Proceso Penal Alemán; en Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 5, Año III. Enero-Junio, Lima: GC ediciones.

ANGULO ARANA Pedro.

2007

La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal, Lima: Juristas Editores.

2006

La Investigación y el Delito en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica.

2001

El Ministerio Público. Orígenes, principios, misiones, funciones y facultades. Lima: Tarea Asociación Gráfica.

ARCE FLORES – VALDES, J.

1990

“Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional”
<http://www.librería.bosch.es/productos>.

ASENCIO MELLADO, José María.

2001

Prueba prohibida y Prueba preconstituida. Madrid: Ed. Colex.

- 1997 *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia:
Tirant Lo Blanch
- AZABACHE CARACCILO, Cesar
2003 *Introducción al Procedimiento Penal*. Lima:
Palestra.
- BARONA VILAR, Silvia.
1999 *Tutela Civil y Penal de la Publicidad*; España:
Tirant to Blanch y Universitat de Valencia.
- BELADIEZ ROJO, Margarita
1994 *Los Principios Jurídicos*. Madrid: Civitas
ediciones.
- BIDART CAMPOS, Germán J.
1987 *La Interpretación y el control constitucionales
en la jurisdicción constitucional*. Argentina:
Ediar.
- BINDER, Alberto.
2002 *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Lima:
Alternativas.
- 2000 *Introducción al Derecho Procesal Penal*.
Buenos Aires: Ad hoc.
- BLOG ABAUT
2010 *Investigación Preliminar*, Posted June
<http://queesderecho.com/blog>
- BOREA ODRÍA, Alberto.
1996. *Evolución de las Garantías Constitucionales*.
Lima: Grijley.

BOTERO CARDONA, Martín Eduardo.

2009 *El Sistema Procesal Penal Acusatorio. El Justo Proceso Estructura y Prospectiva de Italia para América Latina.* Lima: Ediciones Jurídicas Abelardo Flores y ARA Editores.

BRAMONT ARIAS, Luis A.

1984 *El Ministerio Público,* Lima: SP. Editores.

BURDEAU, Georges.

1969 *Sur la Notion de lutte politique. Perspectives del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XIX,* Homenaje a Enrique Sayagués-Laso. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

BURGOS ALFARO, José.

2010 *El plazo razonable de la detención: entre el plazo máximo y el estrictamente necesario. Comentarios a la STC Exp. N° 06423-2007-PHC/TC.* Gaceta Constitucional, Tomo N° 26. Febrero. Lima: Gaceta Jurídica.

CABANELLAS, Guillermo.

2000 *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual A-B,* Tomo I, Decimosexta Edición; Buenos Aires: Heliasta

CÁCERES / IPARRAGUIRRE.

2005 *Código Procesal Penal Comentado.* Lima: Juristas Editores

CAIRO ROLDÁN, Omar.

2004

Justicia Constitucional y Proceso de Amparo.
Lima: Palestra.

CALDERÓN CERNA, Ceveriano.

2001

El proceso penal ordinario. Lima: Ediciones
Legales

CALDERÓN CRUZ, Edmundo P. y

FABIÁN ROSALES, Aymé O.

2008

*La Detención Preliminar Ministerio Público y
Control Constitucional.* Lima: Idemsa

CALDERÓN JACINTO, Liliana.

2010

“El derecho a conocer de manera expresa,
cierta e inequívoca los cargos que se imputan
a una persona investigada desde la etapa
preliminar”. En Gaceta Constitucional. Tomo
N° 21. Noviembre. Lima: Gaceta Jurídica.

CARO CORIA Carlos,

S/año

*El Principio de Ne Bis In Idem en la
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos7pdf7abril06/El_principio_de_ne_bis_in_idem.pdf

CARRASCO GARCÍA, Luis A.

2006

Derecho Procesal Constitucional. Lima:
Juristas Editores.

CASTAÑEDA OTSÚ, Susana.

2009

El Plazo Razonable de la Investigación Preliminar y del Proceso Penal. Su control a través del Habeas Corpus; Lima: Pandectas Perú

<http://www.pandectasperu.org/revista/no200910/scastaneda.pdf>

2004a

Derecho Procesal Constitucional. Tomo I, segunda edición. Lima: Jurista Editores. (Coord.)

