

MEDIDAS PARA LA RECUPERACION DE LA LIBERTAD DEL PROCESADO DETENIDO

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki. Profesor
de Derecho Penal
de la Universidad de Lima y de la Universidad Nacional
Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

1.- Introducción.

Una forma de verificar el funcionamiento del proceso penal es el examen del sistema de tratamiento de la libertad del procesado, esto es, ¿cómo se respeta la libertad del imputado en la causa penal?.

El proceso penal está gobernado por el principio del favor libertatis ¹; la exigencia de respeto a la libertad del encausado y a sus dos derivados, la presunción de inocencia y la regla de la restricción de derechos a título de pena. La afectación de la libertad del imputado es excepcional, solamente tiene justificación cautelar; la necesidad de garantía de los fines del proceso penal mediante una detención determinada a través de la verificación de los requisitos legales.

Las medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido son medidas cautelares sistematizadas por su objeto; la tutela cautelar del derecho a la libertad mediante su inmediata restitución en caso de privación arbitraria.

La detención judicial arbitraria puede ser de dos clases:

→ Privación de la libertad ambulatoria del imputado sin observancia de requisitos legales.

¹ Pedro J. Bertolino, El Funcionamiento del Derecho Procesal Penal, Páginas 130 y 131, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985.

→ Mantenimiento de la privación de la libertad ambulatoria del imputado a pesar de la modificación de los presupuestos de la detención judicial.

El trabajo que realizo se desarrolla sobre el segundo supuesto de detención judicial arbitraria.

Las medidas para la recuperación de la libertad del procesado tienen por objeto terminar una detención que ha perdido justificación cautelar.²

MEDIDAS PARA RECUPERAR LA LIBERTAD DEL PROCESADO DETENIDO

- Variación de detención por comparecencia.
- Libertad provisional.
- Libertad procesal.
- Habeas corpus.

Trabajaré con dos medidas para la recuperación de la libertad del procesado: la variación de detención por comparecencia y la libertad procesal.

1.- Variación de la detención por comparecencia.

1.1) Variabilidad de las medidas cautelares.

Una de las características de las medidas cautelares es la de variabilidad.

La autora española Sara **ARAGONESES MARTÍNEZ** explica la característica de la variabilidad de la medida cautelar como la posibilidad de modificar, o dejar sin efecto, la medida cautelar de variarse alguno de los presupuestos materiales que justificaron su implementación³. El autor español Manuel **ORTELLS RAMOS** comenta

² No comparto el criterio de redefinir la naturaleza jurídica de este tipo de medidas para ser conceptuadas como algo distinto a los mecanismos cautelares, medidas de protección provisional, so pretexto que no solamente tienen función cautelar, sino también de aseguramiento probatorio y tuitiva coercitiva. Un examen profundo del significado de la tutela cautelar permitirá establecer, por ejemplo, que la necesidad de preservar fuentes de prueba también es objeto de medidas cautelares, como enseña un clásico como el insigne procesalista italiano Ugo Rocco en su monumental tratado de derecho procesal. Las medidas de protección provisional son medidas cautelares de diverso objeto, por lo que la doctrina no debe estar orientada a crear diferencias que no tienen utilidad en el drama de las personas sometidas a proceso, sino a garantizarles un debido proceso cautelar.

³ Sara Aragonese Martínez, Obra colectiva, Derecho Procesal Penal, Página 402, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España, 1997.

que la variabilidad es una característica de las medidas cautelares ya que es posible su cambio o supresión cuando sufran modificaciones o alteraciones los presupuestos materiales que determinaron su implementación. ⁴

El autor nacional César **SAN MARTIN CASTRO** afirma que la variabilidad de los presupuestos que justificaron la adopción de una medida cautelar determina que ésta sufra modificaciones o cambios, e incluso la variación de la medida cautelar adoptada. ⁵

La variabilidad como característica de las medidas cautelares ha sido reconocida por el artículo 612 del Código Procesal Civil, el artículo 134 del Código Procesal Penal de 1991 ⁶, el artículo 138 del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 y el artículo 255 del Proyecto de Código Procesal Penal del 2003.

El pleno jurisdiccional penal de 1997 estableció que la detención está sujeta al principio de variabilidad; es reformable cuando varíen los presupuestos que motivaron su imposición; en el acuerdo plenario se determinó que el principio de razonabilidad y la no existencia de norma prohibitiva, hacían procedente variar la detención por comparecencia al modificarse alguno de los presupuestos materiales que justificó su imposición.

1.2) Variabilidad de la medida cautelar de detención.

Procede la variación de la detención judicial cuando sufre modificación alguno de los presupuestos materiales que justificó su implementación en el proceso cautelar penal.

La determinación de los presupuestos materiales de la detención se logra examinando dogmáticamente el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, vigente en este extremo, a la luz de los principios del respeto a la libertad del imputado y sus derivados, la presunción de inocencia y la restricción de derechos a

⁴ Manuel Ortells Ramos, Obra colectiva, Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Páginas 552 y 553, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1995.

⁵ César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Páginas 784, 791 y 792, Grijley, Lima, Perú, 1999.

⁶ Si bien esta disposición no se encuentra expresamente vigente, el hecho de ser considerada uno de los principios generales de las medidas cautelares en el Código de 1991, permite sostener que forma parte del fundamento de los artículos 135, 136, 143, 144, 182 y 187 del mismo cuerpo normativo y que si están vigentes de forma expresa.

título de pena, que consagran los artículos 3 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 9 y 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 7 inciso 1 y 8 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica; y el artículo 2 inciso 24 parágrafos b y e de la Constitución Política del Perú.

Una correcta aplicación del artículo 135 del Código de 1991 permite establecer que los presupuestos materiales de la detención judicial son los siguientes:

PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA DETENCIÓN JUDICIAL

- Prueba suficiente.
- Pena probable.
- Peligro procesal.
- Proporcionalidad de la detención.⁷

Dado a que el artículo 135 del Código de 1991 únicamente hace referencia a la variación de la detención por comparecencia en caso de modificación de la prueba suficiente, podría de **forma anticonstitucional** interpretarse que solamente la insuficiencia de prueba de cargo es la única causa de modificación de la detención.

