**Teoría preventiva de la pena y análisis crítico del proceso inmediato en el Perú**

*Introducción. I.- Teorías de la Pena. 1.1.- Teoría Absoluta de la pena. 1.2.- Teoría Relativa de la pena. II.- Prisión Preventiva. III.- Seguridad Ciudadana. IV.- Proceso Inmediato.**4.1.- Experiencia en Costa Rica de los Procesos de Flagrancia. V.- A modo de conclusión.*

**Introducción**

En razón de haber realizado varios viajes por motivos académicos a la ciudad de San José de Costa Rica, quedé impresionado por un proceso denominado de Flagrancias, la rapidez con que eran resueltos los casos, hizo que en varios foros académicos sobre seguridad ciudadana se proponga para su implementación en nuestro país.

En ese entonces era presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica un excelente magistrado y amigo, don Luis Paulino Mora Mora, quien le pidió al juez Alfredo G. Araya Vega (ahora Juez de Tribunal de Flagrancias), que me permita conocer el sistema y me ilustre sobre su implementación. El propio Presidente me había contado que ante el avance de la delincuencia en San José, los políticos y medios de comunicación social presionaban constantemente para que se imponga “mano dura”, solicitaban incluso que las faltas se conviertan en delitos y se impongan penas efectivas.

La verdad después de haber concurrido en más 3 oportunidades al país centroamericano (en pasantías organizadas por el centro de mi dirección en la universidad donde laboro) y conversar con los abogados de la defensa libre y abogados de la defensoría pública se me indicó que ese proceso no había tenido los efectos que se deseaba, sino que afectaba y recortaba seriamente el derecho de defensa, amén de haber sobrepoblado las cárceles.

Planteo como hipótesis en este pequeño trabajo, analizar la teoría preventiva de la pena y ver si en nuestro país se ha reducido la delincuencia al aplicarse juicios y condenas rápidas. Lamento que con ello incomode a muchos magistrados que pregonan como un avance la aplicación del Proceso Inmediato en el Perú, a través de la modificación del Código Procesal Penal por el Decreto Legislativo 1194, pero no me puedo sumar al entusiasmo que ha generado sobre todo a un sector de la prensa, pues la rigurosidad académica nos va a llevar a establecer que las penas aplicadas de forma célere, no ha calado en la prevención general que propugna la teoría de la pena y tampoco en el Perú se han reducido los delitos sobre todo los patrimoniales.

Desde un lado de la doctrina procesal penal peruana, un amplio sector liderado por el maestro Mario Pablo Rodríguez Hurtado ha criticado seriamente este proceso al cual ha llamado *fast justice*, pues termina recortando derechos en casos donde no se puede concretar el derecho a la prueba y hasta ha señalado que hay un tanto de coerción fiscal, cuando se le indica al acusado que si no se acoge a la terminación anticipada, se pedirá su prisión preventiva e incoará proceso inmediato y será condenado sin más trámite.

**I.Teorías de la pena**

Siguiendo al maestro Enrique Bacigalupo, señala que el Derecho penal, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas, es como teóricamente los autores han considerado de los puntos de vista que consideran al derecho penal como un instrumento al servicio del valor justicia frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor utilidad. La primera concepción guarda una mayor relación con la moral, mientras que la restante se vincula más con la política social.[[1]](#footnote-1)

Estas diferentes formas de ver las cosas generó una pugna entre las diferentes escuelas, el enfrentamiento radical de estos puntos de vista, dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada “lucha de escuelas”, que no es otra cosa que una disputa que gira en torno a los principios legitimantes del derecho penal. Mientras que la llamada Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las “teorías” absolutas de la pena, la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad expresándolo por medio de las “teorías” relativas modernas de la pena.[[2]](#footnote-2)

Asimismo Bacigalupo indica *“toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal”*.[[3]](#footnote-3) El profesor Alcócer Povis, ha indicado en referencia “*Con el transcurrir del tiempo e influenciados por el programa político adoptado por cada Estado y su efecto en el debate académico, los fines de la pena fueron cambiando, por lo que son verificables las diferencias entre posiciones surgidas durante todo el proceso histórico”.*[[4]](#footnote-4) En cada estado según la política criminal que se implemente, la pena será una de uso corriente, creyendo que es la única forma de controlar el delito, los legislativos ha funcionado como “caja de resonancia”, de lo que dice la prensa; en el caso del Perú la presión de los medios de comunicación es muy fuerte y las penas se ha elevado desmedidamente rompiendo cualquier principio de proporcionalidad.

**1.1.Teoría absoluta de la pena**

El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre –como tal y en sí mismo– y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración.[[5]](#footnote-5)

Las teorías absolutas sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor justicia, por lo que no se encontrarían informadas por criterios de utilidad social. Dentro de estas teorías destacan especialmente las llamadas teorías retributivas de la pena, las cuales definen la sanción penal como retribución por una lesión culpable.[[6]](#footnote-6) Como nos manifiesta el maestro Felipe Villavicencio, La pena es la retribución por el delito cometido: producirle un mal a un individuo que compense el mal que ha causado libremente, equilibrándose así la culpabilidad del autor por el ilícito cometido. Es por ello, que se concibe a la pena como aquella que atiende o mira al pasado, al hecho que se cometió.[[7]](#footnote-7) Aun así lo que se busca es devolver con un mal el mal causado, de allí viene el nombre de teoría retributiva.