2004b

“Hábeas Corpus. Normativa y aspectos procesales”. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. T.I Segunda Edición, Lima: Juristas Ediciones

CASTILLO ALVA, José Luis.

2008

“El Derecho a ser Oído en la Actividad del Ministerio Público. Su protección a través del Habeas Corpus. ¿Son constitucionalmente las denuncias del Ministerio Público sin investigación preliminar y/o sin respetar el derecho a ser oído?”. En Castillo Córdova, Luis (coord.) *En defensa de la Libertad Personal. Estudios sobre el hábeas corpus*. Lima: Palestra.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis Felipe.

2011

“*Lectura Constitucional de un Asunto Penal*”. En *Revista Peruana de de Ciencias Penales*. T. I, Lima: Idemsa.

- 2009 *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Serie Gaceta Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2008a *Derechos Fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley.
- 2008b “La amenaza como modalidad de agresión de los derechos fundamentales”. En *Actualidad Jurídica* N° 175. Lima: Gaceta Jurídica.
2006. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. T. II, Lima: Palestra.
- 2004 *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data*, Lima: Universidad de Piura y Ara Editores.
- CHAMORRO BERNAL, F.
1994 *La Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.
- CHANGARAY SEGURA, Tony Rolando.
2003 *La Investigación Pre jurisdiccional*. Lima: Editora RAO.
- CLIMENT DURÁN, Carlos
1988 *Detenciones Ilegales Policiales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CORDERO, Franco.
2000 *Procedimiento Penal*. Tomo I, Santa Fe de Bogotá: Temis.
- CORTE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

- 2012 *Balance de los Pasivos Internos y Externos*
<<http://elcomercio.e3.pe/66/ima/0/0/4/4/8/448267.jpg>>
- COUTURE, Eduardo.
1988 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.*
Tercera edición, Buenos Aires: Depalma.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor.
2009 *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación.* Lima: Palestra.
- 2003 *El proceso penal. Teoría y práctica.* Quinta edición. Lima: Palestra.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando.
1970 *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I.*
Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.
2000 *Pensando Insolentemente.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- DÍAZ, Elías.
1988 *Estado de Derecho y sociedad democrática.*
Madrid: Taurus.
- DÍAZ ZEGARRA, Walter.
2005 *Exégesis del Código Procesal Constitucional.*
Lima: Ediciones Legales San Marcos.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian.

- 2010 “La prueba en el proceso constitucional de hábeas corpus. Una mirada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En Guía Práctica N° 4, Lima: Gaceta Jurídica.
- 2005 *El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional. Una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.* Lima: Juristas Editores.
- ELEJALDE ESTENSSORO, César
1990 *Ministerio Público.* Lima: Cultural Cuzco.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan.
2008 *Derecho de las personas.* Quinta edición. Lima: Editorial Rhodas.
- ETO CRUZ, Gerardo.
2004 “Hábeas Corpus en Perú. Régimen legal y regulación en el proyecto del Código Procesal Constitucional”. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés.
- 1990a *Régimen Legal y Jurisprudencial del Hábeas corpus y Amparo.* Trujillo: Indejuc.
- 1990b *Introducción Bibliográfica a los Derechos Humanos y Garantías Constitucionales.* En Lecturas sobre Temas Constitucionales. Número 5, Lima: Comisión Andina de Juristas.

- FERNÁNDEZ LAZO, Nora.
2009. “El derecho fundamental al plazo razonable durante la investigación preliminar. A propósito de la STC Exp. 5228-2006-PHC/TC”. En *Gaceta Constitucional* N° 14. Lima: Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio.
2008 *Los fundamentos del Derecho Constitucional. Derecho, Estado y Constitución.* Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRAJOLI, Luigi.
2006 *Las Garantías Constitucionales De Los Derechos Fundamentales.* En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 29.
- 2001 *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal,* Quinta edición, Madrid: Trotta.
- FERRER MAC GREGOR, E.
1982 *La Acción Constitucional de Amparo en México y España.* Tercera edición, México D.F: Porrúa.
- FIERRO – MÉNDEZ, Heliodoro.
S/año *Manual de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público.* Tomo I, Cuarta edición, Bogotá: Leyer.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin.
2010 “El Control Constitucional del plazo razonable.” *Gaceta Constitucional,* Tomo N° 27. Lima: Gaceta Jurídica.

