

Sumario: I. Introducción. II. Breve descripción histórica de las funciones de seguridad del Estado. III. Supuestos de detenciones y limitaciones a la libertad personal. IV. Libertad personal y sistema penal. V.- Libertad personal y seguridad pública. VI. El derecho fundamental a la libertad personal en la Const. de 1993. VII. Limitaciones constitucionales a la libertad personal. VIII. La protección constitucional de la libertad personal.

I. Introducción

(p. 11) Desde tiempos inmemoriales existe la preocupación del hombre por obtener un mínimo de garantías frente a la intromisión del poder establecido en su esfera física. Así se conoce que, por lo menos en las Coronas británica y de Aragón existía el derecho consuetudinario de la no detención arbitraria para sus súbditos, encontrándose referencias expresas a este derecho en la Carta Magna de Juan Sin tierra de 1215 y en los Fueros de Egea (Aragón) de 1265. Durante la (p. 12) vigencia del Estado absoluto, con su exuberante legislación represiva y la instauración del proceso inquisitivo, se hicieron más patentes los abusos en que puede caer el poder ilimitado frente a la libertad física del individuo. Ello explica que con el triunfo de las revoluciones burguesas y la implantación del Estado Liberal, precisamente uno de los primeros derechos del hombre ganados al Estado, sea el derecho a no ser detenido arbitrariamente y las garantías que rodean a la detención (principio de legalidad y presunción de inocencia arts, 7, 8 y 9 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789).

Así, desde la instauración del Estado Moderno se concibe una esfera del individuo que es infranqueable por el poder del Estado: el derecho a no ser detenido sino por autoridad judicial competente, salvo delito flagrante (art. 24 inc. f) Const.). Este derecho fundamental³, denominado libertad física, libertad ambulatoria, libertad individual o más genéricamente libertad personal⁴, representa hoy en día el espacio último de autonomía y participación del ciudadano en la vida social y política del país, garantizados de un ámbito previo que le permite el desarrollo de los demás derechos fundamentales: vida, honor, integridad física, etc. De allí que el respeto a la libertad personal constituya la seguridad personal por excelencia, en tanto representa la primera y

¹ Acuerdo no 39, Cfr. AA. VV., Derecho Positivo de los Derechos Humanos, Madrid 1987, p. 31.

² Cfr. Fairen Guillen, Victor, Comentarios a la Constitución de 1978: el Habeas Corpus del art. 17.4 y la manifestación de personas ; en Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional, Madrid 1983, p. 321. Pueden citarse como primer precedente, los arts. 287, 290 y 291 de la Const. española de 1812, de gran influencia en el constitucionalismo peruano y latinoamericano.

³ Doy por consabido que me refiero con esta nomenclatura a todos aquellos derechos humanos (necesidades humanas) reconocidos en las constituciones. Cfr., Pérez Luño, Antonio: Los derechos fundamentales, Madrid 1986, p. 47. Sobre el alcance conceptual de los derechos humanos ver Chipoco, Carlos, En defensa de la vida. Ensayos sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Lima 1992, p. 36 y ss.

⁴ Soslayo entrar en la discusión sobre la denominación de este derecho fundamental. En todo caso, existe cierto consenso en llamarlo genéricamente libertad personal.

originaria forma de asegurar los derechos de la persona frente al Estado. Esto evidencia, también, que se hable de libertad y seguridad personal indistintamente. Libertad y seguridad son dos conceptos (**p. 13**) sociopolíticos indisolubles, interdependientes que se intensifican en la realidad.

Por consiguiente, si existe una relación recíproca entre la eficacia de los derechos fundamentales y el desarrollo del modelo de Estado democrático de Derecho, esta relación se hace particularmente evidente cuando se trata de la vigencia real y formal de la libertad personal en un Estado determinado. Ello explica que se considere eminentemente un derecho político⁵, dado que las restricciones a su ejercicio constituyen un termómetro del nivel de desarrollo democrático de un país y, en definitiva, de la legitimidad de su sistema político. En ese sentido, históricamente se ha podido constatar que la vulnerabilidad de la libertad personal adquiere sus puntos más álgidos en momentos de concentración del poder (como en el Estado Absoluto), o en situaciones de crisis políticas (estados excepcionales, art. 137 inc. 1 Const.) en que es preciso sacrificar las libertades para mantener la autoridad.

No obstante, el derecho del ciudadano al reducto de su seguridad personal, siendo el primer ámbito en el que se dan las relaciones del individuo con el poder como control desde épocas pretéritas, no es un derecho absoluto y admite limitaciones por razones de interés público: se trata de la posibilidad de detención legal por parte de las fuerzas de seguridad del Estado o por mandato judicial. Entonces, se trata de analizar cuál es el alcance real del derecho del ciudadano a no ser arbitrariamente detenido según la Constitución de 1993, estudiando los distintos ámbitos de restricción constitucional de la libertad personal.

El interés de este trabajo es, entonces, el de estudiar la protección constitucional de la libertad personal, concretamente el derecho a no ser arbitrariamente detenido, relacionándolo con nociones constitucionales como orden interno, seguridad pública, orden público, seguridad ciudadana, instituciones que denotan las llamadas funciones generales de policía del Estado, principal ámbito de (**p. 14**) restricciones de la libertad personal. En este punto, relacionamos garantías y control social. Garantías y control social son espacios dentro de los cuales discurre el contenido material de la libertad personal; son las dos caras de una misma moneda: las complejas relaciones entre Estado y sociedad, entre poder político y ciudadanía.

En efecto, sólo es posible captar el alcance constitucional de la libertad personal analizando los espacios de legalidad que, constitucionalmente, el Estado tiene para afectarla. Esto es, cuáles son los fundamentos jurídicos que existen para motivar una detención legal y cuáles pueden y deben ser sus alcances materiales. Esta delimitación es importante porque la realidad policial está plagada de una serie de prácticas que, al no ser identificadas claramente como formas de detención, en muchos casos desbordan la constitucionalidad del derecho a la libertad personal, al no cumplir con las garantías de su ejercicio. Se trata de los "cacheos", "redadas", "diligencias de identificación", "retenciones", etc. Figuras muy próximas a la detención policial, que, en todo caso suponen una limitación a la libertad personal que se realizan dentro del desempeño de las funciones de seguridad pública del Estado.

Importa, entonces, delinear precisamente dentro de qué marco funcional del Estado se pueden realizar detenciones o restricciones a la libertad personal. Para ello es imprescindible reseñar una breve descripción histórica de las funciones de seguridad del Estado.

II. Breve descripción histórica de las funciones de seguridad del Estado

Históricamente, uno de los fundamentos de legitimidad del poder establecido ha sido el de otorgar seguridad a los ciudadanos para el ejercicio de sus actividades; esto es, lograr la paz social.

⁵ Cfr. Rubio/Bernales, Constitución, Sociedad y Política, Lima 1983, p. 32. Claramente lo dicen: "Clasificar por lo tanto a la libertad personal como un derecho individual es desnaturalizar su protección".

Asimismo, estas funciones de seguridad propias del poder público han constituido la principal forma de expresión de su autoridad.

Con la implantación del Estado Moderno, Estado Liberal o Estado-Policía, el poder político se erige en garante del desarrollo de las libertades ciudadanas (el orden público). El Estado liberal burgués, **(p. 15)** fundamentalmente abstencionista, concibe la seguridad pública como el aseguramiento de la "tranquilidad de la calle" y el establecimiento de la seguridad jurídica (para el ejercicio de las actividades económicas). Estos postulados son establecidos en las declaraciones y constituciones decimonónicas, por lo que el fin fundamental del Estado es el de asegurar el despliegue normal (natural) de las (nuevas) libertades de los ciudadanos, caracterizándose los derechos fundamentales por su aspecto negativo de límites a los poderes del Estado.

Instaurado el modelo del Estado Social de Derecho, con su papel de interventor, las funciones de seguridad del Estado (precisamente conferidas al Poder Ejecutivo) van a ampliarse comprendiendo mucho más que el simple mantenimiento del orden público y se crean las llamadas funciones de policías especiales para inspeccionar y limitar la actividad de los particulares en las diferentes esferas en las que tiene que intervenir el Estado: policía de circulación, policía fiscal, policía aduanera, etc. La tradicional función de la policía de salvaguardar el orden público, queda entonces convertida, a su vez, en una más entre las policías especiales: la policía de seguridad⁶. Por su parte, el contenido de los derechos fundamentales adquiere además de su alcance negativo (límites al poder del Estado), un alcance positivo de compromiso de los poderes públicos de su respeto incluso frente a los particulares (dimensión social de los derechos fundamentales). Así el deber de mantenimiento del orden público por parte del ejecutivo, no sólo se entiende como aseguramiento del libre ejercicio de los derechos ciudadanos, sino también como preservación del funcionamiento de los servicios públicos esenciales y el de las instituciones democráticas, de sus transgresiones por parte de los ciudadanos y de los propios poderes públicos.

Actualmente se entiende que hay dos rubros fundamentales de funciones de la policía de seguridad: mantenimiento del orden público, prevención y persecución de los delitos. Aunque **(p. 16)** tradicionalmente ambas funciones de policía han correspondido al Poder Ejecutivo, en tanto poder administrador y ordenador de la sociedad además de organizador y director de las fuerzas de seguridad, el mantenimiento del orden público permanece como misión por excelencia del ejecutivo, mientras que la función de prevención y persecución de los delitos se va adscribiendo a la Administración de Justicia (Poder Judicial), con la creación en varios países de la policía judicial o, en todo caso, de una policía especializada orgánicamente dependiente del Poder Judicial o del Ministerio Público. Además, las funciones de los cuerpos de seguridad del Estado no sólo se circunscriben a estas tradicionales funciones de seguridad, sino que amplían sus misiones a la comunidad, en tanto servicio público, tales como ayuda a personas desvalidas, información en carretera, información en ciudad, etc. Esto es importante porque, en principio, el funcionario policial no debería ser concebido como simple órgano operativo represor, sino como un servidor público. Otra cosa es que en la realidad de muchos países latinoamericanos, como en el Perú, se hayan desplegado más las funciones de seguridad de la policía, en detrimento de sus funciones protectoras de la sociedad. No obstante, hay que recordar que el talante democrático de un país se mide también en función del desarrollo de las funciones sociales de la policía, en desmedro de las meras funciones de control o seguridad.

Así quedan configuradas las principales funciones policiales de seguridad que conoce la sociedad moderna: 1) prevención y persecución de los delitos, que puede comprender la investigación de los mismos, la búsqueda y captura de los delincuentes, etc., vinculadas a la Administración de Justicia; 2) mantenimiento del orden público, que puede comprender el aseguramiento de la tranquilidad pública, servicio de patrulla, control del tránsito, autorización de reuniones y

⁶ Cfr. Garrido Falla, Fernando: Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Madrid 1987, p. 119.

espectáculos públicos, el hacer cumplir las leyes, sentencias y resoluciones, etc. más vinculadas a la funciones de la Administración Pública.

Interesa aquí establecer de todas estas funciones de policía de seguridad, cuáles pueden ser privativas o restrictivas de la libertad personal? Para ello es preciso reconocer cuáles son las formas de **(p. 17)** privaciones o restricciones a la libertad personal que la realidad operativa de las fuerzas de seguridad y/o el Derecho comparado conoce, sin entrar a valorar aún su alcance constitucional.

III. Supuestos de detenciones y limitaciones a la libertad personal

En este acápite se intentará sistematizar las distintas modalidades de detención o restricción a la libertad personal desde el punto de vista funcional (dentro de qué tipo de funciones de seguridad se enmarcan) y desde la perspectiva del sujeto que tiene la potestad de decidir la detención⁷.