La ley procesal penal que tenga por objeto un derecho fundamental, como la libertad del imputado, debe ser interpretada de forma sistemática con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. No se puede asignar por

⁷ El principio de proporcionalidad se extrae del examen dogmático jurídico de los artículos 3 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; de los artículos 9 inciso 3 y 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y de los artículos 7 inciso 2 y 8 inciso 2 del Pacto de San José de Costa Rica. El respeto a los derechos a la libertad personal, a la seguridad jurídica, y a la presunción de inocencia que consagran las normas constitucionales e internacionales de rango constitucional invocadas, exige que al examinar si corresponde o no implementar la medida cautelar de detención, no sólo se considere el artículo 135 del Código Procesal Penal, sino que se aplique el principio de proporcionalidad, ya que constituye la garantía de tales derechos. La autora española Coral **ARANGÜENA FANEGO** establece que el Juez Penal al implementar medida cautelar contra una persona no sólo debe limitarse a comprobar la concurrencia de los presupuestos materiales verosimilitud del derecho y peligro en la demora, sino que además debe verificar con igual exigencia que la clase e intensidad de la medida cautelar que adopte estén justificadas, dado a que su ejecución supone lesionar derechos constitucionales del sujeto. Coral Arangüena Fanego, Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español, Página 121, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, España 1991. El principio de proporcionalidad, aplicado a las medidas cautelares, es definido como la regla en virtud de la cual al decidir la medida a implementar debe verificarse que sea la más adecuada para alcanzar el fin del proceso, respetando lo más posible la libertad de la persona, procurando una relación razonable entre el fin buscado con la medida cautelar y los límites a la libertad necesarios para alcanzarlo.

interpretación jurídica a un norma procesal penal referente a derechos fundamentales, un significado que sea contrario a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que forman parte del orden jurídico interno con el rango de normas constitucionales.

El Tribunal Constitucional en el proceso de habeas corpus de César Humberto Tineo Cabrera contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Expediente # 1230-2002-HC-TC), estableció como garantía de la persona y exigencia del Estado, el que la ley se interprete **conforme** a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos.

La Declaración Universal en los artículos 3 y 9; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9 incisos 1 y 4; la Declaración Americana en los artículos 1 y 25; la Convención Americana en los artículos 7 incisos 1, 2, 3 y 6; y la Constitución del Perú en el artículo 2 inciso 24 parágrafo b, establecen las siguientes exigencias:

- ± La garantía a la persona de la libertad personal.
- ± La prohibición al Estado de producir detenciones judiciales arbitrarias.
- ± El deber de controlar judicialmente la regularidad de la detención y de hacerla cesar si resulta arbitraria.

La detención judicial es arbitraria cuando se mantiene encarcelada a la persona procesada sin que subsistan todos los requisitos que exige el orden jurídico.

Según el régimen legal peruano la detención es arbitraria si falta : la prueba suficiente, la pena probable superior a los 4 años; el peligro procesal; y la proporcionalidad.

En consecuencia, no puede interpretarse el artículo 135 última parte del Código Procesal Penal, en el sentido que el juez solamente debe hacer cesar la detención judicial arbitraria porque ya no existe prueba suficiente; esto es, permitirle que mantenga el encarcelamiento procesal arbitrario si se ha modificado el pronóstico

de pena superior a los 4 años, si ha desaparecido o disminuido el peligro procesal, o si la detención se ha convertido en desproporcionada, so pretexto de una interpretación gramatical.

La Constitución y los tratados sobre derechos humanos exigen interpretar el artículo 135 último párrafo del Código Procesal Penal, estableciendo el deber del juez de hacer cesar la detención judicial arbitraria por falta : o de prueba suficiente; o de pena probable superior a 4 años de privación de la libertad, o de peligro procesal; o de proporcionalidad. ⁸

2.- Libertad procesal.

El instituto de la libertad procesal esta regulado en el artículo 137 del Código Procesal Penal, vigente en este extremo, que establece que vencido el plazo de duración de la detención sin que el procesado haya sido sentenciado en primera instancia, el magistrado deberá ponerlo en inmediata libertad.

La libertad procesal es el derecho del procesado a una medida cautelar personal menos gravosa que la detención si al vencimiento del plazo legal de duración todavía no ha sido sujeto de sentencia en primera instancia. ⁹

La libertad procesal es una forma de excarcelación que se basa en el denominado “criterio de la negligencia del Estado”, que supone el dejar sin efecto una detención al reconocer el Estado que el sistema procesal penal vigente no ha podido juzgar al individuo dentro de un plazo razonable. ¹⁰

La libertad procesal tiene su fundamento normativo en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de la continuación

⁸ La Sala Penal Especial Superior B, en el proceso cautelar seguido a los hermanos Samuel y Mendel Winter Zuzunaga, varió, por mayoría en la argumentación, la detención por comparecencia restringida al considerar la modificación de los presupuestos de peligro procesal y de proporcionalidad. El Tribunal correctamente estableció la desproporcionalidad de la detención al reconocer que el tiempo de duración de la misma ya afectaba el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso, al haberse establecido, con la petición de variación de medida cautelar, que los hermanos Winter tenían la condición de detenidos sin sentencia durante 2 años y 11 meses, pese a que el último acto de investigación judicial fue realizado el 19 de septiembre del 2001 y a la expresa declaración por la juez de la causa, mediante resolución confirmada por la Sala, que la instrucción ya había cumplido su objeto. (Procesos N° 011-2001-N y 011-2001-Ñ)

⁹ Carlos Alberto Irisarri, El Defensor en el Sumario Penal, Páginas 155, 156, 171 a 173, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1987.