- S/ año “El título Preliminar del código Procesal constitucional. Bases conceptuales y análisis jurisprudencial”. Serie *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor.
2004 *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*. México: Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Autónoma de México.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael.
1978 *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Segunda edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GACETA JURÍDICA.
2008 *Proceso de Hábeas Corpus*. Guía Rápida N° 1. Mesina Montero Federico (direct.) Lima: Gaceta Jurídica.
- GALVEZ/RABANAL/CASTRO.
2008 *El Código Procesal Penal*. Lima: Juristas Editores.
- GAMERO CALERO, Lorena.
2005 “La Policía Nacional y la investigación del delito”. En *Actualidad Jurídica*. Tomo N° 140. Lima: Gaceta Jurídica. Julio, 2005.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo.
2005 “Ejecutabilidad de las Sentencias Constitucionales”. Ponencia presentada en el II Encuentro de Derecho Procesal

- Constitucional. *Revista Peruana de Derecho Procesal* VII. Lima.
- 2003 *De la Jurisdicción al Derecho Procesal Constitucional*. Cuarta edición. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana). Lima: Editorial Grijley.
- 2001 *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis.
- 1991 *Constitución y política*. Lima: Eddili
- 1979 *El Hábeas Corpus en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- GARCÍA CAVERO, Percy.
2008 “La Relación de Conexidad en los Hábeas corpus Conexos” En *Anuario de Derecho Penal. Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- S/año *El Carácter de Cosa Juzgada de las Resoluciones Judiciales*. En: <http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/cosajuzgada.pdf>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón.
2006 *Curso de Derecho Administrativo*. T.I, Lima: Palestra y Temis.

- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.
1948 *La definición del Derecho.* México: Stylo.
- GARCÍA RADA, Domingo.
1982 *Manual de Derecho Procesal Penal.* Séptima edición, Lima: Tipografía Sesator.
- GARNICA QUINTERO, Pablo Enrique.
1972 *Investigación Criminal y Policial Judicial.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas.
- GIMENO SENDRA, Vicente.
1985 *El proceso de Hábeas corpus.* Madrid: Tecnos.
- GIMENO SENDRA, Vicente;
MORENO CATENA, Víctor y
CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín.
1999 *Derecho Procesal Penal.* Tercera edición. Madrid: Editorial Colex.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis
2004 “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano.” *En Anuario de Derecho Penal 2004. La reforma del proceso penal peruano.* Lima, Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2002 “Hacia un Procedimiento Preliminar Europeo: La Instrucción del Proceso Penal en España”

en *Revista Jurídica del Perú*. Año LII N° 33,
Lima: Gaceta Jurídica.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente.

1987 *Derecho procesal penal*. Décima edición.
Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.

GOMEZ SANCHEZ TORREALVA Francisco.

2008 *Proceso de hábeas corpus*. Lima: Grijley.

GONZALES PÉREZ, Jesús.

2011 “Las sombras de la jurisdicción
Constitucional”. En *Nuevas Tendencias,
Derecho Constitucional y el Derecho Procesal
Constitucional*. Instituto de Estudios e
Investigación Jurídica, Sergio J. Cuaresma
Terán y Rafael Luciano Pichardo. (Direct.)

1980 *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid:
Civitas.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo.

2004 *Amparo, Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos
Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

1995 *El derecho procesal constitucional y los
derechos humanos (Vínculos y autonomías)*
México: Instituto de Investigaciones Jurídicas
y UNAM.

GUASTINI, Riccardo.

2001 *Estudios de Teoría Constitucional*. Traducción
de Miguel Carbonell, con la colaboración de

Karla Pérez Portilla, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y UNAM.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian.

2004

La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General. Lima: Página Blanca Editores.

GUILLERMO PIEDRABUENA, Richard

2010

“Atribuciones de los Fiscales en la nueva instrucción”, Ius Et Praxis. Derecho en la Religión; Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca.

HEINZ GÖSSEL, Karl

2004

El proceso penal ante el Estado de Derecho, estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Traducción de Miguel Polaino Navarrete. Lima: Grijley.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén.

2006

Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional. Lima: Juristas Editores.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén.

2005

Conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor y a la intimidad. En *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Tomo I. Palomino Manchego, José Félix (Coord.) Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana) y Grijley. 2005.

HINOSTROZA PARIACHI, César.

2005

El Hábeas corpus y su regulación en el Código Procesal Constitucional. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

HUERTA GUERRERO, Luis.