A) Supuestos de detenciones funcional-operativas:

- a) Paradas de vehículos por la policía de tráfico, para llevar a cabo test de alcoholemia o de consumo de drogas.
- b) Retención de las personas en la vía pública, a los efectos de su identificación como medida preventiva para el mantenimiento de la seguridad ciudadana.
- c) Retención de las personas en la vía pública, a los efectos de comprobar su vinculación a la comisión de un delito conocido (registros, cacheos, etc.).

B) Supuestos de detenciones funcional-preventivas:

- a) El internamiento de incapaces (físicos o psíquicos).
- b) Privaciones de libertad por razones sanitarias (enfermos contagiosos).
- c) **(p. 18)** Conducción de personas a un centro policial, en el caso de que dicha persona no sea identificada, cuando la identificación fuese necesaria para impedir un delito o falta o sancionar una infracción administrativa.

C) Supuestos de detenciones de carácter administrativo:

- a) Detenciones llevadas a cabo en virtud del cumplimiento de las leyes de extranjería.
- b) Detenciones realizadas con motivo de llevar a cabo una extradición pasiva.
- c) Detenciones por alteración del orden público (peligrosos: alcohólicos, drogadictos, etc.).

D) Supuestos de detenciones procesales por razones de penalidad:

- a) Cuando el delincuente es sorprendido in fraganti.
- b) Cuando el delincuente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber cometido el delito.

⁷ Los supuestos corresponden a los contemplados en la praxis policial peruana y/o acogidos en el Derecho peruano (muchos de ellos ya contemplados en el Derecho comparado). La clasificación que se hace es, en lo fundamental, la seguida por Herrero Herrero, César : La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación, Madrid 1994, p. 18. No se establecen las regulaciones legales correspondientes a cada supuesto porque aún se está en la etapa descriptiva, para entrar a valorar luego, desde el prisma constitucional, aquellos casos que merezcan un análisis mayor. Es posible que no se haya contemplado algún supuesto legal o real de detención, pero en todo caso, están todos los que nos interesa destacar como prácticas por fuera de la ley peruana.

- c) Cuando el delincuente es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de cometer el delito.
- d) Fuga del detenido, procesado o penado del lugar donde se le ha asignado.
- e) Situación de rebeldía del procesado o condenado.
- f) Mandamiento del juez para encontrar a una persona con indicios de culpabilidad sobre la comisión de un delito.

Ahora es conveniente establecer quiénes tienen potestad para decidir la procedencia de una restricción a la libertad personal o una detención:

- 1) El Juez en los supuestos: B a), D e) y D f).
- 2) El Poder Ejecutivo o los funcionarios policiales en los supuestos: A a), A b), B b), A c), B c), C b), C c), D a), D b), D c) y D d).
- 3) El particular en los supuestos D a) y D b).

(p. 19) La Constitución reconoce solo dos formas de detención (art. 2, inc. 20, f), la detención judicial (que es la regla) y la detención policial en flagrante delito (que es la excepción) (ver epígrafe IV), habiéndose ocupado especialmente de rodear de una serie de garantías la detención policial. Si esto es así, es oportuno preguntarse si las otras formas de restricción de la libertad personal efectuadas por las fuerzas policiales, requieren que su ejercicio esté acompañado de dichas garantías. La respuesta a esa pregunta está condicionada por el tipo de funciones de seguridad que cumplen las autoridades policiales al limitar la libertad personal; o, por lo menos, es importante tener claro en qué consisten dichas funciones, para ver dentro de qué competencias restringen derechos.

Según el mandato constitucional, dentro del caso de detención policial por flagrante delito cabrían los supuestos D a), D b), y D d) (persecución por razón de delito). Los demás supuestos de detención o limitación de la libertad personal efectuados por la policía se realizan dentro de las funciones de prevención del delito y mantenimiento del orden público (faltas contra la tranquilidad pública, Título VI del C.P. faltas contra la seguridad pública, Título V del C.P.). Es en el marco del control penal, por consiguiente, donde se realizan las mayores restricciones a la libertad personal, dentro y fuera de los límites legales. Conviene, entonces, adentrarnos en la relación libertad personal y sistema penal para entender las distintas funciones de seguridad.

IV. Libertad personal y sistema penal

Para entender el trasfondo de la conexión libertad personal y sistema penal es preciso evocar las relaciones hombre - sociedad y sus características de tensión - integración, las cuales van a determinar la ambivalencia del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular: por una parte constituye un medio eficaz para garantizar la convivencia (función garantizadora); pero por otro, representa un poderoso instrumento para el control de los individuos (función **(p. 20)** represiva)⁸. Estas son las dos demandas contrapuestas que se le hace al sistema penal: salvaguarda de la seguridad ciudadana sacrificando derechos fundamentales, proteger bienes jurídicos restringiendo bienes jurídicos; en definitiva, la eterna confrontación entre eficacia y garantías, orden y libertades, prevención de delitos y garantías, política criminal y dogmática penal. Esta tensión interna del Derecho Penal, consubstancial a sus fines, es precisamente el

⁸ Cfr. Lumia, Giuseppe: Principios de teoría e ideología del Derecho; Madrid 1978, p. 11. En el mismo sentido Parsons, Talcott: El sistema social, Madrid 1984, p. 47: "lo que son expectativas para el ego, son sanciones para el alter, y viceversa".

motor de su evolución, la cual representa sucesivas síntesis dialécticas de ascendente signo humanitario y garantista⁹.

En consecuencia, la función de protección de todos los bienes jurídicos de todos los ciudadanos (seguridad ciudadana¹⁰) la realiza el sistema penal mediante la amenaza de la imposición de una pena (grave privación de bienes jurídicos¹¹) al infractor de la norma penal, por intermedio de los operadores legales, policiales, judiciales y penitenciarios, según la fase del sistema. La detención preventiva, principal forma de restricción de la libertad personal, se realiza por las fuerzas policiales en el cumplimiento de su misión de investigación y persecución ("combate", sic) de la delincuencia, encomendada por la Constitución (art. 166). Pero existen una serie de limitaciones a la libertad personal que se realizan en virtud del cumplimiento de las funciones de prevención de la delincuencia (también encomendada por la Constitución a la Policía Nacional, art. 166), como cacheos, redadas, diligencias de identificación, controles, etc. Funciones más difíciles de determinar porque se realizan antes de la comisión del delito y fundamentadas normalmente en la peligrosidad (pre-delictivo) del "sospechoso". En todo caso, basadas en juicios de probabilidad que se acercan más a un Derecho Penal de Autor, que a un Derecho Penal democrático erigido sobre el principio de lesividad.

(p. 21) Es decir, en un Estado de Derecho como el que reclama la Constitución peruana (art. 43), es preciso enmarcar la prevención del delito dentro de los límites de las garantías penales. Esto es, como decía von Liszt, el límite de la política criminal es el derecho penal (con sus garantías). La prevención de la delincuencia debe estar fundada en la eficacia del funcionamiento policial: profesionalismo de la carrera, especialización, las mejores técnicas puestas a su servicio, suficiente remuneración y dotación económica, etc., así como en una adecuada Política Social.

En un Estado democrático no es posible caer en la dicotomía seguridad pública o libertades, orden o libertad, como tantas veces parece haber caído el Estado peruano¹², porque un Estado de tal envergadura justamente se caracteriza por armonizar sus misiones de seguridad (función represiva), con el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos (función garantizadora). De lo contrario, sacrificando las garantías en aras de una pretendida eficacia (que no siempre es verdaderamente tal) en la salvaguarda de la seguridad de las personas, se presenta el riesgo de ir socavando los pilares en que se basa el Estado de Derecho (legalidad y derechos fundamentales), con el peligro de la progresiva transformación de ese Estado formalmente democrático en un verdadero Estado autoritario.

Además, las políticas criminales que exacerban la función de prevención penal, suelen caer en la falacia de pretender ser más eficaces con la utilización de penas severas, tipos indeterminados, tipos de sospecha, etc., propiciando una utilización simbólica del Derecho penal (acallando las demandas de mayor seguridad, sin lograr efectos preventivos intimidatorios eficaces, ni constituir una respuesta de verdadera protección de bienes jurídicos), con la consiguientes pérdida de credibilidad en el sistema penal a largo plazo. Porque, lo que prueban los estudios criminológicos, es que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la **(p. 22)** disminución de la delincuencia, sino más bien entre esta tasa y la certeza en la aplicación de la pena: a medida que las probabilidades de ser detenido, encarcelado y condenado son mayores, más bajas son las tasas de delincuencia de un país. Precisamente, de las tres probabilidades

⁹ Ver Silva Sánchez, Jesús: Aproximación al derecho penal contemporáneo; Barcelona 1992, ps. 13 y 14.

¹⁰ Ver Fundamentación de esta concepción en el epígrafe V.

¹¹ Ver Mapelli/Terradillos: Las consecuencias jurídicas del delito; Madrid 1990, p. 18.

¹² Cfr. La sinopsis evolutiva del Derecho Penal de Emergencia, en: Prado Saldarriaga, Víctor: La política penal de emergencia funciones y efectos; en Derecho y Sociedad (Rev. de Derecho Público no 2, Lima 1990, p. 29 y s.)

anteriores, la que ofrece resultados más positivos es la de ser detenido por la policía¹³. Lo que quiere decir que, una política policial clara, eficaz y cierta sobre la detención, es imprescindible para desarrollar unos efectos preventivo generales y preventivo especiales sólidos dentro del sistema penal.

Pero las distintas funciones de seguridad que se enmarcan dentro del control penal en general, pueden adoptar diferentes nomenclaturas, según las distintas parcelas de seguridad que pretendan desarrollar. Así se habla de seguridad pública, orden público, orden interno, seguridad ciudadana, tranquilidad pública, paz pública, paz social etc. Corresponde ordenar un poco estas nociones para entender los diversos significados que pueden adoptar las funciones de seguridad del Estado. El concepto que tiende a englobar las diversas acepciones de dichas funciones es el de seguridad pública. Paso a explicar estas ideas.

V. Libertad personal y seguridad pública

Lo primero que se debe decir de las nociones que se pretenden analizar es que son conceptos jurídicos indeterminados, esto es, que se trata de conceptos contingentes y variables, determinados históricamente, pues dependen en cada momento de las concepciones dominantes acerca de los fines del Estado. Así, en el epígrafe II se pudo observar que las funciones de seguridad se enmarcaban dentro de la noción de orden público, primero concebidas como el aseguramiento del libre desarrollo de los derechos fundamentales (Estado Liberal) y, luego, además de eso, como el funcionamiento de los servicios públicos esenciales y de las instituciones democráticas (Estado Social).

(p. 23) Pero el contenido material de la noción de orden público en América Latina y en Europa se fue llenando de tintes autoritarios. Así, por ejemplo, en la España franquista, el concepto de orden público era el "fundamento de poderes explícitos e implícitos, y, en definitiva, la cláusula de cierre última del sistema autoritario"¹⁴. En el Perú, también deben recordarse las leyes de emergencia y seguridad interior de la República de los gobiernos de Sánchez Cerro, Benavides, Odría, Velásco, que denotan una noción de orden público u orden interno bastante defensista del sistema políticamente establecido. Este tipo de concepciones terminan por entender el orden público como el mantenimiento a ultranza del orden social vigente y del statu quo, con lo que ello significa en un país con graves deficiencias de estructuración de las relaciones sociedad - Estado, como el peruano. En aras del mantenimiento del orden público, los gobiernos han podido: disolver manifestaciones, acallar protestas, encerrar a dirigentes políticos y sociales, prohibir reuniones, etc.