¹⁰ Carlos Alberto Irisarri, Obra citada 171 a 173.

del proceso, recogido expresamente en el artículo 9 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7 inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso determinó el que se reconozcan límites temporales a la detención.

Una detención sin límites temporales, sin proporcionalidad procesal para su duración, desnaturaliza la medida cautelar penal personal e impide justificar la restricción de los derechos del imputado que su ejecución significa, es decir, torna a la privación de la libertad en arbitraria.^{11 12}

El plazo de duración de la detención, a efecto que no signifique la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso, se establece en la ley.

La libertad procesal tiene dos presupuestos materiales:

**PRESUPUESTOS MATERIALES
DE LA
LIBERTAD PROCESAL**

- Vencimiento del plazo de duración de la detención judicial.
- Detenido sin sentencia en primera instancia.

La libertad procesal no requiere para su otorgamiento la verificación de la variación de la prueba suficiente, la pena probable o el peligro procesal, sino tan solo la comprobación del cumplimiento del plazo de duración de la detención sin que el procesado haya sido sentenciado en primera instancia.

¹¹ José I. Cafferata Nores, Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal, Páginas 204 a 206, 3° Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.

¹² José I. Cafferata Nores, Proceso Penal y Derechos Humanos, Páginas 190 a 192, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.

2.1) Problemas en la determinación de la ley aplicable para establecer el plazo de duración de la detención en caso de conflicto de leyes procesales penales en el tiempo.

El plazo de duración de la detención se encuentra establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991; el mismo que respecto al tiempo de la detención habría sufrido tres modificaciones :

- ⊕ El Decreto Ley # 25824 del 9 de noviembre de 1992 estableció en 15 meses el plazo de duración de la detención, que podría ser prolongado a 30 meses, en casos de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, de complejidad por el número de procesados o agraviados (más de 10) y de complejidad probatoria.
- ⊕ La Ley # 27553 del 13 de noviembre del 2001 estableció en 18 meses el plazo de duración de la detención, que podría ser prolongado a 36 meses, en los mismos casos establecidos por la ley anterior, más el nuevo supuesto de delitos en agravio del Estado.
- ⊕ La Ley # 28105 del 21 de noviembre del 2003, según la interpretación jurídica que hoy se viene imponiendo, habría establecido que el plazo de 18 meses, duplicado a 36, puede ser prorrogado hasta 72 meses (¡6 años detenido sin condena!) ¹³. Considero que tal interpretación es errada por dos razones : **a)** El plazo ordinario de detención puede ser duplicado o prolongado de 18 meses a 36 meses en los procesos complejos establecidos mediante 2 sistemas; de forma específica (duplicidad de plazo) y genérica (prolongación del plazo) ¹⁴. La diferencia entre plazo duplicado y prolongado no es de menor a mayor rigor de control judicial, sino de

¹³ El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina que diferencia duplicación y prolongación del plazo de duración de la detención, para sostener que la primera es automática, esto es, no requiere de la demostración judicial de razonabilidad y proporcionalidad, y que además el plazo de detención duplicado puede ser prorrogado por un tiempo igual. Lamentablemente el Tribunal Constitucional, olvidando su rol de máximo guardián de los derechos fundamentales, no establece cómo la doctrina de la diferenciación de la duplicidad y la prolongación del tiempo de detención, no colisiona con los derechos a la libertad, a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a un proceso sin dilaciones indebidas.

¹⁴ En las tres normas procesales que modificaron el artículo 137 los casos especiales de ampliación del plazo de duración de la detención se determinaron siguiendo dos métodos : **a)** de forma taxativa señalando que procedía aumentar el tiempo de la detención en los supuestos de tráfico de drogas, espionaje, etc.; **b)** de forma genérica fijando el criterio de la complejidad investigatoria para permitir que en los procesos penales que no se encuentren en la lista, igualmente se pueda prolongar el plazo de detención.

supuestos en los que es posible ampliar el tiempo de detención, **en todos los casos justificando el juez la prórroga del encierro procesal.** b) El mismo texto normativo que “permitiría triplicar el plazo de la detención según la Ley # 28105”, se tuvo en el caso del Decreto Ley # 25824 y la Ley # 27553, sin embargo cuando se aplicaron nadie interpretó que el plazo ampliado de 30 o 36 meses pueda ser objeto de otro prórroga. c) La única modificación que se aprecia en la Ley # 28105 respecto de las normas anteriores es la posibilidad que de oficio el juez decida la prolongación de la detención, a diferencia de antes, en las que la ampliación era a pedido del Ministerio Público. Tal modificación del texto normativo del artículo 137 era innecesaria si se considera que en el proceso penal rige el principio de dirección o autoridad del juez, y no el dispositivo, por lo que la ampliación de una medida cautelar puede ser perfectamente dispuesta de oficio por el juez.

Actualmente se vienen desarrollando los casos penales de mayor trascendencia de la historia del Perú; en los mismos tiene más fuerza que nunca la pugna entre garantías y eficacia.

Muestra de tal tensión se advierte en el tema de la determinación de la ley aplicable para establecer el tiempo de la detención.

Ejemplo del problema indicado se tiene en el caso cautelar penal signado como 04-2001, seguido por la Sala Penal Especial A (Sala Anticorrupción) al General Walter Chacón Málaga y otros altos militares de la época del Gobierno del ex Presidente Fujimori.

Dado a que el proceso penal se inició el 19 de enero del 2001, las tres normas procesales que modificaron el artículo 137 concurrirían al proceso cautelar penal de detención para fijar su duración, por lo que el problema jurídico (no político, mediático, o ideológico) que tenía que resolver la Sala Penal Especial A era el fijar la norma procesal penal aplicable.

El órgano judicial, por mayoría, estableció que la Ley # 28105 era la aplicable y que el tiempo de duración de la detención por poder alcanzar los 72 meses, justificó el establecimiento de un plazo de 48 meses de prisión preventiva.¹⁵

Corresponde establecer jurídicamente cómo se determina la ley aplicable para fijar el plazo de la detención en caso de conflicto de normas procesales penales en el tiempo.