2005

Jurisprudencia, Magistratura y Procesos Constitucionales en el Perú. Lima: Comisión Andina de Juristas

INSTITUTO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN JURÍDICA

2011

Nuevas Tendencias, Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional. Sergio J. Cuaresma Terán Rafael Luciano Pichardo. (Direct.)

JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos.

2004

La Investigación Preliminar, en el nuevo Código Procesal Penal 2004. Lima: Jurista Editores.

LANDA ARROYO, César.

2010

Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra

2007

Tribunal Constitucional y Estado democrático. Tercera edición Lima: Palestra.

2006

Constitución y Fuentes del Derecho. Lima: Palestra.

2004

Teoría del Derecho Procesal Constitucional. Lima: Palestra

- 1990 *Derecho Político. Del Gobierno y Oposición Democrática.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LÓPEZ FLORES, Berly Fernando.
2010 “Más sobre la existencia “material” de una etapa probatoria en los procesos constitucionales. Una comprobación jurisprudencial”. *En La prueba en el proceso constitucional*, Guía práctica N°4, Lima: Gaceta Jurídica.
- MAIER, Julio.
1989 *Derecho Procesal Penal Argentino.* Buenos Aires: Hammurabi.
- MANZINI, Vincenzo.
1949 *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo IV, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- MELÉNDEZ SÁENZ, Jorge M.
2005 *Análisis del modelo de Hábeas Corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional.* Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- MESÍA, Carlos.
2007 “El Proceso de Hábeas Corpus desde la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *En Diálogo con la jurisprudencia.* Lima: Gaceta Jurídica.

- 2005 *Exégesis del Código Procesal Constitucional.*
Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- MONROY GALVEZ, Juan.
1996 *Introducción al Proceso Civil.* Tomo I.
Colombia: Temis.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos.
2001 “Los actos administrativos en la Ley del
Procedimiento Administrativo General”. En:
Revista Derecho y Sociedad. Año XII. Número
17. Lima: Asociación Civil.
- MORY PRÍNCIPE, Freddy.
1994 *La Investigación del delito.* Trujillo: Marsol.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio
2011a *Manual de Derecho Procesal Penal.* Tomo I.
Lima: Editorial Reforma.
- 2011b *El Hábeas Corpus: temas y propuestas de
modificación en el Código Procesal
Constitucional* Lima: Editorial Reforma.
- 1993 *Estudios de Derecho Procesal Penal.* Lima:
Editorial Alternativas.
- ORTECHO VILLENA
S/año Víctor Julio. *Jurisdicción Ordinaria y
Jurisdicciones especiales.*
<[http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst
1.html](http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst1.html)>

PÉREZ LUÑO, Antonio E.

2001

Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución. Sétima Edición. Madrid: Tecnos.

POLICIA DE INVESTIGACIONES DE LIMA

1988

Investigación Policial y Manual de Procedimientos Operativos de Investigación Criminal. Vol. I; Lima: Policía Nacional de Investigaciones.

PRADO CÓRDOVA, José María.

2005

Los Procesos Constitucionales en el Nuevo Código Procesal Constitucional. Lima: Editorial Librería Portocarrero.

QUIROGA LEÓN, Aníbal

1989

“Amparo y Desamparo”. En *Revista Derecho y Sociedad* N° 1. Lima : PUCP.

2005

Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. Lima: ARA Editores.

QUISPE FARFÁN, Fany Soledad.

2006

“Límites a la Investigación Fiscal: A propósito de la Sentencia N° 2521-2005-PHC/TC-LIMA”. En *Palestra del Tribunal Constitucional*. Revista Mensual de Jurisprudencia, N° 3, Marzo.

RAMÍREZ ARRAYAS, José

2003

Interpretación Constitucional y el Principio de la Buena Fe.

[http : // www.cecoch .cl / revista/docs/estudios const/1n_1_2003/arts/739](http://www.cecoch.cl/revista/docs/estudiosconst/1n_1_2003/arts/739)

RAMOS NÚÑEZ, Carlos.

2000

Codificación, Tecnología y Postmodernidad o Muerte de un paradigma. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.

2011

Hábeas Corpus y Sistema Penal. Especial mención al principio de imputación necesaria en el proceso penal. Lima: Idemsa.