Dado el desprestigio en el que había caído el término orden público, se fue cambiando dicha nomenclatura por otros conceptos que denotaran concepciones más democráticas. Así, las "faltas contra el orden público" del Título VI del Libro III del C.P. de 1991. La Const. de 1979 se cuida de nombrar el "orden público" cuando se refiere a las funciones de seguridad del Estado y prefiere el término "orden interno", aunque todavía establece entre las funciones de las fuerzas policiales, además de la de mantener el orden interno, la de "preservar y conservar el orden público" (art. 277). En cambio, en la Constitución de 1993 desaparece toda alusión al orden público cuando trata las funciones de seguridad del Estado y sólo se mantiene ese concepto en el sentido de moral pública o de leyes de Derecho Público (en los incs. 3 (libertad de conciencia y de religión) y 14 (libertad de contratación) del art. 2.

¹³ Cfr. Rico/Salas : Inseguridad ciudadana y policía; Madrid 1988, p. 184. Estos autores prosiguen: "las últimas investigaciones demuestran que la primera detención de un individuo provoca un freno en su actividad criminal, siendo dicho freno menor después del segundo arresto y en las ocasiones subsiguientes".

¹⁴ López Garrido, Diego: El aparato policial en España; Barcelona 1987, p. 7.

Al igual que en el caso peruano, en la Constitución española de 1979 prácticamente desaparece el concepto de orden público y se prefiere los de seguridad ciudadana (art. 104) y seguridad pública **(p. 24)** (art. 149.1.29) cuando atribuye las competencias de seguridad al Estado. Es oportuno apuntar lo señalado por el Tribunal Constitucional español en sentencia de 8 de junio de 1983, cuando sostiene que el concepto de seguridad pública es más definible que el de orden público y la describe como "la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos". En realidad, la seguridad pública es un concepto amplio que comprendería otros dos más estrictos, el orden público y la seguridad ciudadana.

Pese a las reticencias que el concepto de orden público ha desencadenado últimamente, constituye un concepto profundamente enraizado en la cultura jurídica de los países occidentales por ser su defensa una misión tradicional de cualquier Administración Pública, debiendo ser reducido a sus justos límites y ser objeto de regulación y salvaguarda. El orden público puede ser entendido en dos sentidos: a) En un sentido amplio, vendría a identificarse con el orden jurídico general, el orden establecido por el Derecho, y que sería el fin de la policía en general: paz, tranquilidad, seguridad, salubridad, moralidad públicas. b) En un sentido estricto, el orden público se configura como el simple orden externo de la calle o la tranquilidad de una comunidad, donde los derechos y libertades pueden desarrollarse¹⁵. Este último se acerca más al concepto de seguridad ciudadana.

La seguridad ciudadana constituye la función de protección de personas y bienes frente a acciones violentas o situaciones de peligro. En realidad, es más fácil definirla negativamente: la inseguridad ciudadana, sería "ese miedo difuso que se percibe como preocupación por el fenómeno de la delincuencia en tanto que peligro social"¹⁶. Este concepto pone el acento en la protección de los derechos y libertades fundamentales, por lo que coincide más concretamente con las funciones del Derecho Penal.

(p. 25) Entonces, respecto de las funciones de seguridad estudiadas, el concepto de seguridad pública engloba las dos competencias reconocidas: orden público (en sentido amplio) y seguridad ciudadana (prevención y persecución de la delincuencia).

La función de mantenimiento de la seguridad ciudadana, al estar próxima al sistema penal, participaría de las garantías consabidas del Derecho Penal (legalidad, lesividad, proporcionalidad, etc.), por lo que establecer los límites de la intervención policial respecto del cumplimiento de dicha función no presenta grandes problemas. Quizás el tema que concite más dificultades es el de la prevención del delito, pero siempre puede ser enmarcada dentro de las limitaciones a la intervención penal (ver epígrafe V).

La función de mantenimiento del orden público sí presenta mayores complicaciones para encuadrarla dentro de límites ciertos, como debe ser en todo Estado de Derecho (art. 45 Const.: "El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen"). En este sentido han sido los especialistas en Derecho administrativo quienes han trabajado las fronteras dentro de las cuales debe discurrir esta función de seguridad.

Dentro del Derecho de Policía (parte del Derecho administrativo), se ha comenzado por desarrollar el principio de proporcionalidad para poner límites a la adopción y ejecución de actos administrativos, sobre todo cuando estos tienen que ver con conceptos jurídicos indeterminados como el orden público. También se ha diseñado una serie de controles para el ejercicio de las potestades administrativas discrecionales, como el control judicial del acto administrativo y el control de la actuación conforme a los fines de la ley (desviación

¹⁵ Cfr. García de Enterría/Fernández, 1993, vol. II, p. 159.

¹⁶ Definición dada en el Informe Socías hecho por encargo del Ayuntamiento de Barcelona (Reportaje sobre Seguridad Ciudadana de El País, 2 de octubre de 1988).

de poder)¹⁷. Así, el control de la discrecionalidad policial sería siempre posible, en relación con el sometimiento de la Administración a los fines de la ley, debido a la obligación administrativa de satisfacer el **(p. 26)** "interés público", concepto éste también indeterminado que obliga siempre a realizar una ponderación entre fines y medios.

El concepto de desviación de poder, desarrollado como instrumento de control del respeto de los órganos del Poder Ejecutivo por los fines de la ley, remite a los principios de necesidad (intervención mínima) e idoneidad (adecuación al fin). Un medio no es solo inadecuado porque objetivamente no tienda a la consecución del fin legal, lo es también, si la intervención del órgano actuante se dirige a la satisfacción de otros fines, sean legítimos o no¹⁸. De acuerdo a esto, una detención o cualquier limitación a la libertad personal se justifica sólo si, está regulada por ley (que dispone el fin para el que se restringe el derecho fundamental a la libertad personal), es necesaria (no existe otro medio adecuado para dicho fin) y es idónea (la restricción se adecúa al fin determinado por ley, esto es, es proporcional para la consecución del fin). Pero la proporcionalidad no sólo debe verse intrínsecamente (ponderación de los intereses en juego), sino también extrínsecamente con los contrapesos que la medida debe tener: controles legales y judiciales, garantías par su ejercicio. En este sentido, por ejemplo, las diligencias de identificación sólo serán legítimas si cumplen con todos estos requisitos. Las "redadas" serían siempre ilegítimas, porque normalmente no cumplen un fin público determinado, sino fines difusos de encontrar algún culpable entre todos los detenidos. Los "cacheos" tendrían que ser necesarios e idóneos para un fin importante (podría ser la investigación de un delito grave que se acaba de producir, como el de terrorismo), siempre bajo las reglas de proporcionalidad (por ejemplo, adecuado uso de la violencia). Así sucesivamente son susceptibles de ser analizados todos los supuestos de detención o limitación de la libertad personal efectuados por la policía.

Por consiguiente, en un Estado de Derecho la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad, porque toda actuación funcional posee ciertos elementos reglados que restringen la libertad del órgano **(p. 27)** actuante, revisables por la Jurisdicción, entre los que se encuentra la proporcionalidad del medio para la consecución del fin.

Es cierto que, existen supuestos en los que una determinada medida puede ser considerada sin dificultad "proporcionada", y otros en los que su desproporción es evidente. Sin embargo, existen también muchos otros casos de solución dudosa, en los cuales la decisión final depende de la realización de un juicio subjetivo por parte del que aplica la norma que contenga el concepto jurídico indeterminado. Ello, debido a que todo concepto indeterminado presenta tres zonas diferenciadas: el "núcleo del concepto", situado entre la zonas de certeza positiva y negativa; y, finalmente, una zona de certeza negativa¹⁹.

En los casos en los que el supuesto de hecho sólo puede subsumirse en el halo de incertidumbre, la búsqueda de una sola solución justa se torna problemática y se tiende a aceptar que toda decisión "razonable objetivamente ex-ante" es jurídicamente correcta²⁰.

¹⁷ Ver Garcia de Enterría / Fernández, 1993, vol. I, ps. 440 y ss. Hay una frase de Fleiner que es muy significativa; él decía: "la policía no puede estar a cañonazos con los gorriones" (Garcia de Enterría/Fernández, p. 492).

¹⁸ González-Cuéllar, N.: Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal; Madrid 1990, p. 45.

¹⁹ Cfr. Garcia de Enterría/Fernández, p. 447 (nota 18).

²⁰ En este punto cobra importancia el tema del error del policía en la determinación del supuesto de hecho. Sobre este tema, ver Zúñiga Rodríguez, Laura: Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público; Barcelona 1993, p. 266 y ss.

Por último, no puede hablarse de seguridad pública sin siquiera aludir a los problemas jurídicos que presenta el auge de la seguridad privada en nuestro país. Aparte de contravenir el principio constitucional de igualdad (art. 2, inc. 2 Const.), si no se sujeta a claros límites legales, en donde las limitaciones a los derechos fundamentales estén sujetas a los mismos principios que en la seguridad pública, puede constituir un poder mayor que el público y siempre más gravoso, arbitrario, estigmatizante para los sectores menos favorecidos de la sociedad. En todo caso, la proliferación de la seguridad privada puede constituir un síntoma de la poca confianza de la ciudadanía en la policía pública y, en última instancia, de la incapacidad de los poderes públicos para garantizar la seguridad de los ciudadanos que es precisamente uno de sus fines legitimantes.

(p. 28) VI. El derecho fundamental a la libertad personal en la Constitución de 1993

Dado que la Constitución es un todo unitario, y que cualquier norma fundamental se enmarca en una necesaria unidad y coherencia, se impone una interpretación sistemática del art. 2, inc. 24, que consagra el derecho fundamental a la libertad personal.

Tres son las normas constitucionales que tienen que fundamentar cualquier interpretación de los derechos fundamentales: el art. 1 que consagra la defensa de la dignidad de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado; el art. 43 que define el Estado peruano como una República democrática y social; y, el 45 que sostiene el principio de la soberanía popular y la supeditación de los poderes públicos a la Constitución y a la Ley.

El art. 1 de la Constitución dice que la persona humana es un fin en sí misma y, por tanto, la supeditación del Estado al individuo y no a la inversa. Ello significa centrar el sistema jurídico en torno a la persona y supeditar el orden político y social al servicio de objetivos humanistas de buscar que el hombre logre su propia realización y su participación en la sociedad. La dignidad humana constituye, así, un principio fundamentador básico de todo el ordenamiento jurídico y, en definitiva, criterio medidor de legitimidad de las diversas manifestaciones de legalidad²¹.

Por otro lado, los arts. 43 y 45 consagran el modelo de Estado democrático y social de Derecho como aspiración a alcanzar. Este sistema político nacido con la Constitución de Bonn, es la forma de organización de los estados contemporáneos que representa tres momentos en una unidad estructural: "se trata de un Estado con vocación activa, beligerante, intervencionista respecto de la sociedad (el Estado Social), a través de procedimientos y con vistas a la realización de principios democráticos (el Estado democrático), y que somete su actuación, incluida la de la mayoría democrática, a la disciplina del Derecho según el marco competencial **(p. 29)** constitucionalmente establecido (el Estado de Derecho)²². Es evidente que aún no existen las condiciones económico-sociales en el Perú para inscribir el Estado dentro de este sistema político que responde, más bien, al modelo económico del Estado del Bienestar o Welfare State, diseñado por Keynes y que en la actualidad se encuentra en cuestionamiento real en las sociedades europeas²³. Pero es indudable que se trata de una meta a seguir, por lo menos en el sentido del

²¹ Cfr. Pérez Luño, Antonio : Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución; Madrid 1984, ps. 287-289.