Con esta teoría se concibe a la pena como acto de retribución o castigo por el mal delictivo que se ha producido, no encontrándose el sentido de la pena en la persecución de algún fin socialmente útil.[[8]](#footnote-8)

Los representantes más caracterizados de esta concepción son Kant que fundamenta esta teoría en exigencias de justicia y Hegel en la necesidad de restablecer la vigencia del ordenamiento. KANT rechaza intentos de justificar la pena en razones de utilidad social ya que si el hombre es un “fin en sí mismo” no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. De ahí que la pena debiera ser impuesta aun cuando no fuese útil o necesaria para la comunidad. La pena se imponía entonces solo por el hecho de haber delinquido. HEGEL, a su vez, desarrolla una fundamentación dialéctica conocida: si el delito cometido es la negación del Derecho, la pena vendría a representar la negación del delito y, por tanto como negación de la negación, la afirmación del Derecho. Como señala Mir Puig, esta construcción se concibe solo como reacción que mira al pasado y no como instrumento de fines utilitarios posteriores. [[9]](#footnote-9)

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha rechazado completamente una teoría absoluta de la pena, señalando no solamente que carece de sustento científico, sino que llega a constituir una negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana reconocido en la Constitución (STS N° 0019-2005-PI/TC). No obstante, el TC reconoce que esta afirmación no conlleva que desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo, negando solamente que la función de la pena se agote en generar un mal en el penado. Con independencia de que esta afirmación del TC denota una discutible comprensión de las teorías retributivas de la pena, lo más llamativo es que en su STC N° 0014-2006-PI/TC señala que el análisis de la constitucionalidad de las leyes no se puede apoyar en doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho, sino en mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente. Lo que no queda claro es cuando se está ante una postura doctrinal supuestamente consagrada y cuando ante un mandato o principio previsto en la Constitución. Al final, parece que se sigue una fórmula que lo único que garantiza es que el TC pueda tener amplios márgenes de discrecionalidad en su labor de interpretación.[[10]](#footnote-10) Claro está que esta posición se manifestó en las acciones garantías que llegaron ser resueltas por ellos hace más de 10 años, hasta el momento con aplicación de penas draconianas y procesos como el inmediato el supremo intérprete de la Constitución no ha logrado examinar el fondo del asunto

**1.2.Teorías Relativas de la pena**

Para las teorías relativas, su fin de la pena no se llega a agotar en la retribución de un delito que se comete, más bien se llega a proyectar con consecuencia preventiva de nuevos delitos. El título preliminar de nuestro Código penal menciona un fin preventivo de este cuerpo sustantivo penal.

Estas teorías están fundamentadas en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a que apuestan por el hombre que ha delinquido, en la búsqueda de su capacitación y educación por medio de una apropiada actuación pedagógica-social, hacía él.[[11]](#footnote-11)

La prevención general presenta dos variantes: la negativa y la positiva. En su vertiente negativa, encabezada por FEUERBACH, se presentaba a la pena como una amenaza (intimidación) dirigida a todos los ciudadanos. Se buscó que la conminación legal del delito ejerza inhibitorio dirigido a la generalidad a fin de evitar la criminalidad. En otras palabras, la pena, según esta teoría, sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad de que no cometan delitos, de acuerdo a ello, la prevención actúa frente a la colectividad amenazando a sus integrantes.[[12]](#footnote-12) En este artículo analizamos si la pena y la rapidez del proceso inmediato para imponerla ha terminado evitando el aumento de la criminalidad en el país.

Se afirma que el fin preventivo general negativo intimidatorio, basado en la coacción psicológica y dirigido al delincuente como sujeto racional es criticable pues supondría aceptar la teoría del Derecho Penal asentada en la utilidad subjetiva que cada delito reporta al que lo comete y no sobre la magnitud objetiva del daño que dicho delito causa, abriendo el camino hacia el incremento desmedido de la pena a fin de aminorar la expectativa del beneficio que pudiera tener el delincuente con la conducta criminal.[[13]](#footnote-13)

La Prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena pero entiende que este efecto de la pena, no se dirige a la colectividad, sino al delincuente en concreto.[[14]](#footnote-14) La prevención especial llega hacer sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal. Su fundamento es siempre el mismo: la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; por lo tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo. [[15]](#footnote-15)

**II.PRISION PREVENTIVA**

La más grave restricción de la libertad, se viene aplicando irracionalmente, por la sensación de inseguridad que se vive en el país, la excesiva penalización de cualquier conducta y la elevación de las penas fuera de los márgenes del principio de proporcionalidad, ha llevado a los operadores de justicia a convertir casi en regla el amparo de peticiones de prisiones preventivas. En estas semanas se ha destituido a 2 jueces porque no han amparado todas las prisiones preventivas solicitadas en igual números de megaoperativos, organizados por el Ministerio del Interior y fiscales de criminalidad organizada. El juicio mediático ejercido sobre los jueces es muy intenso y dentro de los mismos órganos contralores no se comprende la aplicación de esta medida cautelar personal.