2008

El Control Constitucional en la Etapa de Calificación del Proceso Penal. Lima: Palestra.

RIOJA BERMUDEZ, A.

2006

Jurisprudencia Constitucional. Proceso de Amparo. Lima: Juristas Editores.

RIVERA SANTIVÁÑEZ, José A.

2004

Supremacía Constitucional y sistema de control de la constitucionalidad. En: Castañeda Otsu, Susana (Coord.). Derecho Procesal Constitucional. Tomo I, segunda edición. Lima: Jurista Editores.

ROSAS YATACO, Jorge.

2009

Manual de Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal, Lima: Juristas Editores.

2005

Derecho Procesal Penal. Lima: Juristas Editores.

- RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo
UGAZ ZEGARRA, Angel Fernando
CALERO, Lorena Mariana
SCHÖNBOHM, Horst
2008 *Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Comun. Conforme a las previsiones del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957.* Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ.
- ROXIN, Claus.
2002 *Derecho Procesal Penal.* Traducción de la Vigesimoquinta edición alemana de Gabriela Córdova y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RUBIO CORREA, Marcial;
EGUIGUREN PRAELLI, Francisco y
ABAD YUPANQUI, Samuel.
1988 *Hábeas corpus y Amparo: Evaluación de cuatro años de jurisprudencia.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial.
2011 *El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2007 *Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.* Novena Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- 1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen I*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos,
2008 ¿Cambio de la Jurisprudencia del TC en materia de *ne bis in idem*?
http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/octubre/23/cambio_juris.htm
- SÁENZ DÁVALOS, Julián y
MELÉNDEZ SÁENZ Jorge.
S/año *El ámbito de protección de los procesos constitucionales y el Hábeas Corpus*. Centro de Estudios Constitucionales. Cuadernos de trabajo N° 1. Tribunal Constitucional. Perú.
- SAGÜES, Néstor Pedro.
1988a *Hábeas Corpus*. Segunda edición, Buenos Aires: Astrea.
- 1988b *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*. Vol. 4, Segunda edición, Buenos Aires: Astrea.
- SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo.
2008 “Análisis de la Regulación de la Acción de Inconstitucionalidad”. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea (Coord.) T. VIII., Universidad Nacional Autónoma de

México, Instituto de Derecho Procesal Constitucional. México DF: Marcial Pons.

SCHWABE Jürgen.

S/año

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las Sentencias más Relevantes, Berlín y México: Konrad Adenauer Stiftung.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo.

2009a

El Nuevo Proceso Penal. Lima: Idemsa.

2009b

“Ministerio Público y el Proceso Penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional”. En *Anuario del Derecho Penal 2009. La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú*. Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

2006

Introducción al Nuevo Proceso Penal. Lima: Idemsa.

S/año

La Investigación Preliminar en el Nuevo Proceso Penal.

<http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs>

SAN MARTÍN CASTRO, César:

2012

Estudios de Derecho Procesal Penal, Lima: Grijley.

2006a

Derecho Procesal Penal. Tomo I, Segunda edición actualizada y aumentada, Lima: Grijley

- 2006b Acerca de la función del Juez de la Investigación Preparatoria. *Actualidad Jurídica*. Tomo 146. Lima: Gaceta Jurídica.
- 1993 Estudio Crítico del Nuevo Código Procesal Penal. En *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Oré Guardia, Arsenio (editor), Lima: Ed. Alternativas.
- SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique
2009 *Sistema Penal Acusatorio. Extractos de Jurisprudencia Julio – Septiembre*. Bogotá: Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
[http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Pe
nal/Consulta/2009/2009%20EXTRACTO%20J
URISPRUDENCIAL%20T.pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Pe%20nal/Consulta/2009/2009%20EXTRACTO%20JURISPRUDENCIAL%20T.pdf)
- SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA, Camilo.
2006 “El hábeas corpus contra irregularidades cometidas por el Ministerio Público en el marco de la investigación preliminar”. En *Palestra del Tribunal Constitucional*. Revista Mensual de Jurisprudencia, N° 3. Marzo. Lima: Palestra.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
2006 *Elementos de derecho procesal constitucional*. México D.F: Centro de Consulta de Información Jurídica. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- TALAVERA ELGUERA, Pablo.
2004 *Comentario al Nuevo Código Procesal Penal.*
Lima: Grijley.
- THOMPSON, José.
1993 “Garantías Penales y Procesales en el Derecho de los Derechos Humanos”. En *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un enfoque a partir de los Derechos Humanos.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- TIEDEMANN Klaus.
2003 *Constitución y Derecho Penal.* Lima: Palestra.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal.
2006 *Introducción al Derecho.* Tercera edición. Lima: Idemsa.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.
S/año http://200.91.68.20/SCIJ/busqueda/jurisprudencia/jur_ficha_completa_sentencia.asp?tem1=&nValor2=401321&nValor1=1&strTipM=T&Resultado.
- VASQUEZ BOYER, Carlos
S/año *El Código Procesal Penal. Enfoque Crítico.*
[<www.facder.unitru.edu.pe/.../124-el-codigo-procesal-penal-enfoque-critico.>](http://www.facder.unitru.edu.pe/.../124-el-codigo-procesal-penal-enfoque-critico.>)
- S/año *El sinóptico sobre El Código Procesal Penal: Enfoque Crítico.*
[<www.facder.unitru.edu.pe.>](http://www.facder.unitru.edu.pe.>)