El problema a resolver corresponde al ámbito temporal de la ley procesal penal, por lo que se debe ubicar qué regla de esta institución procesal es la que se tiene que emplear para su solución.

Se debe comenzar por considerar cuál es el fundamento constitucional de la institución del ámbito temporal de la ley procesal penal.

2.1.1) Determinación de las reglas del ámbito temporal de la ley de ejecución penal mediante la interpretación jurídica del artículo 103 de la Constitución de 1993.¹⁶

El fundamento normativo de las reglas del ámbito temporal de la ley, incluyendo las procesales penales, se encuentra en el artículo 103 de la Constitución, por lo que la solución del problema planteado comienza con su interpretación.

2.1.1.1) La interpretación jurídica de la Constitución.¹⁷

¹⁵ En el auto cautelar de vista se aprecia el voto singular del magistrado Sequeiros Vargas, que correctamente estableció que la duplicidad y la prolongación de la detención no son concurrentes, sino excluyentes, por lo que no es posible prologar el plazo de detención duplicado, de allí que en el ordenamiento procesal penal del Perú el tiempo máximo de duración de la detención es de 36 meses; igualmente sostiene el juez Sequeiros que la Ley # 28105 no regula la posibilidad de ampliar la prisión preventiva más allá del límite de los 36 meses. Finalmente en el voto singular se señala que si bien es cierto en la doctrina rige el principio de aplicación inmediata de la ley procesal, la prohibición de aplicar la ley retroactivamente impide que el mismo funcione tratándose de leyes que afecten derechos fundamentales del procesado.

¹⁶ Este punto tiene como base un artículo que he publicado con relación a la ley de ejecución penal al tener el mismo fundamento constitucional que la ley procesal penal. César Augusto Nakazaki Servigón, "Problema en la determinación de la ley aplicable para la concesión de la semi - libertad", Actualidad Jurídica, Tomo 123, febrero del 2004, Páginas 36 a 39, Gaceta Jurídica, Lima, Perú.

¹⁷ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Página 36.

La interpretación jurídica de la Constitución se realiza mediante una operación que tiene tres etapas : ¹⁸ ¹⁹

ETAPAS DE LA INTERPRETACION JURIDICA DE LA CONSTITUCION

- a. La determinación del tipo de norma constitucional.
- b. La formulación de la directiva interpretativa a utilizar.
- c. La aplicación de la directiva interpretativa a la norma constitucional cuyo significado se busca establecer.

2.1.1.2) Determinación del tipo de norma constitucional del artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental de 1993. ²⁰

La Constitución, como explica correctamente el profesor español Francisco **FERNANDEZ SEGADO** ²¹, se encuentra estructurada por diversos tipos de normas jurídicas:

TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES

- Normas constitucionales referidas a derechos fundamentales.
- Normas constitucionales referidas a garantías institucionales.
- Normas constitucionales que contienen mandatos.
- Normas constitucionales que consagran principios constitucionales y fines del Estado.
- Normas constitucionales orgánicas.
- Normas constitucionales atributivas de competencia.

El tipo de norma jurídica constitucional determina su fuerza vinculante y su rango jerárquico; así por ejemplo las normas constitucionales referidas a derechos fundamentales tienen la mayor fuerza vinculante pues éstos deben ser reconocidos con la sola entrada en vigencia de la Ley Fundamental; o por ejemplo las normas constitucionales referentes a principios fundamentales del orden jurídico político son pautas valorativas a seguir en toda operación de interpretación de otras normas constitucionales o infraconstitucionales.

¹⁸ Jerzy Wroblewski, Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 2001.

¹⁹ Germán Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, El Derecho Constitucional de la Libertad, Páginas 119 a 133, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1993.

²⁰ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Página 37.

²¹ Francisco Fernandez Segado, El Sistema Constitucional Español, Página 71, Dykinson, Madrid, España, 1992.

El artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental del Perú puede encuadrar en varios tipos de normas constitucionales:

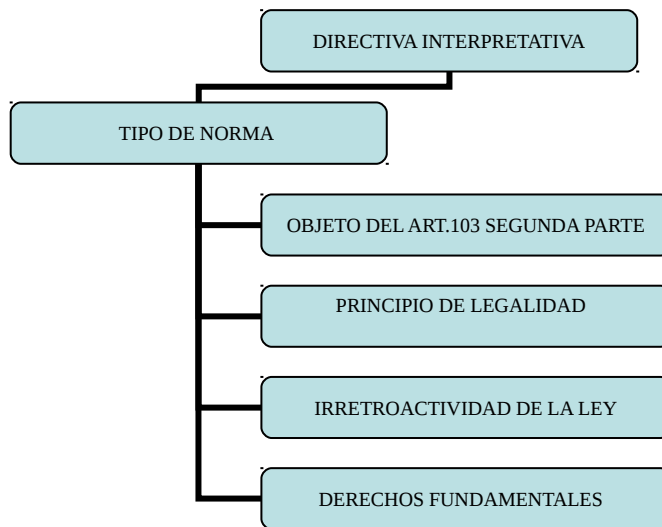
- Es una norma constitucional referente a un principio fundamental del orden jurídico político : el principio de legalidad, ya que la irretroactividad de la ley es una manifestación de este límite a la función punitiva del Estado.
- Es una norma constitucional que contiene un mandato: el Congreso no puede crear y el Poder Judicial no puede aplicar leyes violando la irretroactividad como manifestación del principio de legalidad.
- Es una norma constitucional referente a derechos fundamentales: la irretroactividad de la ley tiene como fundamento al principio de legalidad con el objeto de proteger los derechos fundamentales de la persona.