En consecuencia, se señala que la Prisión Preventiva es una medida cautelar que limita el derecho fundamental a la libertad personal y que debe respetar principalmente al principio de proporcionalidad, el cual indica que cualquier limitación de derechos fundamentales debe ser idónea para alcanzar o favorecer el fin perseguido legítimamente por el Estado, **si es que no hubiera un medio menos gravoso e igual de eficaz; teniendo en cuenta la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican**. Es decir, es un recurso de última ratio que *“el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general”[[16]](#footnote-16)*.

A nivel internacional es unánime el criterio de los órganos supranacionales en cuanto a la privación de la libertad, por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva, deben existir de por si los suficientes indicios que nos permitan presumir razonablemente que la persona imputada dentro del proceso haya participado en el ilícito que se investiga; criterio compartido por otras instancias jurisdiccionales internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. Complementando al criterio mencionado, la Corte indica que la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, excluyendo de esta manera “las conjeturas o las intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar; por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio".[[17]](#footnote-17)

Es por eso que será desproporcionada la medida que persiga fines que pueden haber sido satisfechos a través de alguna medida de menor intensidad pero que posea la misma eficacia. **Así mismo, también serán desproporcionales aquellas medidas aplicadas sin una motivación suficiente.** Por tal motivo, no solo debe ser proporcional**, también debe ser necesaria.** Por eso, nos analizamos la sentencia 1091-2002-HC en su fundamento:

*“[...]. El principio de favor libertatis impone que la detención judicial (prisión preventiva) tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional [...]. El carácter subsidiario de la medida impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar su idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva (prisión preventiva) se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado [...][[18]](#footnote-18)*

*La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin inconstitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de prisión preventiva.*

Esta sentencia destaca a su vez un factor necesario que lo vincula a la noción instrumental de la prisión preventiva, la provisionalidad; la cual nos exige que la privación de libertad, en tanto es accesoria al proceso penal, debe durar el mismo tiempo que dure el proceso principal.

La prisión preventiva requiere de tres supuestos en sí y por los cuales se rige: “la prueba suficiente (*fumus boni iuris*), el peligro procesal (*periculum in mora*) y que la pena a imponer sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.” [[19]](#footnote-19)

Siguiendo a Gonzalo del Río Labarthe, en la obra citada, éste considera que hay sólo dos presupuestos, pues el *fumus boni iuris* comprenden la prueba suficiente y la pena probable. Así, el juzgador no solo está obligado a determinar la existencia de una alta probabilidad de sanción, sino que además debe verificar que esta sanción tenga una pena superior a los cuatro años.

Por otro lado en el Hábeas Corpus de Laura Bozo se señala *“El peligro procesal es en particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores*.” [[20]](#footnote-20)

Así mismo es el criterio más importante en la consideración para la imposición de las medidas cautelares, ya que el criterio dominante para la existencia del proceso es la comparecencia del procesado. En el peligro de fuga el magistrado debe valorar todas las circunstancias que rodean el caso específico y que motive la permanencia del imputado en un centro de detención.

En cuanto al peligro procesal (riesgo de fuga, obstaculización o ambos), seguimos al maestro Gonzalo del Río, cuando señala que sólo puede ser evitado mediante la prisión preventiva (subsidiariedad). Es por esta razón que el análisis de la gravedad de la pena a imponerse cumple dos objetivos: En cuanto al *fumus boni iuris*, se verifica **una alta probabilidad** de sancionar al imputado a una pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad. A su vez, la gravedad de la pena a imponerse puede constituir un criterio que ni es necesario ni puede ser el único para valorar el peligro procesal, concretamente, el riesgo de fuga**.** [[21]](#footnote-21)

Esto en el entendimiento que una pena mayor involucra una mayor carga psicológica en el imputado que enfrenta un proceso penal, y por tanto, una mayor influencia para evitar su desarrollo y resultado.

Sin embargo, este recurso se ha empleado de manera indiscriminada a pesar de su carácter de última ratio. Una muestra de que no sólo en el Perú se aplica de forma casi general la prisión preventiva, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en los últimos 15 años) se ha pronunciado respecto a la problemática del uso excesivo de la prisión preventiva en los distintos Informes Especiales relativo a los siguientes países:[[22]](#footnote-22)