²² De Cabo Martín, Carlos: La crisis del Estado social; Barcelona 1986, p. 15. Es importante resaltar que esta fórmula jurídica, constituyendo en su origen un híbrido compromiso entre las dos grandes corrientes de nuestro siglo, el pensamiento liberal y el pensamiento socialista, no ha dejado de ser en la realidad, un simple retoque del Estado Liberal de Derecho, con las tesis keynesianas del intervencionismo de los poderes públicos en la esfera económica (Pérez Luño, p. 223 - nota 2).

²³ Ver por todos Habermas, Jürgen: Problemas de legitimación en el capitalismo tardío; Bs. As. 1983, passim y De Cabo Martín, passim (nota 23)

compromiso de los poderes públicos de lograr un bienestar general, que es un mandato constitucional (art. 44 Const.). Además, este bienestar general debe ser logrado garantizando la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44 Const.), que es una característica fundamental del talante democrático del Estado. Entonces, no sólo se trata de que el bienestar general y los derechos humanos sean objetivos generales de una nación, sino que constituyen un compromiso de realización material de los poderes públicos, responsabilizándolos de una política que haga viable la efectivización de dichos fines. De ello se desprende que toda política social (y también la política criminal, como parte de ella), así como el sistema jurídico, deben estar orientados a la efectiva vigencia de los derechos fundamentales en la sociedad peruana. Por su parte el art. 45 Constitución refuerza el carácter de Estado de Derecho del Estado peruano al establecer que los poderes públicos ejercen sus facultades "con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen", lo cual significa que todas las potestades son regladas, atribuidas según ley y no deben excederse del marco constitucional.

Estos dos postulados constitucionales, el valor de fundamento de la dignidad humana y el compromiso de realización del bienestar general y de hacer efectivos los derechos humanos propios del **(p. 30)** talante social y democrático del Estado, imponen toda interpretación de éstos, bajo la vigencia del principio in dubio pro libertate: los derechos fundamentales en su máxima potencialidad, siendo que las limitaciones a su ejercicio por razones de interés público, sólo son admisibles en la medida que sean estrictamente indispensables. Además cualquier limitación legislativa del derecho fundamental a la libertad personal, debe respetar este contenido esencial.

Dentro de estos límites interpretativos se enmarca el art. 2, inc. 24, pgr. f) Constitución, que consagra el derecho de toda persona a no ser arbitrariamente detenida. Según esta norma, las personas sólo pueden ser detenidas por mandamiento judicial y, excepcionalmente, por autoridades policiales en caso de flagrante delito²⁴. Ello significa que la norma fundamental reconoce solamente dos tipos de detenciones, la judicial y la policial en el caso de flagrante delito. Sin embargo, la propia Constitución deja la "puerta abierta" a la legalización de otras formas de limitación a la libertad personal, cuando el pgr. b) de la citada norma dice: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Conviene, por ahora, centrarse en las dos formas de detención que reconoce la Constitución. La detención judicial o realizada por mandato de autoridad judicial competente, normalmente no presenta problemas teóricos sustanciales, porque se realiza dentro de las garantías de la Administración de Justicia (art. 139 Const.). La institución que es más cuestionada teóricamente y más criticada en su aplicación práctica, es la detención preventiva (o policial). Esta es una medida provisionalísima y precautelar que será o no confirmada por la autoridad judicial²⁵, sólo explicable por la necesidad de urgente reacción contra el delito y como medio para preservar el **(p. 31)** desarrollo del proceso penal²⁶. Dada la importancia del derecho fundamental que vulnera y contradice un principio básico del Estado de Derecho, cual es el de presunción de inocencia (art. 224, inc. 2, pgr. e) Const.), la detención policial debe ser una medida estrictamente excepcional, para casos de peligro de fuga, peligro de obstrucción de la justicia, o peligro de que la persona cometa una infracción grave, en todo caso en supuestos de infracciones particularmente

²⁴ Interpretación acertada de Aliaga, Oscar, Constitución peruana, derechos humanos y libertades físicas, en La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación, Lima 1987, p. 51, respecto de su antecedente el art. 2, inc. 20, pgr. g, Const. 1979.

²⁵ Cfr. Gimeno Sendra, Vicente: El derecho a la libertad y su restricción en el ordenamiento jurídico español; en Reforma Política y Derecho; Colección de Temas Constitucionales; Madrid 1985, p. 28.

²⁶ Cfr. Rodríguez y Rodríguez, La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado, México 1981, p. 11.

graves²⁷. Así, la detención constituye una medida absolutamente excepcional, sólo justificada por la necesidad de proteger un interés social mayor previamente señalado por Ley (que el bien que se intenta proteger sea mayor del que se trata de evitar, proporcionalidad). Excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad son los tres principios a que ha de sujetarse la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad personal (ver epígrafe V)²⁸.

Especial análisis merece el principio de proporcionalidad (ponderación de los intereses en juego): un interés individual de salvaguarda del derecho fundamental, frente al interés social de persecución penal²⁹. Para que el bien social que se intenta proteger sea mayor que el que se pretende evitar, es necesario que la detención esté rodeada de todas las garantías de su ejercicio: **(p. 32)** señalada por Ley, plazo máximo, derecho a ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, derecho a no ser obligado a declarar, derecho a la asistencia letrada. Todas estas son garantías que otorgan límites a la detención preventiva (pues, los de la detención judicial son los propios de la Administración de justicia), por las cuales la hacen proporcional y fundamentan su legitimidad. En suma, se tratan de controles legales y judiciales al ejercicio de la facultad de detener que se les otorga a las fuerzas policiales. las constituciones modernas se ocupan especialmente de las garantías de la detención preventiva, por su gran incidencia en la sociedad y porque constituye normalmente la primigenia forma de intervención penal y, como tal, la principal forma de control social directo sobre los individuos. Así, la Constitución peruana de 1993 dedica varios artículos de manera dispersa, a establecer los principios dentro de los cuales puede ejercitarse la detención preventiva, determinando los límites a los que ha de sujetarse, para que no se trate de una detención arbitraria: a) el plazo máximo debe ser de veinticuatro horas o quince días para delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas (art. 2, inc. 24, pgr. f); b) información del detenido de sus derechos y las razones de su detención (art. 139 inc. 15); c) derecho a no ser obligado a declarar (art. 2 inc. 24 pgr. h); d) derecho a la asistencia de un abogado defensor (art. 139, inc 14). Estos principios constituyen requisitos constitucionales de legalidad de toda detención, por lo que sólo con la concurrencia de ellos es posible garantizar el derecho fundamental a la libertad personal del detenido. En caso contrario, la propia Constitución ofrece dos derechos al ciudadano arbitrariamente detenido; derecho a interponer una acción de habeas corpus (art. 200 inc. 1), y derecho a recibir una indemnización (art. 139, inc. 7).

Cabe preguntarse: las otras formas de limitación a la libertad personal (cacheos, redadas, retenciones, etc., pgr b) del inc. 24 del art. 2: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley"), también deben cumplir con estos principios? La Constitución no dice expresamente que deba aplicársele dichas garantías, pero dado que toda interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse bajo el **(p. 33)**

²⁷ Estas son las indicaciones de la recomendación no 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, concerniente a la detención provisional, y del V Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente de 1975, que se ocupó de este tema. Además, el Proyecto elaborado en este Congreso señala que la infracción que dé lugar a la detención, debe ser penada con privación de libertad por ley y como medida provisional debe durar como máximo veinticuatro horas.

²⁸ Esta interpretación sobre limitaciones de derechos fundamentales ha sido elaborada con acierto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en reiteradas sentencias (ver v. gr. S.T.C. de 8 de abril de 1981; S.T.C. del 29 de enero de 1982 y S.T.C. del 19 de diciembre de 1985), con presupuestos constitucionales similares a los de la const. de 1993. Además, sobre la argumentación doctrinal de la detención preventiva en esos términos ver Rodríguez y Rodríguez, J., p 14 (nota 27).

²⁹ En este campo, la vigencia del principio de proporcionalidad contribuye a fortalecer la legitimidad democrática de la justicia penal (González-Cuéllar, p. 251 - nota 19). Con carácter general, la vigencia del principio de proporcionalidad contribuye a dotar de contenido material al Estado de Derecho (González-Cuéllar, p. 54).

principio in dubio pro libertate (las limitaciones a su ejercicio sólo son admisibles en la medida que sean estrictamente indispensables), es posible colegir que sí es necesario que su ejercicio se rodee de ciertas garantías (las que le sean aplicables) su ejercicio. De lo contrario, estaríamos amparando una "patente de corso" para las fuerzas de seguridad en un área tan delicada como es la libertad personal. Y, además, siendo esto lo más injusto, el ordenamiento jurídico trataría con más derecho al que ha cometido un delito (detención policial), que al ciudadano de a pie que no es objeto de ninguna imputación penal (retenciones, redadas, etc.).

Vamos a desarrollar estas garantías para comprender a cabalidad cuáles son sus fundamentos y los principios que las inspiran.

a) Principio de la legalidad: Respecto de la detención preventiva o policial, según el pgr. f) del inc. 24 del art. 2 de la Constitución sólo se justifica en el caso de flagrante delito. Entonces, solamente en los supuestos en que un ciudadano esté realizando una conducta que previamente esté calificada como punible y sancionada con pena prevista en la ley (principio de legalidad penal, en sus vertientes de garantía criminal y penal, art. 2, inc. 24, pgr. d) Const.), es posible fundamentar una detención policial. En consecuencia, sólo por ley se pueden determinar los supuestos en que una persona puede ser objeto de imputación penal y, por tanto, detenida. Se trata de ley en sentido estricto (art. 103 Const.) o decretos legislativos (art. 104 Const.) ya que, lamentablemente, la Constitución no especifica ninguna restricción en cuanto a las materias susceptibles de ser delegadas al Ejecutivo, por lo que aquí cabría una importante ingerencia a la libertad personal (ver epígrafe VII). Tampoco la Constitución reserva la promulgación de la regulación penal a una tramitación cualificada de Ley Orgánica, como sí lo hace, saludablemente, la Constitución española.

El concepto de flagrancia admite dos tipos de interpretaciones: una estricta y otra, extensiva. Se considera delito flagrante, de manera estricta, al momento en que se está cometiendo la acción punible (supuesto D a) del epígrafe 3). De manera extensiva, se considera también delito flagrante al que se acaba de cometer (cuasi (**p. 34**) flagrancia) (supuesto D b) del epígrafe 3). Las recomendaciones internacionales aconsejan limitar la cuasi flagrancia a los casos de urgencia o gravedad, o a la concurrencia de otros indicios que demuestren que se acaba de cometer el delito³⁰. De lo contrario, bastaría la simple sospecha para fundamentar una detención.

No obstante la especificación de delito flagrante, siguen siendo bastante disímiles los supuestos en que cabría una detención preventiva. Evidentemente, no es lo mismo matar a una persona (art. 106 CP). que ejercer arbitrariamente el propio derecho (art. 417 CP), y ambas conductas son calificadas como delito por la ley penal y, por consiguiente, sus autores podrían ser detenidos. Entonces, por el principio de proporcionalidad que deben regir las limitaciones a la libertad personal, se impone restringir los casos pasibles de una detención a los supuestos en que se trate de delitos graves, esto es, delitos que por lo menos merezcan pena privativa de libertad³¹. No parece, pues, proporcionado restringir la libertad de una persona que comete un delito no sancionado con pena privativa de libertad.

³⁰ Cfr. Graven, Jean: Perspectiva actual del problema del arresto y la detención preventiva de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Hombre. Estudio Comparado; en A.A.V.V., Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa; Bs. As. 1970, p. 707.