2.1.1.3) La formulación de la directiva interpretativa a aplicar en el caso del artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental de 1993.²²

El establecimiento del tipo de norma constitucional en la que se encuadra el artículo 103 segundo párrafo de la Carta Política de 1993, determina que tenga el siguiente objeto : **un mandato al legislador y al juez de asegurar la irretroactividad de la ley por exigencia del principio de legalidad a fin de garantizar los derechos fundamentales de la persona.**

Al haber efectuado la primera etapa de la operación de interpretación del artículo 103 segundo párrafo de la Constitución, corresponde desarrollar la segunda etapa, formular la directiva interpretativa.

²² César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Páginas 37 a 39.



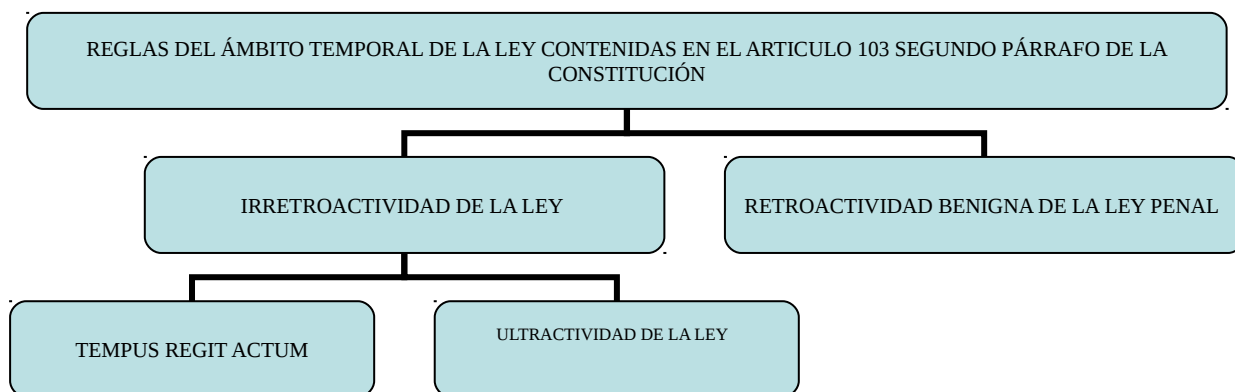
La directiva interpretativa es la siguiente:

La irretroactividad de la ley tiene su fundamento en el principio de legalidad, que por ser un límite formal a la función punitiva del Estado constituye un mandato al legislador y al juez de garantía de los derechos fundamentales de la persona.

2.1.2) Reglas del ámbito temporal de la ley reconocidas por el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución. ²³

Junto a la irretroactividad existen otras reglas del ámbito temporal de la ley que también tienen su fundamento en el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución:

²³ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Páginas 38 a 39.



La irretroactividad de la ley se encuentra reconocida expresamente en el texto del artículo 103 segundo párrafo al haberse establecido como regla general de todo el ámbito temporal del derecho.

La regla del tempus regit actum también tiene fundamento legal en el texto constitucional examinado si se tiene en cuenta que es el complemento de la regla de la irretroactividad de la ley; de allí que la regulación expresa de esta última permite establecer también la de la primera.²⁴

La regla de la ultractividad de la ley del mismo modo se encuentra recogida en el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución. La regla de la ultractividad es el complemento lógico indispensable de la regla tempus regit actum, pues permite que la ley vigente al momento de la realización del hecho sea la aplicable al caso pese a la sucesión o aparición de otras disposiciones.

Autores como el argentino Carlos **CREUS**²⁵ y el chileno Luis **COUSIÑO MAC IVER**²⁶ afirman que la ultractividad está incorporada a la regla de la irretroactividad o la del tempus regit actum.

En consecuencia el fundamento constitucional de la regla de la ultractividad se establece a partir de su vinculación con la regla de la irretroactividad de la ley.

²⁴ José Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal Parte General, Página 159, Sesator, Lima, Perú, 1978.

²⁵ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Página 94, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

²⁶ Luis Cousiño Mac Iver, Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Páginas 118 y 119, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1975.

La retroactividad benigna de la ley penal de igual forma tiene reconocimiento expreso en el texto constitucional del artículo 103 al establecerse como excepción a la irretroactividad la aplicación retroactiva de la ley favorable en materia penal.

2.1.3) Vigencia del artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental en el derecho procesal penal. ²⁷

La regla de la irretroactividad de la ley rige en todas las ramas del derecho porque en ellas tiene vigencia el principio de legalidad y su función de garantía de los derechos fundamentales de la persona.

En consecuencia la irretroactividad de la ley tiene aplicación en el derecho procesal penal, y con ésta el resto de las reglas del ámbito temporal de la ley que admite el artículo 103 segundo párrafo.

La necesidad de asegurar una restricción de derechos humanos razonable y justa en la ejecución de la pena, se logra reconociendo la vigencia de las reglas del ámbito temporal de la ley en el derecho procesal penal.

Dado a que el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución rige en el derecho procesal penal, se puede concluir que en él operan; la regla de la irretroactividad, sus derivados tempus regit actum y ultractividad; así como la excepcional regla de la retroactividad benigna en materia penal.

2.1.4) La regla tempus regit actum en el ámbito temporal de la ley procesal penal.

Hay discusión sobre la forma de aplicación del principio tempus regit actum en el caso de la ley procesal penal.

Existen dos posiciones:

Φ Primera posición: la ley procesal penal aplicable la determina el momento de realización del delito.

²⁷ César Augusto Nakazaki Servigón, Obra citada, Página 39.

Φ Segunda posición: la ley procesal penal aplicable la determina el momento de realización del acto procesal.

2.1.4.1) Examen de la primera posición: la ley procesal penal aplicable la determina el momento de realización del delito.

El fundamento de la primera posición es la función de garantía que el principio de legalidad realiza a través de la ley procesal penal : el control del ejercicio de la función punitiva del Estado a fin de evitar la arbitrariedad.