* **Honduras, Junio de 2012:** 11,727 personas privadas de libertad (47.98% serían procesados).
* **Venezuela, 2009:** Se verificó por diversas fuentes, incluso oficiales, que de aproximadamente 21,877 personas privadas de libertad. el porcentaje de presos sin condena era de más del 65%40.
* **Haití, Abril de 2007:** su población carcelaria era de 5,480 reclusos, de los cuales el 85% se encontraba en espera de juicio, porcentaje que también había sido constatado en noviembre de 2004.
* **Bolivia:** Se constató que en el 2006 de un universo de 6,864 reclusos el 74% estaba en prisión preventiva, porcentaje que para el 2008 ya había aumentado el 75%, según se verificó en el subsiguiente informe de seguimiento.
* **Guatemala:** entre el 1999 y 2000: Se constató que dos terceras partes del total de personas privadas de libertad, que en esa época ascendía a poco más de 8,200 personas, estaban en espera de ser juzgadas;
* **Paraguay, 1998:** Tenía un total de 2,266 reclusos de los cuales el 93% eran presos sin condena firme;
* **Perú, en el que según cifras oficiales el porcentaje de presos sin condena a febrero de 2000 era del 52%, de un total de más de 27,500 personas privadas de libertad**; con la aplicación del Código procesal penal el número de presos sin condena se ha reducido. Sin embargo según el último censo penitenciario practicado por el Instituto Nacional de Estadística e Información (INEI), Ministerio de Justicia e Instituto Penitenciario INPE, en junio del 2016, la población penitenciaria es de más 77,000 presos en 66 establecimientos penales.
* **República Dominicana:** Se constató que en junio de 1997 el porcentaje de presos sin condena era del 85%, y que para enero de 1998, según informó el Estado, se habría reducido al 70%;
* **Colombia**: A fines de 1997 tenía un porcentaje de presos sin condena del 45.85%, de una población penal de 43,221 reclusos;
* **México:** A mediados de 1996 se observó que de una población carcelaria de aproximadamente 116,000 personas, más de la mitad eran presos sin sentencia, en prisión preventiva; y
* **Ecuador,** que a principios de 1994 tenía una población penal de alrededor de 9,280 internos, de los cuales el 70% estaban en espera de juicio o sentencia.”

Menciona a su vez un estudio realizado en Perú, a partir de consideraciones financieras del 2011, estimó que el costo diario estatal de mantener a un recluso en prisión preventiva sería de S/. 22.00, con lo cual mantener una población de 34,508 personas en prisión preventiva tendría un costo diario de S/. 759,176 (271,134 dólares), lo que en un año representa un gasto total de 277,099,240 soles (98,964,014 dólares). Ahora bien, el costo social total promedio por día de la prisión preventiva sería de 51.4 soles, lo que para una población de 34,508 personas en prisión representa un costo diario de S/. 1,773,711.00 (633,468 dólares), este costo social diario en el transcurso de un año, llega a ser de 647,404,515 soles (231,215,898 dólares). Este costo social total comprende: el referido costo para el Estado, y los costos para los detenidos y sus familiares (sin incluir los costos para la comunidad).

Actualizando este estudio con la actual población penal señalada en el Primer Censo Nacional Penitenciario mencionado líneas arriba se tiene que en los últimos 10 años la población se incrementó en 130 % (2015-2016) y en lo que va del año 2016 existe una sobrepoblación del 132 % en razón de su capacidad de albergue.

Tanto el MINJUS como el Ministerio Público presentan un escenario en el cual el porcentaje de requerimientos de prisión preventiva respecto del total de denuncias presentadas ante el fiscal es bajo. Si bien esto favorecería un argumento sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva, el porcentaje sube significativamente cuando se observa en más detalle que el Ministerio Público solicitó prisión preventiva en alrededor del 35% y el 32.7% de casos ya no de denuncias que consideró meritorios de pasar a proceso de investigación fiscal.[[23]](#footnote-23)

Según el censo mencionado, en este año 2016, el 48,7% de internos/as han sido sentenciados/as y el 51,3% están siendo procesados/as. Sin embargo, se observa que en algunos departamentos más del 70% han sido sentenciados, como: Arequipa (80,4%) y Huancavelica (76,5%).

En términos muy generales, el preso sin condena firme es una persona con una formación educativa entre primaria y secundaria incompleta, con una profesión o empleo de corte técnico o manual, o que ejecuta labores que no requieren una formación superior. Tiene mayoritariamente entre 20 y 30 años de edad, y ha sido imputado por un delito contra el patrimonio en alguna de sus modalidades. En La Libertad y Arequipa, no se encontró mayores distinciones entre el perfil de las personas con prisión preventiva y aquellas con otras medidas, así como tampoco encontramos mayor diferencia que destacar entre las personas privadas de libertad que purgan condena y aquellas que están en prisión preventiva. Aun así, es de destacar que quienes esperan juicio tienen solo educación primaria y/o secundaria (72% y el 88% de internos encuestados) y escasos recursos económicos, lo cual los pone en situación de especial vulnerabilidad frente a un proceso penal.[[24]](#footnote-24)

En el caso del empleo, el 96 de cada 100 internos/as trabajó alguna vez antes de estar recluido en un penal. Esto significa que la mayoría de internos que laboraban en la calle eran subempleados

Los resultados del Primer Censo Nacional Penitenciario 2016, indicaron que el 95,6% de la población penitenciaria trabajó alguna vez antes de ser recluida. De estos, el 43,9% fueron obreros y el 33,5% trabajadores independientes, y solo el 19,6% se desempeñaron como empleados.