³¹ Incluso un sector de la doctrina (v. gr. Rodríguez Ramos, Luis: La detención; Madrid 1987, p. 35), siguiendo algunos precedentes legislativos de Derecho Comparado (los códigos de procedimiento procesal penal francés e italiano), agrega que no sólo debe de tratarse de delito sancionado con pena privativa de libertad, sino que esta pena debe adquirir gravedad (por ejem. no menor de dos años). También la Constitución portuguesa de 1976 señala que debe tratarse de "delito doloso al que corresponda una pena grave" (art. 26 inc. 3, pgr. a).

Pese a las precisiones hechas, las autoridades policiales siguen teniendo un amplio margen de discrecionalidad en las detenciones ya que de alguna manera, realizan una calificación jurídica (la existencia o no de una acción típica, grado de culpabilidad, grado de participación, concurrencia de causas de justificación, etc.) sin tener necesariamente la formación jurídica para hacerla. Lamentablemente, la historia nos ha enseñado que, muchas veces, dicha discrecionalidad se ha colmado con excesos en las limitaciones a la libertad personal. En este punto hay que recordar lo **(p. 35)** que sostienen Rubio/Bernales comentando la Constitución de 1979 y que mantiene su actualidad: "se sabe que la Autoridad pública, por necesidad de su misma función, tiene formas de operar y de razonar que son distintas a las que exige el Derecho. Así, mientras las normas legales presumen la inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad (...) el investigador policial considera precisamente lo opuesto y no puede ser de otra manera; su función de investigar una conducta punible que el delincuente pretende normalmente ocultar, le exige ser suspicaz o, como se sabe, ejercer la malicia policial"³². Estas observaciones son del plano del "ser", pues en el plano del "deber ser" ya sabemos que discrecionalidad no puede significar arbitrariedad en un Estado de Derecho, porque los poderes públicos deben sujetarse a reglas ciertas (un mandato judicial concreto, el fin de perseguir un delito concreto, etc.) y si existe un ámbito de incertidumbre, éste debe ser llenado con lo "objetivamente razonable" (ver epígrafe V). Además, existe la posibilidad de revisión judicial de la actuación, en donde los jueces deberían ser celosos guardianes de la legalidad.

Precisamente, por la posibilidad de estos abusos, existen las demás garantías en tanto controles legales y judiciales, especialmente la provisionalidad de la medida (plazo máximo) que debe ser prácticamente de forma inmediata reconfirmada o revocada por la autoridad judicial.

La garantía de la legalidad ha de respetarse tanto para determinar los casos (delitos) y el procedimiento de la detención (garantías de forma), como para establecer el órgano que la controle (garantía judicial). Esta última medida tutelar puede hacerse efectiva por dos vías: bien con la confirmación de la detención por la apertura del proceso penal o la puesta en libertad del detenido o bien con el procesamiento de la acción de habeas corpus (art. 200 inc. 1 Const.)³³. Nótese que acá hay un sistema de control doble: el del **(p. 36)** Poder Legislativo mediante el principio de legalidad (como fundamento de los principios democráticos representativos), y el del Poder Judicial como ente confirmador o revocador de la medida. Este sistema de doble control está instituido para la comprobación de las actuaciones del Poder Ejecutivo.

Respecto de las otras prácticas de restricción de la libertad (retenciones, redadas, cacheos o intervenciones corporales³⁴, imposición coactiva de pruebas³⁵, etc.), para ser legítimas, tendrían que estar amparadas por una ley en sentido estricto o decreto legislativo (no por reglamento, decreto supremo, etc.); de lo contrario serían inconstitucionales por contravenir el principio de

³² Rubio/Bernales, p. 82 (nota 5).

³³ Hace falta una tercera vía de control judicial, la cual sería el juzgamiento por delito de detención ilegal de funcionario público, que el C.P. de 1991 despenaliza y sólo contempla la incriminación del delito de detención ilegal efectuada por un juez (art. 419 C.P.). Ver críticas en: Zúñiga Rodríguez, p. 34 (nota 21).

³⁴ Esto compromete otros derechos fundamentales además del derecho a no ser arbitrariamente detenido: a la dignidad humana, a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, a no ser obligado a declarar, a la intimidad personal. González-Cuéllar (ps. 294 y 295) comenta al respecto: "Si se acepta la legitimidad constitucional de la regulación de las medidas de intervención corporal y la conveniencia de su introducción en el ordenamiento (por razones de interés social), parece que no cabe otra solución que considerar admisible y necesaria la utilización de la coacción directa para su aplicación."

³⁵ La Comisión Europea de Derechos Humanos en Directiva no 8278-78, del 13 de diciembre, ha declarado que la práctica compulsiva de un análisis sanguíneo implica una privación de libertad, aunque sea de corta duración.

legalidad. Además, dicha facultad legislativa debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, esto es, su carácter fundamentado en el respeto de la dignidad humana como fin superior del Estado y la sociedad (art. 1 Const.).

b) El plazo máximo de la detención policial es de veinticuatro horas o el término de la distancia. La redacción es similar a la de la Constitución de 1979, salvo que no se omiten las palabras "En todo caso ..."; no obstante, la perentoriedad del término es evidente. El término de veinticuatro horas es una tradición en las constituciones precedentes, por lo que se considera el plazo prudencial para que las autoridades policiales investiguen el hecho cometido y resuelvan la situación del detenido poniéndolo en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Es también una muestra de la naturaleza provisional de la medida y de la necesidad que sea revisada por un funcionario judicial. Además dicho plazo es el recomendado por las **(p. 37)** normas internacionales y seguido en la mayoría de textos constitucionales.

Sin embargo, esta garantía que constituye la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial dentro de un plazo determinado, puede ser vulnerada con la última parte de la disposición, cuando disyuntivamente señala "o en el término de la distancia". Ya los autores peruanos han mostrado su preocupación por esta disposición que de manera similar estaba en la Constitución de 1979. Es verdad que la realidad peruana dificulta, muchas veces, el traslado de los detenidos dentro del plazo de las veinticuatro horas. Pero también es cierto que esta disposición puede resultar una "puerta abierta" a la arbitrariedad y/o desidia de los funcionarios policiales, que pueden ampararse en ella para abusar de sus funciones. La Constitución de 1993 debió de más limitativa ante esta posibilidad, estableciendo v. gr. "siempre que las circunstancias lo requieran", "en caso de necesidad", etc. Ya que, de lo contrario, la regla del plazo máximo de veinticuatro horas, podría convertirse en excepción. De todos modos, dada la importancia del derecho fundamental en cuestión y la exigencia del principio de legalidad, impondrían una revisión por parte de los jueces de que efectivamente, la detención que ponen a su disposición se hizo dentro del término de la distancia.

Si el fundamento del plazo máximo de la detención policial es el de que no debe durar más del tiempo mínimo necesario para las investigaciones respectivas, la duración real debe ser la estrictamente necesaria para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. Esta es la interpretación que se desprende de las normas internacionales, como el art. 7, inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, C.A.D.H.) y el art. 9 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, P.I.D.C.P.) que dicen que la persona detenida debe ser llevada "sin demora" ante un juez.

(p. 38) Por consiguiente, no es necesario agotar el término de las veinticuatro horas, pues el plazo real es el "estrictamente necesario" para las investigaciones, entonces puede ser menos. Así, si el detenido se negase a declarar ante la policía, como está en su derecho (art. 2, inc. 24, pgr. h) Const), debe ser puesto inmediatamente a disposición judicial. Esto es importante a los efectos de considerar una detención ilegal y la posibilidad de interponer una acción de habeas corpus.

Respecto de algunas prácticas policiales que suponen una limitación temporal de la libertad personal como las retenciones, diligencias de identificación, etc., en el caso de ser legalizadas, tendrían que tener en cuenta esta garantía de un plazo límite. Así, por ejemplo, la ley francesa que legaliza las diligencias de identificación, establece un plazo máximo de cuatro horas. En Alemania e Italia, las leyes respectivas limitan el tiempo de la retención a doce horas. Y esta es una de las carencias más cuestionadas de la ley española³⁷.

³⁶ Cfr. Aliaga, p. 95 (nota 25).

³⁷ Cfr. Portilla Contreras, Guillermo: Desprotección a la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la seguridad ciudadana; en Fernández/Portilla/Barcelona : Seguridad ciudadana materiales de

c) Información al detenido de las razones de su detención (art. 139, inc. 15 Const.). El fundamento de este derecho constitucional es garantizar el derecho de defensa del imputado. Es propio del Estado de Derecho y del proceso contradictorio el hacer saber al detenido los hechos que se le imputan y los derechos que posee para que pueda ejercer en contra de los argumentos de imputación del Estado, su defensa, síntesis de las cuales debe surgir la verdad real. Así que esta garantía se complementa con el derecho a ser asistido por un abogado (art. 139, inc. 14 Const.).

Para ello, se requiere que inmediatamente conozca el detenido los cargos formulados en su contra (qué delito se le imputa, grado de participación, etc.) y, además, que esté informado de los derechos que le asiste. Esta garantía se encuentra recogida en el art. 9 inc. 2 del P.I.D.C.P. y en el art. 7 inc. 4 de la C.A.D.H.

(p. 39) Además, para que sea efectiva esta información, debe realizarse de modo que le sea comprensible. Ello significa, que en el caso de extranjeros y peruanos que sólo entienden otra lengua distinta al castellano, es necesaria la presencia de intérprete, con el objeto que realmente se haga válida esta garantía. Esta interpretación se refuerza con el derecho fundamental del art. 2, inc. 19: "Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad".

Asimismo, en las diligencias de identificación, intervención corporal imposición de una prueba y similares, en el caso de ser legalizadas, tendrían que respetar este principio. Informando al ciudadano de las razones por las que se le limita su libertad personal (investigación de un grave delito cometido, imposición de una prueba dentro de las normas de circulación, etc.).

d) Derecho a la asistencia de abogado (art. 139, inc. 14 Const). Este principio del Derecho de defensa debe ser considerado para todas las etapas del proceso con el fin de garantizar la no indefensión del imputado. Está recogido en el art. 14 inc. 3, pgr. d del P.I.D.C.P. y art. 8 inc. d) de la C.A.D.H.

Este derecho del detenido, para que despliegue todos sus efectos debe reunir una serie de requisitos: a) el derecho de asistencia letrada debe ser irrenunciable e inmediato y, por tanto, la asistencia del abogado debe producirse desde el momento mismo de la detención, participando, por consiguiente, en todas aquellas diligencias que se practican; b) esta garantía debe extenderse en todos sus extremos a los supuestos de incomunicación del detenido³⁸ (art. 2, inc. 24, pgr. g) Const.); c) la presencia del letrado debe ser activa, lo que significa, la posibilidad de comunicarse libremente **(p. 40)** con el detenido las veces que sea necesario; d) la elección del abogado debe ser discrecional y, por tanto, no sometida a ningún tipo de restricciones; e) en caso que el detenido no quiera o no pueda elegir particularmente abogado, tendrá derecho a la defensa de oficio gratuita, que será obligatoria; f) la ilegalidad de las actuaciones procesales sin la asistencia letrada.

Estos principios del derecho de defensa está recogidos en el Proyecto de Principios sobre Derechos a no ser Arbitrariamente Detenido de Naciones Unidas de 1975 y en las precitadas normas internacionales.

En España se discute si esta garantía debe ser predicable para todas las limitaciones, a la libertad personal, como es el caso de la retención o diligencia de identificación, cacheos o intervenciones

reflexión crítica sobre la Ley Corcuera; Madrid 1993, p. 81 y ss. Ver críticas a la ley de seguridad ciudadana española en Zúñiga Rodríguez,, p. 132 y ss. (nota 21).