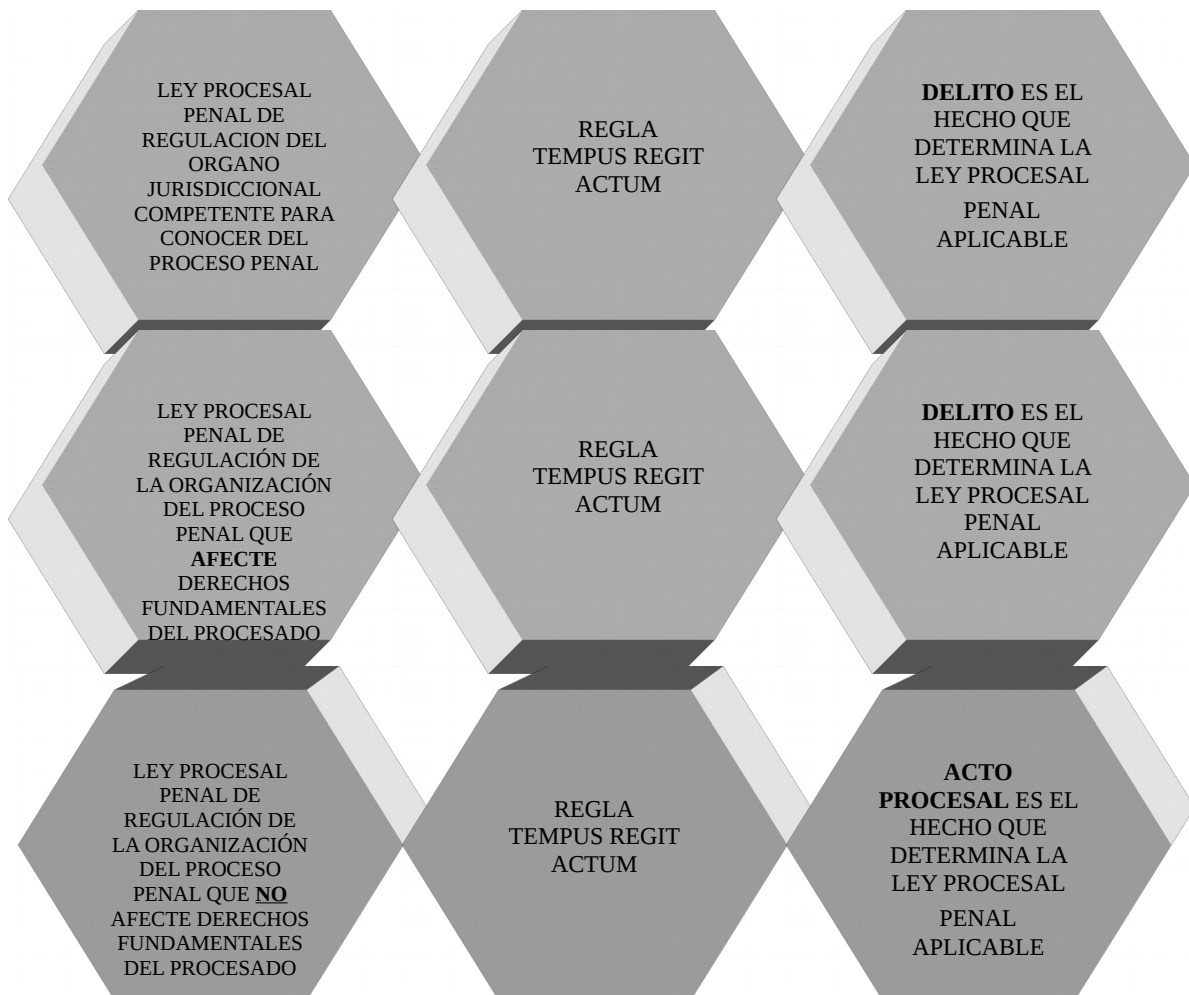
Las reglas tempus regit actum y de la irretroactividad de la ley procesal penal al ser expresiones del principio de legalidad tienen su misma misión: **la protección de los derechos fundamentales del procesado.**



La aplicación de la regla tempus regit actum en el proceso penal tiene, al igual que la regla de la irretroactividad de la ley, que responder a la observancia del principio de legalidad y cumplir con la garantía de los derechos fundamentales del procesado.

La aplicación de una ley procesal penal conforme a la regla tempus regit actum no puede significar un tratamiento procesal que viole algún derecho fundamental del encausado.

Una regulación legal del tempus regit actum respetuosa de su soporte constitucional (principio de legalidad y garantía de derechos fundamentales) exige reconocer que en el derecho procesal penal esta regla tiene un tratamiento especial que supone hacer la siguiente distinción:



La aplicación de la regla tempus regit actum en el derecho procesal penal exige el diferenciar el objeto de la norma procesal penal que se pretende utilizar en el caso:

- Si se trata de una disposición que se refiere a la fijación del juez competente para conocer la causa, o de una disposición de organización del proceso restrictiva de derechos fundamentales del imputado, el hecho que determina la ley procesal penal aplicable es el delito.

- Si se trata de una disposición de organización del proceso que no restringe derechos fundamentales del imputado, el hecho que determina la ley procesal penal aplicable es el acto procesal.

La aplicación especial de la regla *tempus regit actum* en el proceso penal responde a su vinculación con el principio de irretroactividad o de no retroactividad de la ley procesal penal desfavorable.

La mejor forma de impedir que el principio de irretroactividad o de no retroactividad de la ley procesal penal desfavorable sea vulnerado, es el establecer la inaplicabilidad en las causas en trámite de disposiciones de fijación del juez competente o de organización del procedimiento restrictivas de derechos humanos del imputado, que se expidan con posterioridad al delito.

La necesidad de considerar al delito como el hecho que determina la ley procesal penal aplicable en los casos de fijación de juez competente o de una norma de organización del proceso restrictiva de derechos fundamentales del imputado, surge ante la posibilidad de manipulación en la forma de estructurar el proceso en cumplimiento de la función de garantía de la ley procesal penal.