Según rama de actividad, el 20,9% de los que trabajaron lo hicieron en actividades primarias y el 19,0% en el comercio.

El sistema penal se nutre del sector más vulnerable de la sociedad, donde faltan recursos económicos (pobreza), educación y formación laboral. Los que llegan al sistema penal en general por delitos contra el patrimonio provienen de la ausencia de un derecho social. De ahí que la defensa pública es fundamental, pues es la garantía de acceso a la justicia tanto para la víctima de un delito como para el que es privada de libertad por cometerlo.

Como corolario a lo señalado se puede establecer que cada vez más las cárceles del país se van llenando de presos: en proceso, o condenados, pero ello no ha significado que la inseguridad se haya reducido, los legisladores no tienen investigaciones que demuestren que la creación de nuevas figuras delictivas y la elevación de penas, reduzca la comisión de hechos delictivos en el país, no comprenden que los delitos tienen un origen multicausal y la respuesta debe ser en ese sentido.

Un tema importante a analizar es la presión de los medios de comunicación contra los agentes del sistema penal, si un fiscal cita a un detenido, o un juez no acoge un pedido de prisión preventiva, es sometido a un “linchamiento” por los medios de comunicación y en muchos casos por la propia población que realiza manifestaciones y hasta agresiones. En los sistemas reformados se produce una alianza tácita entre las fuerzas de seguridad y la prensa, los primeros buscando una legitimidad que generalmente no tienen, señalando “que ellos capturan a los malos y los fiscales y jueces los liberan”.

El propio sistema de justicia a través de sus órganos de control termina procesando a jueces y fiscales, cuando no solicitan o, no amparan las peticiones de prisiones preventivas que reclaman los medios de comunicación y la sociedad, lo cual afectan gravemente la independencia de los jueces para resolver.

**III.SEGURIDAD CIUDADANA**

Según la Real Academia Española de la lengua, seguridad es la “cualidad de seguro”, y seguro, para el diccionario de la RAE, significa “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo”. [[25]](#footnote-25) Especificando el concepto, es el derecho que consiste en *“la ausencia de medidas que pueden afectar la libertad personal en los grados de amenaza, perturbación o privación de ella, en otras palabras, consiste en la tranquilidad producida por la ausencia de toda forma de arbitrariedad y de abuso de poder o desviación de poder que afecte la autodeterminación de la persona”.*

La seguridad individual, se refiere a un conjunto de garantías constitucionales que tienen la finalidad de impedir privaciones o restricciones de la libertad física que sean antijurídicas, es decir, contrarias a la ley o a la Constitución.

La “seguridad ciudadana” registra una definición legal en el artículo 2 de la Ley número 27933, “Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana”, de 12-3-2003. Comprende todas aquellas acciones -dentro de los marcos del Estado Constitucional- destinadas a asegurar la convivencia pacífica de la ciudadanía, la erradicación de la violencia, la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la prevención de la comisión de delitos y faltas.

Un concepto antecedente al de seguridad ciudadana, ha sido el de **orden público**, el mismo que ha sido utilizado por gobiernos dictatoriales indistintamente como **orden interno**, vinculado a preservar el mantenimiento del *statuo quo*, referenciándolos a funciones de seguridad del estado y funciones de las fuerzas policiales, posterior a ello se maneja el concepto de seguridad ciudadana, tal como lo señala la autora Laura Zúñiga[[26]](#footnote-26)**,** ella indica que *“…el concepto de seguridad pública engloba las dos competencias reconocidas: orden público (en sentido amplio) y seguridad ciudadana (prevención y persecución de la delincuencia)*”.

Se entiende por seguridad ciudadana *“la atención de aquellos hechos cotidianos que atentan contra la seguridad del ciudadano común. Estos hechos pueden ser producto tanto de la delincuencia común como de los comportamientos de algunos ciudadanos, que ponen en riesgo la integridad y la vida de los demás”* (PONAL - Programa Departamentos y Municipios Seguros), según la cita de las investigadoras colombianas María Carolina Franco Suárez y Ana María Serrano Ángel, en el artículo “Observatorios del Delito en Colombia: funciones y propósitos”[[27]](#footnote-27).

En la actualidad en el país, hay una **inseguridad objetiva**, que son los delitos y faltas que se llegan a cometer, pero a la vez hay **inseguridad subjetiva,** que es la sensación de creer que vamos a ser objeto de la comisión de algún ilícito, inseguridad que experimentamos por el aumento del crimen y la delincuencia, alarmados por una constante en los medios de comunicación para ocupar con gran difusión la comisión de estos hechos; y, porque siempre constatamos que los esfuerzos de las autoridades generalmente se basan en un mayor aumento de despliegue policial en calles y no en un trabajo estratégico de la investigación, menos en un estudio científico de las autoridades encargadas en prevenir y controlar el delito, causando en nuestra población una amenaza en la calidad de nuestra vida personal y familiar, así como en la estabilidad democrática del país.