VASQUEZ RODRIGUEZ, Miguel Ángel.

2009 *La duración de las diligencias preliminares y su delimitación mediante el control de plazos.*
Distrito de Judicial de Madre de Dios.

VÉSCOVI, Enrique

1999 *Teoría General del Proceso.* Segunda edición,
Santa Fe-Colombia: Temis.

VIGO ZEVALLOS, Hermilio.

2002 *Hábeas Corpus.* Segunda edición, Lima:
Idemsa.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

2007 *Derecho Penal, Parte General.* Lima: Grijley.

VILLARROEL QUINDE, Carlo.

2010. “El principio de ne bis in ídem y su vigencia en las disposiciones emitidas por el Ministerio Público”. En: *Gaceta Constitucional*. T. 35.
Lima: Gaceta Jurídica.

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO UTILIZADAS EN
LA TESIS**

2002	STC N° 2080-2002-AA/TC STC N° 0410-2002-AA/TC STC N° 0010-2002-AI/TC STC N° 1230-2002-HC/TC STC N° 2169-2002-HC/TC STC N° 1091-2002-HC, STC N° 2435-2002-HC/TC STC N° 2050-2002-AA/TC
2003	STC N° 2663-2003-HC/TC
2004	STC N° 3392-2004-HC/TC STC N° 090-2004 AA/TC STC N° 3741-2004-AA/TC STC N° 2192-2004-AA/TC
2005	STC N° 2682-2005-PA/TC STC N° 2876-2005-PHC/TC STC N° 6167-2005-PHC/TC STC N° 2876-2005-PHC/TC RTC N° 2682-2005-PA/TC STC N° 2876-2005-PHC/TC STC N° 06260-2005-HC STC N° 07638-2005-PA/TC STC N° 2521-2005-PHC/TC STC N° 05228-2006-PHC/TC STC N° 8120-2005-PHC/TC STC N° 1182-2005-AA/TC STC N° 8696-2005-PHC/TC STC N° 6081-2005-PHC/TC

2006	STC N° 1100-2006-PHC/TC STC N° 5228-2006-PHC/TC STC N° 9745-2006-PA/TC STC N° 6204-2006-HC STC N° 8319-2006-HC/TC STC N° 3954-2006-PA/TC
2007	STC N° 1125-2007-PHC/TC STC N° 5095-2007-PHC/TC STC N° 4676-2007-PHC/TC STC N° 04052-2007-PHC/TC STC N° 03081-2007-PA/TC STC N° 1125-2007-PHC/TC STC N° 5095-2007-PHC/TC STC N° 03081-2007-PA/TC STC N° 4762-2007-PA/TC STC N° 4084-2007-HC/TC STC N° 5213-2007-PHC/TC
2008	STC N° 05999-2008-PHC/TC STC N° 2725-2008 RTC N° 474-2008-PA/TC STC N° 144-2008-PHC/TC STC N° 6079-2008-PHC/TC
2009	STC N° 4807-2009-PHC/TC
2010	STC N° 2322-2010-PHC/TC STC N° 135-2010-PHC/TC. STC N° 2322-2010-PHC/TC STC N° 135-2010-PHC/TC STC N° 2663-2010- HC/TC STC N° 02748-2010-PHC/TC

STC N°. 01887-2010-PHC/TC