Alberto **BINDER**, el procesalista argentino, resalta al principio de irretroactividad de la ley procesal penal y por tanto al *tempus regit actum*, como manifestaciones de la función de garantía de la ley procesal penal. ²⁸

Según **BINDER** el hecho que determina la ley procesal penal aplicable es el delito pues no puede aplicarse a una causa penal en trámite una norma legal que altere el sentido político criminal del proceso penal establecido en las disposiciones vigentes al momento de la producción del hecho punible; en sentido contrario las nuevas leyes procesales que “no afecten el sentido político criminal garantizador del proceso penal” o que sean más favorables al imputado si pueden ser aplicadas conforme al principio de retroactividad benigna de la ley procesal penal. ²⁹

²⁸ Alberto M. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Páginas 129 a 135, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993.

²⁹ Alberto M. Binder, *Obra citada*, Páginas 129 a 135.

Los autores españoles Juan Carlos **CARBONELL MATEU**, M. **COBO DEL ROSAL** y T.S. **VIVES ANTON**, también sostienen que en aquellos casos en que la ley procesal posterior al delito signifique una disminución de garantías o restricciones a la libertad, no regirá la regla tempus regit actum considerando al acto procesal, sino se aplicará la ley vigente al momento de la realización del delito.^{30 31}

La ley procesal penal aplicable, tratándose de la fijación del juez competente o de normas de organización del proceso restrictivas de derechos fundamentales, es la del momento de realización del delito porque es la mejor forma de permitir que el principio tempus regit actum cumpla con la función de garantía de la ley procesal penal de controlar el ejercicio de la potestad de castigar del Estado.

El Tribunal Constitucional al resolver el habeas corpus interpuesto por el ciudadano Eduardo Martín Calmell del Solar Díaz en la causa signada con el número 0290-2002-HC-TC, ha establecido sin ninguna motivación que el hecho delictivo no es el que determina la ley procesal penal aplicable sino el acto procesal, esto es, no se ha adherido a la primera posición examinada.

Insisto que el Tribunal Constitucional al considerar que para la utilización de la regla del tempus regit actum, el hecho que determina el momento de la ley procesal penal aplicable es el acto procesal y no el delito, no ha desarrollado en su sentencia ningún argumento, tal cual se puede constatar en el punto 5 de la misma titulado “Aplicación retroactiva de leyes procesales penales”.

2.1.4.2) Examen de la segunda posición : la ley procesal penal aplicable la determina el momento de realización del acto procesal.

Según esta posición la regla tempus regit actum opera considerando que la ley procesal penal aplicable es la vigente al momento de la realización del acto procesal.

Como se ha indicado anteriormente la segunda posición que se examina ha sido asumida por el Tribunal Constitucional; lo que ha motivado que en el sub sistema de justicia anticorrupción se le haya adoptado como fundamento para extender una

³⁰ Juan Carlos Carbonell Mateu, Derecho Penal : Concepto y Principios Constitucionales, 3º Edición, Página 152, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

³¹ M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, Derecho Penal, Parte General, Página 163, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1991.

detención que se inició con un plazo de duración de 15 meses a 48, con posibilidad de llegar a los 72. (Caso cautelar penal signado como 04-2001, seguido por la Sala Penal Especial A al General Walter Chacón Málaga y otros altos militares de la época del Gobierno del ex Presidente Fujimori)

La utilización de esta segunda posición sin considerar la distinción que se hace en la primera posición en cuanto al objeto de la ley procesal penal, eso es, si se trata de la regulación del órgano jurisdiccional competente, de la organización del proceso penal afectando derechos fundamentales del procesado, o de la organización del proceso penal sin afectar derechos fundamentales del procesado, impide que la regla *tempus regit actum* cumpla con la función de garantía de la ley procesal penal que se le asigna en la Constitución al establecerse que su fundamento es el principio de legalidad, conforme anteriormente se ha explicado.

2.1.4.3) Doble problemática en la utilización de la regla *tempus regit actum* considerando que la ley procesal penal aplicable es la del momento de realización del acto procesal.

Esta forma de aplicación de la regla *tempus regit actum* no sólo tiene el problema de fundamentación anticonstitucional, sino que además presenta una errónea determinación del tipo de acto procesal que fija la ley aplicable para ubicar el plazo de duración de la detención.

En el proceso cautelar de detención el acto procesal que determina la ley aplicable es la detención y específicamente tratándose de las normas procesales referentes al plazo de duración de la prisión preventiva, el acto procesal que permite la aplicación del *tempus regit actum*, es una detención no prorrogada.

La detención judicial no prorrogada es el acto procesal que ha establecido el Tribunal Constitucional para fijar la ley procesal penal aplicable, conforme se aprecia en los casos 309-2002-HC/TC, 310-2002-HC/TC, 365-2002-HC/TC, 810-2002-HC/TC y 0697-2003-HC/TC.

El Tribunal Constitucional en los precedentes jurisprudenciales citados justificó que la Ley N° 27553, que reemplazó al Decreto Ley N° 25824, no era aplicable en dos supuestos:

- Φ El caso de una detención judicial de 15 meses de duración y sin auto de prórroga antes del 14 de noviembre del 2001 en que entró en vigencia la Ley N° 27553. En este primer caso de no aplicación de la nueva ley, la razón es evidente, no se puede prorrogar una detención que ya terminó por vencimiento del plazo de duración.

- Φ El caso de una detención judicial con auto de prórroga de 30 meses de duración al 14 de noviembre del 2001 en que entró en vigencia la Ley N° 27553. En este segundo caso de no aplicación de la nueva ley, la razón dada fue que la modificación desfavorable de una prórroga del plazo de detención ya establecida significaría la violación de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley procesal penal desfavorable.

Los supuestos de inaplicabilidad de la Ley N° 27553 son los que permiten sostener que el Tribunal Constitucional ha señalado a la detención no prorrogada como el acto procesal que determina a la ley procesal penal aplicable para establecer el plazo de duración del encarcelamiento procesal.