Esa sensación de inseguridad subjetiva siempre es mayor que la objetiva, hay pues una diferencia entre percepción de inseguridad y la tasa efectiva de delitos; no podemos dejar de tomar en cuenta lo que los doctrinarios alemanes llaman la “cifra negra de la criminalidad”, que no es más que las denuncias que nunca se contabilizan pues los agraviados piensan que no consiguen nada con denunciar y que es una pérdida de tiempo.

 Lograr mayores niveles de seguridad ciudadana, no es sólo tener más policías, motos, patrulleros, camiones policiales, en las calles, sino es una tarea que implica tener una estadística clara y que no sólo involucra a la fuerza policial, sino a políticos que piensan que penalizando todas las acciones ilícitas o aumentando penas va a desaparecer el delito; el liderazgo de las autoridades es muy importante; un acuerdo de autocontrol de los medios de comunicación en la difusión de delitos y de sus autores, puede crear en la juventud una forma de antihéroe, que pueden ser un ejemplo a seguir, de igual forma la ciudadanía también puede apoyar decididamente a las autoridades organizándose y hasta denunciando los delitos cuando se tiene conocimiento.

Un tema importante para poder tener seguridad son los **factores de riesgo** que pueden propender a que se cometan ilícitos cuando no existe iluminación adecuada en las calles, el bajo control de funcionamiento y localización de las discotecas y de los prostíbulos, del transporte público y del comercio ambulatorio; terrenos libres, oscuros y sin cercar; del alcoholismo y la drogadicción; de los problemas de mala relación familiar, que se traduce en violencia familiar; de igual forma una mala comunicación de los padres con los hijos adolescentes; la falta de lugares para apreciar actos culturales y campos deportivos que sirvan como distracción; la violencia ejercida en los hogares es un factor que contribuye, a que las adolescentes muchas veces terminen en estado de gestación y a expulsar a los hijos de sus hogares. Los jóvenes llegan a reproducir en sus comportamientos la violencia que han experimentado en casa.

**IV.Proceso inmediato**

El Código Procesal Penal del año 2004, ha regulado dos tipos de proceso:común y los procesos especiales. Dentro es estos últimos encontramos al **proceso inmediato**.

El proceso inmediato, según el maestro y juez costarricense Alfredo Araya Vega[[28]](#footnote-28), surge como un mecanismo que busca alcanzar una justicia de calidad, esto es una justicia pronta y oportuna. Dicho origen, en nuestra sociedad, se recubre de legitimidad en la medida que se busca llevar a juicio un caso en el que la discusión sobre la comisión o no de los hechos resulta superflua, en la medida que el Ministerio Público tendría en sus manos elementos suficientes para crear en el juez la certeza necesaria para condenar al imputado, pues se le encontró en flagrancia o se trata de un caso de omisión a la asistencia familiar o de un proceso de conducción en estado de ebriedad.

En el Perú, igual que Costa Rica y muchos otros países de Latinoamérica, han sufrido el embate de la delincuencia patrimonial que se produce en lugares públicos y de escasa presencia de personas, causando una enorme alarma social, donde las policías de este lado del mundo piensan que la mejor forma de controlar el delito (nunca se podrá exterminar) es realizar gran presencia policial en carros y motos armados hasta los dientes, pero que no disuaden a ningún delincuente, más bien les han puesto horario para realizar sus latrocinios; un ejemplo es el puerto del Callao que tuvo casi un año de estado de emergencia y los homicidios eran cometidos casi simultáneamente cuando la tropa policial patrullaba en convoyes, como si los jóvenes sicarios se sintieran retados ante la fuerza policial. Desde el punto de vista de los políticos, ellos (sin saberlo) prefieren utilizar la teoría retributiva de la pena, aumentándolas cada vez más, sin tener en cuenta el principio de proporcionalidad y que el Código Penal señala que tiene una inspiración preventiva y resocializadora.

El **proceso inmediato** se encontraba ya regulado en el art. 446 del CPP, donde se indicaba la potestad del fiscal para solicitar la vía del proceso inmediato, pero como este instituto procesal no fue usado, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano emitió la Res. Adm. N° 231-2015-CE-PJ, del 15 de julio del 2015, donde estableció el Plan Piloto en el Distrito Judicial de Tumbes. Posteriormente se emitió el Decreto Legislativo 1194, donde se realizaron modificaciones al CPP, entre los que se debe resaltar el art. 446, donde se estableció la obligatoriedad de incoar el proceso inmediato y en el art. 447, donde la tramitación de los delitos de Omisión a la asistencia familiar y Conducción en estado de ebriedad o drogadicción, debía llevarse bajo el mismo trámite sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o terminación anticipada según corresponda.

Si bien es cierto, el proceso inmediato nos ofrece una excelente alternativa para obtener una sentencia rápida, también es cierto que su uso en un estado donde los abogados defensores no tiene el tiempo suficiente para estudiar la carpeta fiscal, por lo tanto no ofrece las garantías mínimas para una defensa eficiente, termina desnaturalizando esa orientación del proceso inmediato, lo cual obviamente repercute en el Derecho a la Libertad Personal de los investigados, pues de no garantizarse una defensa eficaz, terminarán siendo absorvidos por el *ius puniendi* estatal.