³⁸ Si bien el pgr. h), inc. 24, art. 2 Const. contempla la posibilidad de que por ley se establezcan los casos de incomunicación de detenidos, no puede considerarse suspendido el derecho de defensa, porque ésta es una garantía básica dentro de un Estado de Derecho y porque los casos contemplados de excepción a la libertad personal (terrorismo, espionaje y tráfico de drogas) se refieren a la garantía del plazo de la detención, no al derecho de defensa que, por consiguiente, no puede ser suspendido.

corporales, etc. Los que consideran que es una garantía prescindible en estos casos aducen que se trata de diligencias pre-procesales y al no haber una imputación, no es necesaria una defensa. Otros, sin embargo, consideramos que en el caso de la retención, si bien no es necesaria la presencia de un abogado, si debe tener el retenido por lo menos el derecho de avisar a su familia o solicitar la presencia del fiscal (como es en el caso francés), ya que entre la retención y la detención los límites son muy difusos y, de no tener el retenido ninguna posibilidad de defensa, fácilmente las fuerzas de seguridad pueden caer en abusos.

e) Derecho a no ser obligado a declarar (art. 2, inc. 24, pgr. h) const.). En realidad esta garantía no se encuentra explícitamente en la nueva Constitución como lo estaba en la Carta Fundamental de 1979 (art. 2, inc. 20, pgr. k), lo cual es lamentable. Se desprende de la redacción del pgr. h) cuando dice. "Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia". Además, se deduce de los principios del Estado de Derecho: la presunción de inocencia (art. 2, inc. 24, pgr. e) Const.) de toda persona hace que todo interrogatorio o cualquier medio de prueba, se haga respetando la dignidad de la persona (art. 1 Const.). Está consagrado en el art. 14, inc. 3, pgr. g) del P.I.D.C.P. y en el art. 8, inc. 2 g) de la C.A.D.H.

(p. 41) Este derecho acoge dos principios: el de no declarar contra sí mismo y el de no confesarse culpable. También es una garantía propia del derecho de defensa que le asiste a todo imputado. En un Estado de Derecho, dentro de un proceso no inquisitivo, la confesión no es prueba fundamental por lo que lleva a la verdad real la valoración de todas las pruebas. De ello se deduce que cualquier interrogatorio policial y/o judicial debe respetar esta garantía, lo que conllevará una necesaria preparación técnica de los funcionarios participantes en la etapa policial. Es decir, los términos de eficacia en la investigación policial no pueden medirse por el éxito de la confesión, sino en la preparación técnica de los funcionarios participantes para llevar a cabo el esclarecimiento de los hechos. Además, en el caso que un detenido se negase a declarar ante un interrogatorio policial, debe ser inmediatamente puesto a disposición judicial, por no ser necesario más tiempo para las averiguaciones.

El derecho a no ser obligado a declarar se vincula con la prohibición de torturas y tratos inhumanos o humillantes (el mismo pgr. h), inc. 24, art 2 Const) que es para toda persona, incluida los detenidos. El respecto a la integridad física y moral del detenido es una máxima recogida por las normas internacionales: arts. 7 y 10, inc. 1 del P.I.D.C.P. y art. 5, incs. 1 y 2 de la C.A.D.H.

Ello significa también que la acción de detener debe realizarse en la forma que menos perjudique al detenido. No es lícito, entonces, desde el prisma constitucional, utilizar la violencia innecesaria para reducir al sujeto que se pretende detener. En estos casos se impone observar las reglas del uso legítimo de la violencia por parte de los funcionarios policiales: habilitación legal, oportunidad, necesidad y proporcionalidad; y las reglas que rigen el uso de las armas de fuego³⁹.

Por ser una garantía que tiene vinculación directa con la dignidad de la persona, el derecho a no ser obligado a declarar es un principio que debe respetarse en toda limitación a la libertad personal **(p. 42)** (retenciones, cacheos, toma coactiva de pruebas, etc.), sobre todo en el sentido de la prohibición del uso de la violencia injustificada y de las torturas y tratos inhumanos o humillantes. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física y moral.

Hasta aquí hemos visto el alcance constitucional del derecho fundamental a no ser arbitrariamente detenido y sus garantías de ejecución en tanto controles legales y judiciales para su legítimo ejercicio. Ahora veremos las garantías constitucionales que existen ante una detención ilegal.

³⁹ Cfr. más extensamente sobre el fundamento y alcance de estas reglas en Zúñiga Rodríguez, p. 282 y ss. (nota 21).

Son garantías específicas: el habeas corpus y el derecho a indemnización por detención arbitraria.

a) El derecho a interponer una acción de habeas corpus (art. 200, inc. 1 Const.) es una garantía que se afianza en el Derecho Comparado desde el habeas Corpus Act de 1679. Es un procedimiento especialísimo y sumario para la tutela del derecho fundamental a la libertad personal, que está recogido en las normas internacionales: art. 9, inc. 4 del P.I.D.C.P. y art. 7 inc. 6 de la C.A.D.H. Este último artículo dice que "dicho recurso no puede ser restringido ni abolido", por lo que se entiende que se mantiene vigente para las excepciones generales (art. 137, inc. 1 Const.) e individuales (último párrafo del pgr. f), inc. 24, art. 2 Const.) (ver epígrafe VII.1.2).

b) Toda persona tiene derecho de recibir una indemnización por detención arbitraria (art. 139, inc 7 Const.). Derecho establecido en el art. 9, inc. 5 del P.I.D.C.P. Al discutirse este artículo en la III Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se llegó a la conclusión de que dicho derecho de reparación puede ser invocado tanto contra el Estado como contra los funcionarios⁴⁰.

Son garantías generales institucionales de protección de la libertad personal aquellas que tutelan los derechos fundamentales: las del Ministerio Público que tiene como función "Conducir desde su inicio la investigación del delito" (art. 159, inc. 4 Const) y del **(p. 43)** Defensor del Pueblo a quien corresponde "defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona" (art. 162 Const.).

Ahora corresponde analizar cuáles son las limitaciones constitucionales a la libertad personal.

VII. Limitaciones constitucionales a la libertad personal

Pese a la relevancia que la libertad personal tiene dentro del ordenamiento constitucional, por ser un derecho fundamental básico de la persona, no es un derecho absoluto y admite restricciones por razones de interés público. Vamos a analizar primero las limitaciones específicas, para luego pasar a examinar las restricciones constitucionales a la libertad personal que se derivan de distintas funciones del Poder Ejecutivo.

1. Limitaciones específicas

Dos son las limitaciones que la Constitución de 1993 (al igual que la de 1979) contempla al derecho a no ser detenido, salvo por mandamiento judicial o en caso de flagrante delito (pgr. f), inc. 24, art. 2). Se trata de casos de excepción a dicha regla de disfrute a la libertad personal, de dos tipos: una individual, vinculada a unos supuestos específicos (terrorismo, espionaje y tráfico de drogas) y, otra, general, propia de los estado de emergencia.

1.1. Excepción individual

Contemplada en el último párrafo del propio pgr. f), inc. 24., art. 2 Constitución para casos de terrorismo, espionaje y tráfico de drogas, no es una novedad de esta Carta Fundamental, porque tiene su precedente en el art. 2, inc. 20, pgr. g) de la Constitución de 1979.

En primer lugar, hay que decir que dicha excepción es sólo en relación al plazo de la detención policial, que puede extenderse hasta por quince días la puesta a disposición judicial del detenido. Además, la norma constitucional dice: "Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término". Es decir, se mantienen vigentes todas las otras garantías de la detención: principio de legalidad, derecho de **(p.44)** defensa, derecho a ser informado sobre las razones de su detención y derecho a no ser obligado a declarar.

⁴⁰ Ver Graven, p. 746 (nota 31).

Esta suspensión individual se enmarca dentro de la tendencia del constitucionalismo contemporáneo de reforzar los mecanismos de protección del Estado, frente a las amenazas de sectores políticamente hostiles al sistema democrático. Esta tendencia se inaugura con el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn que prohíbe acceder a distintos puestos de trabajo a ciudadanos pertenecientes a asociaciones que, aún legales, son hostiles a la Constitución. Pero su exponente más afín al de la suspensión individual peruana es el art. 55, inc. 2 de la Constitución española de 1978 que suspende las garantías del plazo de la detención, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, para las personas relacionadas con investigaciones de "bandas armadas o elementos terroristas". Hay que subrayar que esta norma dice: "con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario".

Asumiendo la validez de utilizar mecanismos extraordinarios para hacer frente a situaciones de amenazas a la seguridad del Estado por parte de flagelos tan detestables como el terrorismo, el tráfico de drogas o el espionaje, vamos a analizar si se ha rodeado de las garantías que dicho instituto requiere.

En primer lugar, se le denomina suspensión individual de garantías, para diferenciarla de la suspensión general, porque, supuestamente, afecta a un determinado número de personas, aquellas a las que se les imputa los delitos de terrorismo, espionaje o tráfico de drogas. Pero en realidad, al estar fundamentada esta norma en el favorecimiento de las facultades policiales para facilitar el esclarecimiento de los hechos, son las fuerzas policiales las que se encargan de determinar quiénes se encuentran implicados en este tipo de delincuencia, teniendo ocasión de desarrollar sus propias reglas de discrecionalidad, basándose en consideraciones a priori (prevención negativa), al no existir una imputación cierta (judicial). En definitiva, basta la simple sospecha para que a cualquier ciudadano se le aplique las leyes antiterroristas, que son las que tienen la aptitud de ser aplicadas de forma más arbitraria, por su (p. 45) tipificación normalmente imprecisa y amplia. De esta manera quedan potencialmente afectados los derechos de la generalidad de las personas, produciéndose la quiebra del principio constitucional de la presunción de inocencia y padeciendo seriamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos, quienes pueden verse legítimamente afectados por esta suspensión de garantías.

Otro cuestionamiento que se hace a este tipo de suspensión individual es que no es integrable al tradicional derecho de excepción (determinadas crisis políticas, catástrofes naturales, etc.), desde el momento que le falta un elemento básico configurador, cual es el confinamiento de su eficacia o virtualidad a situaciones excepcionales formalizadas con carácter temporal ya que puede ser un instituto de eficacia potencialmente permanente⁴¹. En efecto, el derecho de excepción está pensado para situaciones extraordinarias de amenazas a la seguridad del Estado, por lo cual éste responde con medidas excepcionales; pero la suspensión del art. 2, inc. 24, pgr. f) Constitución al estar configurada para delitos comunes, determina una legislación con visos de permanencia.

De otro lado, tratándose de una limitación constitucional de derechos fundamentales, debió estatuirse una serie de controles parlamentarios y judiciales que no existen: promulgación por ley orgánica de carácter temporal, intervención judicial inmediata, etc.

En suma, una limitación de derechos fundamentales potencialmente general y potencialmente permanente, sin controles legales ni judiciales, puede llevar a arbitrariedades, abusos y extralimitaciones por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. La realidad de la aplicación de la normativa amparada por la norma similar de la Constitución de 1979 confirma esta posibilidad⁴². Pero en esta etapa constitucional el asunto adquiere mayor gravedad por la

⁴¹ Cruz Villalón, Pedro: Estados excepcionales y suspensión de garantías; Madrid 1984, p. 146.

⁴² Es de recordar que, durante la década pasada y bajo la vigencia de la legislación antiterrorista, han habido más de 5.000 desapariciones documentadas.

probabilidad de aplicar a una persona la pena de muerte por delito **(p. 46)** de terrorismo (art. 140 Const.), tema que merece toda una reflexión aparte.