La ubicación de la ley procesal penal aplicable para señalar el plazo de duración de la detención judicial requiere de identificar si en el proceso cautelar penal se presenta un conflicto de normas procesales.

La identificación del conflicto de leyes procesales penales en el tiempo se logra a partir de la identificación del tipo de hecho procesal que es la medida cautelar de detención.

Existen tres clases de hechos procesales:

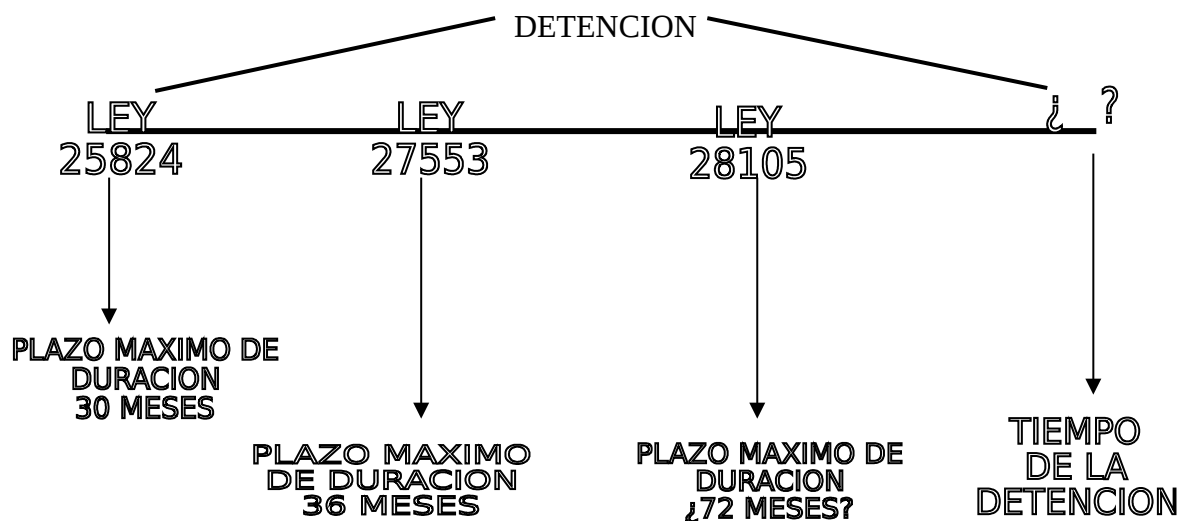
HECHOS PROCESALES

- Hechos procesales instantáneos.
- Hechos procesales continuados.
- Hechos procesales permanentes.

La detención es un hecho procesal permanente pues comienza con su implementación y se prolonga en el tiempo hasta su terminación; o con la puesta en libertad del detenido por vencimiento del plazo, o por variación, o con la condena del procesado al convertirse la privación de la libertad en pena.

Siendo la detención un hecho procesal permanente concurren a su aplicación las leyes procesales que han tenido vigencia durante su realización, lo que abarca su implementación y ejecución.

Así por ejemplo en el caso del General Chacón las tres leyes procesales penales que han tenido vigencia durante la detención implementada producen un conflicto de normas en el tiempo.



Tres disposiciones procesales penales, conforme al gráfico, han regido durante la existencia de la detención impuesta al General Chacón, y en las mismas el plazo de duración máxima ha variado, de 30 meses a 72 meses.³²

¿Cuál es el plazo de duración de la detención que la ley, no la política anticorrupción o la opinión pública, exige considerar para establecer si el imputado tiene derecho a la libertad procesal?

³² Me remito al apartado 2.1 en el que se establezco las razones por las que sostengo que la Ley 28105 no permite la prórroga del plazo duplicado para llegar a un tiempo de detención de 72 meses.

La correcta aplicación de la regla tempus regit actum exige elegir de las tres leyes procesales aplicables a la detención, aquella cuya aplicación garantice el respeto de los derechos fundamentales de la persona detenida :

- El derecho a la libertad y sus derivados, el derecho a la presunción de inocencia y la restricción de derechos a título de pena, realizando el juez el siguiente control : ¿ la detención sigue siendo proporcional.?
- El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable sin perjuicio de la continuación del proceso y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, realizando el juez el siguiente control. ¿ existe complejidad probatoria que justifique el tiempo de detención.?

El Tribunal Constitucional ha solucionado el conflicto de leyes procesales penales en el tiempo aplicando la regla de la irretroactividad de la ley procesal penal desfavorable conforme se aprecia en las causas N°s. 309-2002-HC/TC, 310-2002-HC/TC, 365-2002-HC/TC, 810-2002-HC/TC y 0697-2003-HC/TC; y la regla de la ultractividad de la ley procesal penal benigna conforme se aprecia en las causas signadas con los N°s 798-2002-HC/TC, 2273-2002-HC/TC.

El Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de irretroactividad de la ley procesal penal desfavorable para interpretar la única disposición transitoria de la Ley N° 27553, pues su utilización no podría significar la violación de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley procesal penal desfavorable.

El Tribunal Constitucional ha declarado que pese a no estar vigente el Decreto Ley N° 25824 resulta aplicable a los casos cautelares de detenciones que se implementaron durante su vigencia, pues la posibilidad de una duración de detención menor que la que prevé la Ley N° 27553 o la Ley N° 28105, exige que la primera disposición por ser mas favorable al detenido sea la aplicable en virtud del principio de ultractividad benigna de la ley procesal penal, que consagra el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución.

En consecuencia, así se aplique el principio tempus regit actum fijando al acto procesal como el hecho determinante para la ubicación de la ley procesal penal

aplicable, el resultado será el mismo que si se tomase al delito como tal, pues siempre el plazo de duración de la detención del General Chacón será el de 30 meses, esto es, el establecido en la Ley N° 25824, por lo que el ejemplo de detención arbitraria resulta evidente.