La hipótesis que se ha establecido era que una justicia pronta iba a actuar como una teoría preventiva de la pena, en forma de prevención general de la pena, que genera en los miembros de una comunidad que observen que al ser rápidamente sancionados los delincuentes, los demás no cometerían delitos; pero se ha demostrado que básicamente ello opera en las personas que nunca han cometido delitos; sin embargo tal como ha sido diseñado este proceso, los que llegan a purgar prisión son generalmente gente de escasos recursos, pues si uno ve la estadística del propio sistema de procesos inmediatos se aprecia que mayormente son sujetos activos que han cometido el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, con lo cual siendo el Derecho penal de última ratio, se piensa que la privación de libertad va a producir padres más responsables; es decir, la cárcel corrigiendo problemas sociales; otro de los delitos más sancionados es la Conducción en estado de ebriedad o drogadicción, siendo que en otros países las sanciones para este tipo de delincuentes son las medidas de seguridad a través de centros donde reciben tratamiento y charlas de especialistas; y, en última instancia se recurre a la privación de libertad.

Otra crítica a este problema (que ahora ha sido morigerado con la aplicación del último Acuerdo Plenario) es sobre la obligación de los fiscales de incoar este proceso, bajo responsabilidad administrativa, la publicación de las estadísticas ha generado en algunos titulares de las cortes superiores del país, como una especie de “competencia” para ver quien condena a más personas; se publica como una especie de “ranking” de los distritos judiciales donde más se ha aplicado este proceso. Cuando en otros países (ver nota aparte de Costa Rica) se está criticando fuertemente la aplicación de procesos muy céleres o el *fast justice*, acá en Perú se implementa como si fuera la medida más importante para reducir la comisión de delitos.

Para mayor ilustración puede observarse los cuadros donde se aprecia que los mayores delitos sentenciados, no son los delitos contra el patrimonio (que son los que causan más alarma social), sino los mencionados delitos de Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en estado de ebriedad o drogadicción.









Cuadros y estadísticas tomadas del artículo presentado por el Dr. Bonifacio Meneses Gonzáles en la revista informativa: Ius In Fraganti[[29]](#footnote-29)

**4.1. Experiencia en Costa Rica de los procesos de flagrancia**

A fines de agosto, el suscrito tuvo la oportunidad de participar como coordinador y ejecutor de la IV Pasantía al Sistema Judicial de Costa Rica, organizado por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. En dicho evento pudimos asistir a una conferencia dictada por el Defensor Público Mario Serrano Zamora quien compartió con nosotros algunas estadísticas que reflejaban el aumento de la población carcelaria en Costa Rica, siendo el caso que a partir del año 2002 se determinó que una de sus causas era el procedimiento expedito de flagrancia. Señaló, asimismo, que su procedimiento de flagrancia era utilizado como una máquina de condenatorias, detectando además que las personas enviadas a prisión pertenecían a los estratos más bajos de la Sociedad. Ello significaba que el sistema penal estaba siendo muy eficaz en criminalizar la pobreza, pasando por sobre los derechos y garantías reconocidas a las personas. Culminó su ponencia señalando que la solución a los problemas de la criminalidad debería ser política, social y preventiva y no una política represiva de mano dura que pone a trabajar todo el aparato estatal (procedimiento de flagrancia) para tal efecto.

Es importante señalar que el propio magistrado citado Alfredo Araya indica en su obra mencionada que lo primero que se hizo en su país (obviamente mucho más pequeño que el nuestro) fue crear un solo número del expediente electrónico, desde que la Fuerza Pública toma conocimiento de un ilícito cometido en flagrancia y el segundo es que se creó una plataforma de video vigilancia electrónica, con lo que cual se colocaron cámaras de grabación por todos los lugares y era fácilmente corroborar las imputaciones que se hacían contra los detenidos. **Circunstancias que no se han producido en nuestro país**.

A continuación mostramos algunos de los cuadros que el Defensor Público[[30]](#footnote-30) Serrano compartió con nosotros:



****

****

****

****

**A modo de conclusión**

* Se debe señalar que la libertad personal es uno de los derechos fundamentales reconocidos no solo en nuestra Constitución Política, sino también en las resoluciones del Tribunal Constitucional, en los Tratados Internacionales y en las Cortes Supranacionales.
* Existen excepciones a la libertad personal perfectamente establecidas constitucionalmente y en nuestras normas adjetivas penales (NCPP) y sólo deben ser utilizadas en casos extremos cuando se cumplan todos los requisitos legales señalados.
* Por la presión mediática, de los políticos y de la sociedad, la excepcionalidad de la prisión preventiva se viene convirtiendo en regla, jueces y fiscales son presionados para se pronuncien siempre a favor de esta grave restricción; dentro de sus instituciones, sus propios órganos contralores los procesan sino se pronuncian a favor.
* Para la sociedad peruana uno de los problemas más graves es la inseguridad que se vive en el país, se ha intentado diversas soluciones que pasan por el aumento de las penas y la creación de nuevos delitos, el patrullaje continuo y hasta propuestas de que sean las Fuerzas Armadas que asuman el control de algunas poblaciones.
* Se han importado modelos para hacer la justicia más rápida a través de la aplicación de procesos inmediatos aplicados a casos de flagrancia; sin embargo los casos con mayores sentencias condenatorias son los de Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en estado de ebriedad; y, en tercer lugar, largamente separados los de Hurto (que son los que causan más alarma social).
* Debe merecer reflexión el hacinamiento carcelario que se viene produciendo en países como el de Costa Rica.
1. Bacigalupo Z., Enrique. Manual de Derecho Penal – Parte general, Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS S.A., Año 1996. Pág. 11 [↑](#footnote-ref-1)
2. Bacigalupo Z, Enrique, op. cit., p. 11. [↑](#footnote-ref-2)
3. Bacigalupo, Derecho Penal. Parte General, pp. 29 y ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Alcocer Povis. Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Parte General. Lima. Perú. Instituto en Ciencia Procesal Penal. Año 2014. Pág. 19 [↑](#footnote-ref-4)
5. Durán Migliardi, Mario. *Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neoretribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual.* Chile. Revista de Derecho y Ciencias Penales. 2011, pág. 3. [↑](#footnote-ref-5)
6. García Cavero, Percy. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General, Lima,* Editora Grijley, año 2008. Pág. 42. [↑](#footnote-ref-6)
7. Villavicencio T., Felipe. *Derecho Penal-Parte General.* Perú, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., año 2014. Pág. 47. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibídem, Alcocer Povis. Eduardo, pág. 20. [↑](#footnote-ref-8)
9. Op cit., Pág. 21. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibídem, García Cavero, Percy. Pág. 45. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Jescheck/ Weingend, 2002, p. 73; Villavicencio T., Felipe., 2014, p. 55. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem, Alcocer Povis. Eduardo, pág. 24. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. Villavicencio Terreros, Felipe, 2006, p. 51; Alcocer Povis, Eduardo, 2014, pág.24 - 25. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ibídem, García Cavero, Percy. Pág. 51. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem, Bacigalupo Z., Enrique. Pág. 14 [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. STC 1091-2002-HC de 2 de agosto. Caso Vicente Ignacio Silva Checa. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. Donadio L. (2008). *La influencia de la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos en la práctica judicial interna: El caso de la prisión preventiva.* Criterio Jurídico. [↑](#footnote-ref-17)
18. Del Rio Labarhte. *La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Consultado el [02.XI.2016] obtenido en

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\_2008\_04.pdf [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr. STC 0808-2002/HC, de 8 de julio. Caso Tello Díaz. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cfr. STC 376-2003-HC/TC, de 7 de abril. Caso Bozzo Rotondo. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibidem. [↑](#footnote-ref-21)
22. CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Consultado el [16.IX.2016] obtenido en http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf [↑](#footnote-ref-22)
23. Due process of law foundation. Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Consultado el [16.IX.2016] obtenido en http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20indepedencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf [↑](#footnote-ref-23)
24. Ernesto de la Jara, Gabriel Chávez-Tafur, Andrea Ravelo, Agustín Grández, Óscar del Valle y Liliana Sánchez. La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada? Consultado el [16.IX.2016] obtenido en

http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Libro%20Prision%20Preventiva%20Final%2013-09-13.pdf [↑](#footnote-ref-24)
25. La libertad personal y la seguridad individual (noviembre, 2016). Consultado el [02/XI/2016] obtenido en http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjp438a/xhtml/TH.2.xml [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura. Libertad personal, seguridad pública y sistema penal en la constitución de 1993. Ubicado el [19, IX 2016] Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\_1994\_02.pdf. pág. 8 [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. Criminalidad Revista Policía Nacional · DIJIN publicado en Fecha de recepción: 31-III-2009. Fecha de aceptación: 28-V-2009. ISSN 1794 – 3108, Rev. crim., Volumen 51, Número 1, junio 2009, pp. 193-207. Bogotá, D. C., Colombia [↑](#footnote-ref-27)
28. Cfr. Araya Vega, Alfredo. *Nuevo Proceso Inmediato para delitos en flagrancia.* Jurista Editores. Lima. 2016, p. 33. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cfr. MENESES GONZALES, Bonifacio. EL PROCESO INMEDIATO EN EL PERU D. LEG. 1194 PROBLEMÁTICA ADVERTIDA Y SOLUCIONES, en “Revista Informativa Ius In Fraganti. Año 1 N° 1. Marzo. 2016. Perú. pág. 132. 140-141. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cfr. SERRANO ZAMORA, Mario. Defensor Público Supervisor Costarricense. Conferencia denominada: *Rol y aspectos importantes de la Defensa Pública de Costa Rica*. Agosto de 2016. [↑](#footnote-ref-30)