1.2. Excepción general

El art. 137 de la Constitución contempla los denominados estados de excepción en los que se suspende el derecho fundamental que estudiamos, en caso de estado de emergencia (inc. 1) y en caso de estado de sitio (inc. 2). La redacción es similar a la del art. 231 de la Constitución de 1979, salvo que se habla de suspensión de derechos fundamentales, en lugar de suspensión de garantías, más propiamente. Por lo demás, se mantienen los mismos comentarios hechos a esta norma⁴³. En cuanto al tema que nos ocupa, vinculación entre libertad personal y seguridad pública, merece un mayor detenimiento el caso de los estados de emergencia, por su tradición histórica de método para reprimir las demandas populares, bajo el pretexto de restablecer el orden público. No hay que olvidar, tampoco, que bajo el amparo de la norma constitucional de 1979 y la lucha antiterrorista, decretaron estados "excepcionales" permanentes por más de un lustro en grandes zonas del país, donde las atribuciones otorgadas a los mandos militares (Comando Político-Militar), excedían los marcos constitucionales, en desmedro de las funciones judiciales y civiles, propiciando excesos y arbitrariedades contra la población civil⁴⁴.

Un elemento fundamental en los excesos contra los derechos humanos propiciados por la norma de 1979 es, sin duda, lo dispuesto en la última parte del inciso estudiado: "En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República". Este precepto constitucional, que se repite en el nuevo articulado, no tiene parangón en el Derecho Comparado, porque significa un cambio sustancial en las competencias de los poderes del Estado, al **(p. 47)** permitir la entrega indiscriminada del control del orden interno a una institución preparada dentro de la lógica bélica, como son las Fuerzas Armadas. Esta disposición se entiende para el caso del estado de sitio, en que estamos ante supuestos de invasión, guerra exterior, guerra civil, o el peligro inminente de que se produzcan, siendo facultad de las Fuerzas Armadas la de garantizar la independencia, soberanía y la integridad territorial de la República (art. 165 Const.). Pero no se justifica para los casos de perturbación de la paz o del orden interno, porque su restablecimiento o mantenimiento corresponde a la Policía Nacional (art. 166 Const.). Si bien la defensa civil corresponde a las Fuerzas Armadas, conjuntamente con la Policía nacional (art. 171 Const.), en el caso de catástrofes, parece que resulta excesivo otorgar todas las potestades a las Fuerzas Armadas. En todo caso, de este otorgamiento de facultades extraordinarias a las Fuerzas Armadas para el restablecimiento del orden público, se desprenden importantes consecuencias negativas para la vigencia del Estado de Derecho, consecuencias confrontadas por la aplicación práctica de la normativa anterior.

Valga aclarar que estas precisiones teóricas que se hacen no vienen a significar ninguna toma de postura sobre el papel que deben tener las Fuerzas Armadas frente a la lucha contra la subversión, porque el precedente de la norma que estudiamos se promulgó en 1979, cuando todavía Sendero Luminoso no había declarado su guerra popular y la nueva norma constitucional es de 1993, cuando ya ha disminuido notablemente la violencia en el país, por lo que no se puede sostener que dichas normas se hicieron con el fin de hacer frente a la subversión. Además, si se pretende luchar contra una amenaza tan grave contra la seguridad del Estado con las Fuerzas Armadas, siempre queda la posibilidad de declarar el estado de sitio, pues sería invocable el

⁴³ Ver Eguiguren, Francisco: El estado de emergencia y aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988; en: La Constitución diez años después; Lima 1989, p. 261 y ss. y Rubio/Bernales, p. 215 y ss. (nota 5).

⁴⁴ Al respecto cfr. Eguiguren, Zona de emergencia, estrategia contra la subversión y derechos humanos, Lima 1989, p. 267 y ss..

supuesto de guerra civil o peligro inminente de que se produzca (art. 200, inc. Const. de 1993; art. 231, inc. b) Const. de 1979).

Es que existen serios reparos de otorgar la facultad de mantenimiento o restablecimiento del orden interno a las Fuerzas Armadas. En primer lugar, hay que recordar que la preparación de **(p. 48)** estos cuerpos militares se realiza para la defensa de la Seguridad del Estado frente a cualquier amenaza externa, que se considera enemiga. El peligro es que puedan proyectar la concepción de la guerra al interior del cuerpo social, con la consiguiente lógica de autonomización de la actuación por fuera de los causes legales (mayor poder discrecional), respondiendo más bien a principios de jerarquía y obediencia; división dentro de la sociedad civil del amigo-enemigo del modelo social, con la consiguiente creación ideológica del "enemigo interno" (ideología de la seguridad nacional) y, por tanto, mayor intensificación de los conflictos en la sociedad.

En segundo lugar, si la noción de orden interno u orden público es un concepto jurídico indeterminado - como lo indicamos más arriba, epígrafe V - que se puede llenar de contenido de acuerdo a las necesidades del poder y le da tal posibilidad a las Fuerzas Armadas, resulta una concepción de orden público autoritaria, donde el "orden" puede consistir en el mantenimiento del statu quo, esto es, el establecimiento de un tipo de control indiscriminado, que recae en el "sospechoso" (de ser diferente), generalmente ubicable en los sectores más débiles de la sociedad (pobres, marginales, campesinos, etc.) y que favorece a los privilegiados del sistema social.

Si a esto se une la aplicación de leyes antiterroristas con supuestos indeterminados, tipos de sospecha, tipos de colaboración, limitaciones al derecho de defensa, al principio de publicidad, etc.⁴⁵, no se ha de extrañar que se produzca un control que desborde los principios mínimos de todo Estado de Derecho, con el consiguiente aumento del poder real de las fuerzas de seguridad y su capacidad de estigmatizar y criminalizar que alimenta una espiral de violencia⁴⁶.

Por otro lado, es cuestionable en la norma que estudiamos el establecimiento de una cláusula general "o grave circunstancias que **(p. 49)** afecten la vida de la nación", pues cualquier desorden o alteración del orden público que al Ejecutivo le parezca "grave", legitima la declaración de emergencia y la consiguiente suspensión de varios derechos fundamentales, entre ellos, la libertad personal.

Entonces, es importante detenerse en los límites que debe tener el Poder Ejecutivo para decretar estados de emergencia, porque, evidentemente, en un Estado de Derecho no pueden existir potestades absolutamente indeterminadas ya que los poderes públicos se deben a la Constitución y a las leyes (art. 45 Const.); de lo contrario, vía regímenes de excepción se podría instituir una dictadura. Dado que es potestad prácticamente unilateral del Ejecutivo (El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros) y que no se ha establecido como en el Derecho Comparado un control parlamentario para su declaración, es necesario instituir una serie de controles ex ante y ex post de la declaración del estado de emergencia.

Primero, debiera establecerse un control legal: la promulgación de una ley en la cual se diseñara el tipo de emergencia frente a la cual es posible hacer frente con el estado excepcional, considerando con claridad los controles parlamentarios y judiciales, esto es, la tramitación en el

⁴⁵ Ver por todos Prado Saldarriaga, Victor, La política penal de emergencia; Lima 1992.

⁴⁶ Ver por todos Chipoco, Carlos: Perú 1980-1991: más de una década de violencia y violación de los derechos humanos; Lima 1992, p. 205 y ss:

Congreso de la puesta en conocimiento del estado excepcional, la admisibilidad del habeas corpus, etc.⁴⁷.

Segundo, delinear nítidamente una concepción de orden interno acorde con la Constitución porque ya sabemos el contenido autoritario que se le ha dado históricamente. La noción de orden interno, orden público o seguridad pública, como quiera llamársele, de acuerdo con la interpretación de los derechos fundamentales que se ha dado en el apartado anterior, en la que los derechos de la persona y su dignidad son el fin de los poderes públicos y de la sociedad (art. 1 Const.), debe entenderse como un concepto instrumental, para el desarrollo de los derechos fundamentales, **(p. 50)** nunca un fin en sí mismo, ni protegiendo un fin estatal. En este sentido resulta interesante la definición de alteración del orden público dada por el art. 13 de la Ley orgánica de estado de alarma, excepción y sitio n. 4 de 1981: "cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad (...), resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo".

Tercero, aplicación de los principios demandados por el Derecho Comparado para los estados de excepción, a saber: a) Principio de necesidad y proporcionalidad: sólo en casos de grave alteración del orden público y cuando las potestades ordinarias (judiciales, sancionadoras, etc.) son insuficientes; b) Principio de temporalidad: sólo vigente durante el tiempo que dichas situaciones excepcionales se producen; c) Principio de publicidad: dado a conocer por todos los medios de comunicación posibles; d) Principio de responsabilidad: los poderes públicos deben responder por los actos que constituyan excesos no justificados por el estado de excepción⁴⁸.

Cuarto, qué garantías del derecho a no ser arbitrariamente detenido se suspenden, porque, como se ha dicho, este derecho está rodeado de una serie de garantías que constituyen requisitos de legalidad constitucional. Debe considerarse esto en función de la situación excepcional. Es decir, si de lo que se trata es de dotar de facultades extraordinarias a los poderes públicos para que puedan hacer frente a la grave alteración del orden interno, parece lógico que quedan suspendidas las garantías de no ser detenido sino en flagrante delito o mandato judicial y el plazo máximo de veinticuatro horas para ser puesto a disposición judicial. Las demás garantías mantienen su vigencia, no sólo porque no tendría fundamento suspenderlas, sino también porque la propia Constitución dice expresamente que sólo dicha garantía se suspende. Entonces, se mantiene el derecho de defensa, el derecho de ser informado de las razones de su detención y el derecho a no ser obligado a declarar.

(p. 51) Sobre el plazo es importante hacer alguna precisión. Aunque no hay una norma que establezca el plazo máximo de la detención gubernativa por razones de orden público, no podría entenderse ilimitado, porque sino estaríamos ante una detención-desaparición, que a todas luces el ordenamiento jurídico no puede amparar. Entonces, cabría aplicar analógicamente el plazo del supuesto de excepción individual (terrorismo, espionaje y tráfico de drogas), de quince días, por ser un plazo prudencial para la averiguación de los hechos. Pasado dicho término, el detenido debe ser puesto a disposición judicial si los hechos imputados constituyen delito o, en el caso contrario, puesto en libertad.

Quinto, como el principio de responsabilidad de los poderes públicos está vigente, por el cumplimiento justificado de las funciones que dentro del estado de emergencia se les atribuyen, ya que en un Estado de Derecho todas las funciones públicas son regladas, limitadas, incluso en

⁴⁷ En este punto coincido con Rubio/Bernales (p. 221) cuando sostienen, comentando el art. 231 de la Const. de 1979, que sería perfectamente lícito legislar sobre estos puntos., pues en la medida en que la ley amparase y no restringiese derechos, sería plenamente constitucional (nota 5).

⁴⁸ Cfr. Cruz Villalón, p. 64 y ss. (nota 42).

una situación excepcional permanecen en vigor los controles ex post que existen para todas las actuaciones públicas. Esto es, la posibilidad de impugnación por la vía judicial constitucional (por denegatoria del recurso de habeas corpus, art. 202, inc. 2 Const.) y ordinaria (denuncia por delito de abuso de autoridad, art. 376 C.P.), así como la viabilidad del recurso de habeas corpus (art. 200, inc. 1 Const.). Así mismo, se hace patente la necesidad de un adecuado control parlamentario, llenando de sentido garantizador el mandato constitucional de "dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente" de la declaración del estado excepcional por el Ejecutivo (art. 137, primer párrafo Const.), con el objeto de que una comisión del Congreso estudie la gravedad de la situación extraordinaria y la aplicación de los principios reseñados para el caso de la prórroga. En el supuesto de estado de sitio, claramente la Constitución dice que la prórroga requiere aprobación del Congreso (inc. 2, última parte, del art. 137). Indudablemente se requiere una ley que regule estas situaciones, pues debe preverse la posibilidad de que el Congreso no apruebe la declaratoria a la prórroga; qué mecanismos jurídicos existirían en ese caso.

(p. 52) Conviene detenerse un poco en la admisibilidad de la acción de habeas corpus en los supuestos de estados excepcionales. Los autores peruanos ya se han ocupado del tema. La tesis más seguida es aquella que sostiene que durante la vigencia de los estados excepcionales el habeas corpus y el amparo permanecen vigentes⁴⁹. Fundamentan esta posición los siguientes argumentos: en los estados excepcionales se suspende el derecho, pero no la garantía, esto es, la probabilidad de impugnar el acto gubernativo para ser revisado por la instancia judicial⁵⁰; estando vigente el principio de responsabilidad de los poderes públicos, es consecuente la posibilidad de revisión judicial del acto gubernativo, en tanto medida de control de dicha responsabilidad; si la declaración de excepcionalidad debe estar rodeada de una serie de principios (necesidad, proporcionalidad, publicidad, responsabilidad), es necesario que sea viable el control del cumplimiento de estos principios por la instancia judicial, de lo contrario no tendrían razón de ser; el art. 27 inc. 2 de la C.A.D.H. sostiene que "existe un conjunto de derechos esenciales que conforman un núcleo insuspendible" y que tampoco son suspendibles "las garantías judiciales indispensable para la protección de tales derechos"; por último, en el Derecho Comparado se contempla la vigencia de estos recursos incluso en los estados excepcionales⁵¹. En suma, el principio general de que en un Estado de Derecho todos los poderes públicos están delimitados por el ordenamiento jurídico (art. 45 Const.), es decir, no pueden existir espacios de arbitrariedad absoluta para el Ejecutivo (sino estaríamos en el caso de la "dictadura constitucional"⁵²), obliga a deducir la posibilidad de control judicial del ejercicio de las facultades extraordinarias vía las garantías de habeas corpus o el amparo, según corresponda.

(p. 53) 2. Limitaciones provenientes de las facultades del Poder Ejecutivo y su relación con los otros poderes del Estado

Hay una serie de facultades que tiene el Poder Ejecutivo que limitan el ejercicio de la libertad personal. La primera y más evidente es la del art. 118, inc. 4 de la Constitución: "velar por el orden interno y la seguridad exterior". Es, como decíamos, uno de los principales objetivos del poder constituido, que le otorga legitimidad, el asegurar el ejercicio de los derechos y libertades, así como posibilitar el acceso a los servicios públicos de todos los ciudadanos, respecto de los demás ciudadanos y de los propios poderes públicos. Es indudable que éste es un interés público que justifica limitaciones a la libertad personal; pero, dichas restricciones deben estar

⁴⁹ En este sentido, ver por todos: Eguiguren, ps. 275-283; Rubio/Bernales, ps. 219-220.

⁵⁰ Cfr. Rubio/Bernales, p. 220. Considera superado este debate : Eguiguren, p. 285.

⁵¹ Cfr. Eguiguren, p. 277 y ss., quien expone los casos de Estados Unidos de Norteamérica y Argentina; además cita opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este sentido.

⁵² Que es un modelo de excepcionalidad históricamente superado con la noción de Estado de Derecho. Cfr. Cruz Villalón, ps. 33-34.

encuadradas dentro de los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad (ver epígrafes V y VI) para ser legítimas. También se producen limitaciones a la libertad personal en el ejercicio de la función otorgada al Presidente de la República de "cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales" (inc. 9 del art. 118 Const.), propias de la función de orden público en sentido amplio (ver epígrafe V).

Estas funciones tradicionales de orden público, además de conectar con los regímenes de excepción ya analizados, se vinculan con las llamadas funciones de Policía, ya que "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional" (art. 167 Const.). Corresponde específicamente a la Policía Nacional la facultad de "garantizar, mantener y restablecer el orden interno", además, "Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia » (art. 166 Const.). Es decir el mantenimiento de la seguridad pública (orden público y seguridad ciudadana) es responsabilidad del Presidente de la República, atribución que ejerce por medio de la Policía nacional. Además, este cuerpo de seguridad no es deliberante y está subordinado al poder constitucional (art. 169 Const.), por lo que debe sujetarse a las normas del Estado de Derecho, lo que significa que las limitaciones a los derechos fundamentales que se realicen al amparo del orden público o la **(p. 54)** seguridad ciudadana, deben cumplir los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad reseñados.

Una de las normas constitucionales que más dificultades presenta para la vigencia de los derechos fundamentales es el art. 173 que establece: "En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar", con lo cual se sigue presentando el problema (ya presente desde la Constitución de 1979, con su similar, el art. 282) de qué Fuero juzga los delitos contra los derechos fundamentales cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la clave de la interpretación está en determinar qué se entiende por delito de función. Dentro del Derecho penal general se considera delito de función todo aquél cometido por el funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones (el juez que prevarica, el funcionario público que malversa los caudales públicos encomendados, el policía que realiza un allanamiento de domicilio teniendo potestad para hacerlo legítimamente, etc.)⁵³. Pero con esta interpretación quedarían prácticamente todos los delitos contra los derechos humanos sometidos al Fuero Privativo Militar, por lo que Chipoco/Eguiguren/Talavera, proponen considerar delito de función sólo aquellos cometidos en razón de la situación militar, los directamente vinculados a las funciones militares o policiales y, por ende tipificados en el Código de Justicia Militar y no los contemplados en el C.P. ordinario⁵⁴. En realidad, si no se quiere caer en el absurdo de dar un trato privilegiado (siempre más indulgente, por el espíritu corporativo de los militares) a los funcionarios que delinquen contra los derechos humanos, sin ningún tipo de justificación en un Estado de Derecho (principio de responsabilidad de los funcionarios, art. 45 Const.), sólo cabe la segunda interpretación : se consideran delitos de función los tipificados en el Código de Justicia Militar, si los militares o policías cometen un delito tipificado por el C.P. deben ser juzgados por el Fuero común. **(p. 55)** A esta clase de delitos llamaría delitos de función militar, perfectamente encuadrables dentro de la letra de la norma constitucional.

Pero para entender el discurrir material del ejercicio de la potestad de mantenimiento de la seguridad pública por el Ejecutivo, es preciso desentrañar cuáles son los poderes reales que éste tiene y cuáles las posibilidades de control por los otros poderes del Estado.

Se ha optado por mantener el régimen presidencialista diseñado en la Const. de 1979, pues subsisten las amplias atribuciones otorgadas al Presidente de la República, además de su calidad

⁵³ Ver más extensamente Zúñiga Rodríguez, p. 163 y ss. (nota 21).

⁵⁴ Chipoco/Eguiguren/Talavera: Los sucesos de los penales: nueva abdicación de la autoridad democrática (un enfoque jurídico); Lima 1986, p. 72 y s.

de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y personificación de la Nación (art. 110 Const.). Aunque la nueva Constitución otorga mayores facultades al Presidente del Consejo de Ministros (art. 123), se puede sostener que, en lo fundamental, el Presidente de la República sigue manteniendo una dosis excesiva de poder, que puede desbordar en actuaciones autoritarias, lesivas a los derechos fundamentales. Más aún si tampoco se han dado grandes cambios respecto de las facultades de control del Poder Legislativo al Ejecutivo, por lo que se mantienen los cuestionamientos del modelo anterior⁵⁵.

Una de las facultades del Poder Ejecutivo más discutidas es la de promulgar decretos legislativos (art. 104 Const.), porque permite aprobar sin el control de la discusión parlamentaria (y la resonancia popular que ello supone), leyes limitativas de derechos fundamentales, como en la realidad se ha dado al amparo de la normativa anterior. Y es que en el modelo peruano, la reserva de ley no incluye estas materias (sólo las que son indelegables a la Comisión Permanente, art. 101 inc. 4 Const.), por lo que los gobiernos podrían restringir la libertad personal de los ciudadanos vía decreto legislativo, pese a la importancia del derecho fundamental en juego.

Uno de los aspectos importantes para la vigencia de los derechos fundamentales de un país, es la imparcialidad del Poder Judicial, que permita un control férreo del Poder Ejecutivo. En este sentido se ha **(p. 56)** dado un paso adelante con las atribuciones de selección y nombramiento de jueces y fiscales dadas al Consejo Nacional de la Magistratura (art. 150 Const.), pero se ha dado un paso atrás en la inamovilidad de los jueces y fiscales, al tener que ser ratificados cada siete años por ese órgano (art. 154, inc. 2 Const).

Por último, otra posible limitación constitucional de la libertad personal puede ser la del art. 149 Const. que faculta a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, "con el apoyo de las Rondas Campesinas", para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario. Por ejemplo, la facultad de detener, Pero la norma dice "siempre que no violen derechos fundamentales de la persona", lo cual es difícil de determinar porque no es fácil concebir un ejercicio de funciones jurisdiccionales sin limitar derechos fundamentales. No obstante, parece que la norma constitucional quiso poner barreras jurídicas a la intervención de estas autoridades, las que, en todo caso, tendrán que ser delineadas por Ley.

VIII. La protección constitucional de la libertad personal

(p. 57) La Constitución del 93 permite una interpretación amplia del derecho fundamental a la libertad personal, de acuerdo al principio in dubio pro libertate, que se desprende del afán fundamentador del sistema político en la dignidad humana (art. 1) y del compromiso de garantizar la vigencia de los derechos humanos que tienen los poderes públicos (característicos del Estado social y democrático de Derecho, arts. 43, 44 y 45). En este sentido, el derecho a no ser arbitrariamente detenido (art. 2, inc. 24, pgr. f), debe entenderse que toda detención debe ser autorizada por una autoridad judicial, salvo delito flagrante, en cuyo caso se le habilita a la policía. La detención policial (de acuerdo a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad) debe rodearse de una serie de garantías para que sea lícita desde el prisma constitucional: principio de legalidad, plazo máximo, derecho de asistencia de Abogado, derecho a ser informado de las razones de su detención y derecho de interponer una acción de habeas corpus y solicitar una indemnización por detención arbitraria.

La Constitución también establece la posibilidad de que por ley, se restrinja la libertad personal (art. 2, inc. 24, pgr. b). En estos casos, también se debe contemplar el principio del respeto del contenido esencial de la libertad personal y, sobre todo, cumplir con el principio de legalidad, por

⁵⁵ Cfr. Bernaldes/Rubio, p. 152 y ss. (nota 5).

lo cual son inconstitucionales todas las prácticas policiales no legalizadas: cacheos, redadas, retenciones, etc. De ser legalizadas, tendrían que cumplir con los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, además de las garantías aplicables de la detención policial (plazo máximo, derecho de defensa, etc.).

Pese al talante garantista de la Constitución respecto del derecho fundamental a la libertad personal, la misma Norma Fundamental contempla una serie de normas que limitan su vigencia efectiva. Se trata de las excepciones individual (por delito de terrorismo, espionaje y tráfico de drogas) y general (los estados de emergencia). Por la potencialidad general y permanente de la primera, y la entrega del restablecimiento del orden interno a las Fuerzas Armadas de la segunda, se produce una mezcla diabólica que origina espacios de arbitrariedad absoluta respecto de derechos fundamentales tan preciados como la libertad personal. El asunto es bastante grave si se aúna a ello, las posibilidades de regular esta materia vía decretos legislativos por parte del Poder Ejecutivo (art. 194) y de que los delitos violatorios de los derechos humanos sean juzgados en el Fuero Privativo Militar (art. 173).

La verdadera vigencia de la libertad personal dependerá del uso que hagan los gobiernos de su potestad de salvaguardar la seguridad pública, del control del Congreso sobre dichas facultades y, sobre todo, del celo que pongan las instituciones públicas veladoras por los derechos humanos y el buen funcionamiento de los poderes públicos, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía de la Nación y el Tribunal de Garantías Constitucionales, la Constitución da suficientes claves para desarrollar un contenido garantista de la libertad personal.