

La coerción personal en la investigación policial del delito: análisis crítico

César San Martín C.

Juez Instructor. Profesor del área de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la PUC

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un enfoque básico de Política Criminal, entendida ésta como “una parte de la actuación del Estado dirigida a la lucha eficaz contra el delito, por medio de las sanciones y prevención” (J. del Rosal, Principios de Derecho penal español; tomado de Javier Boix Reig, “Consideraciones Político-Criminales en torno a los delitos de Estupro. Cuadernos de Política Criminal No. 1, Madrid. 1977, Pág. 5), estriba en proporcionar argumentos razonables para criticar la legislación penal vigente y formular proposiciones para una adecuada reforma del derecho penal, sea de índole sustantivo o material, procesal o de ejecución penal.

El presente trabajo apunta a resaltar los límites constitucionales, infranqueables, del inmenso poder que goza la policía en orden a las limitaciones a la libertad de las personas, y a partir de ahí criticar en su conjunto la profusa red de dispositivos y comportamientos de la autoridad policial. Es sabido que la Constitución pretende evitar los abusos sistemáticos contra los derechos humanos, de suerte que, como acota H. H. Jescheck, no puede aceptarse que lo que parece más eficaz es también lo más justo, por lo que es de establecerse una serie de limitaciones precisas al poder estatal (Tratado de Derecho Penal — Parte General. Volumen I. Barcelona. 1978. Pág. 30).

Se trata, pues, de entender los alcances esenciales del modelo constitucional en el aspecto penal (lo que se denomina derecho penal constitucional), y a partir de este presupuesto trazar lineamientos sistemáticos de crítica a la legislación derivada y, obviamente, elaborar propuestas de modificación coherentes con la Ley Fundamental.

Un aspecto crítico de los llamados órganos de control social formal básicos (policía, ministerio público y judicatura) y que mide forzosamente la magnitud del entorno estatal y social, está constituido —sin duda alguna— por los poderes de coerción— personal de que están investidos; es decir, “por la limitación

más o menos intensa, de la libertad física de las personas, por una finalidad penal” (Jorge Clariá Olmedo. Volumen V. Buenos Aires. 1966. Pág. 209). A nivel policial estos poderes están íntimamente ligados al concepto de “orden público”, sobre el que existe fundados temores, pues existe un consenso que la policía tiene como función fundamental el mantenimiento del orden interno, que está dirigida al sometimiento de los desordenados y que la función criminal es secundaria y limitada por su función de guardián del Estado (Cfr. Juan Bustos Ramírez. La Instancia Policial: el control formal. El Pensamiento Criminológico. Tomo II. Bogotá. 1983. Pág. 66).

Por consiguiente, se intenta indagar y responder a preguntas cruciales que inciden en el comportamiento policial: ¿Qué garantías tienen las personas que de una u otra forma se ven involucrados en una investigación o encuesta penal? ¿Cómo se comportan los policías? ¿Cuál ha sido y es actualmente la respuesta del legislador? ¿Qué han hecho los demás actores sociales? Estos dramáticos interrogantes persiguen entender, a final de cuentas, nuestro sistema político institucional en el campo de la justicia penal, el mismo que aún cuando presenta una formalidad democrática —constitucional sin embargo mantiene formas de comportamiento o conductas autoritarias de sus funcionarios, cuya explicación reside sin duda en el modo en que el poder está distribuido en el Perú (Cfr. Luis Pásara. Jueces, Justicia y Poder en el Perú. Lima. 1982. Pág. 13).

EL MODELO CONSTITUCIONAL

I. Nuestra Constitución, en su art. 79, estatuye que el Perú es una república democrática y social, basada en el trabajo. Esta definición principista, (que obviamente tiene su inspiración en las Constituciones de Alemania Federal, Italia y España), contiene una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios del Estado Liberal y del Estado Social, bajo una característica sustancial: la democracia (Cfr. Santiago Mir Puig. Función de la Pena y Teoría del

Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona. 1982. Pág. 19).

A su vez el art. 81 de la Constitución recuerda que el Estado está gobernando por el derecho: la democracia es un gobierno de leyes y no de hombres, de suerte que todos —gobernantes y gobernados— tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico (art. 74 C.).

Asimismo, del contexto del Título III sobre régimen económico y del articulado sobre los derechos fundamentales, fluye inconcusamente la obligación del Estado de intervenir activamente en la vida social, siempre respetando los derechos del hombre. La democracia social tiende, así, a establecer entre los individuos una igualdad de hecho que su libertad teórica es impotente para asegurar (Cfr. Georges Burdeau. La Democracia. Barcelona. 1970. Pág. 61).

Estas definiciones son muy importantes, pues en buena cuenta colisionan con propuestas autoritarias que buscan restringir los derechos fundamentales en la lucha contra la delincuencia. Forma parte de la concepción democrática del Estado la exigencia que los órganos del mismo respeten determinadas garantías formales que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad textualmente reconocidas a los ciudadanos. Así las cosas, las normas constitucionales previenen al legislador ordinario para que articule un conjunto de normas que fundamenten y desarrollen un proceso penal democrático con profundo respeto a los derechos humanos.

II. En el orden penal, la Constitución desarrolla una estructura normativa muy clara que permite constituir un futuro proceso penal y delimitar coherentemente la actividad policial.

En cuanto a lo vinculado, de uno u otro modo, a la investigación policial, se tiene lo siguiente:

1o. La detención preventiva policial. Se encuentra reglada en el inc. 20—g del art. 2o. de la C. Su término es de 24 horas, con la excepción de 15 días para los delitos exceptuados de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje, salvo que se declare el Estado de Excepción previsto por los arts. 231 y 232 de la C.

A este nivel preliminar se garantiza siempre el derecho de defensa (art. 2, 20—h C.), de no autoincriminación y torturas (art. 2, 20—j y h); además de autorizarse el Habeas Corpus en caso de arbitrariedades que incidan en este punto (art. 295 C. y Ley 23500, de 7—12—82). En resumen, se articula a semejanza de la Constitución Española una breve duración de la dependencia del detenido a la policía, una defensa amplia del mismo y un control judicial de aquella (Cfr. Francisco Bueno Arús. Las normas Penales en la Constitución Española de 1978. Doctrina Penal. Buenos Aires. 1979. Pág. 854).

2o. Los medios de coerción real están previstos

limitativamente en los incs. 7 y 8 del art. 2o. de la C. Se autoriza los registros domiciliarios por mandato judicial y, excepcionalmente, por la policía ex officio en caso de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración. Asimismo, se autoriza la incautación de correspondencia, comunicaciones y papeles privados por orden judicial; la policía no puede hacerlo de oficio, es decir, no puede prescindir en ningún caso de la autorización judicial.

3o. Un medio de coerción personal especialmente severo es la incomunicación. El art. 2o., 20—i fija que sólo la ley define las circunstancias de aquella y lo circunscribe a una medida excepcional indispensable para el esclarecimiento de un delito. Por lo demás, según el art. 2o., 20—b C. no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley.

4o. Finalmente, un principio básico de toda investigación, sea policial o judicial, es el de la presunción de inocencia, estatuido por el art. 2o., 20—f C.; principio que además determina el sentido de la carga de la prueba, a cargo del acusador o del Estado, y la validez del criterio rector del *In Dubio Pro Reo* (Cfr. Florencio Mixán Mass. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Trujillo. 1983. Págs. 63—64).

III. Este conjunto prolijo de disposiciones constitucionales, en unión con la finalidad de prevención y represión de la delincuencia que le fija a la policía el art. 277 constitucional, obligan al legislador y al juez, tanto en su creación normativa como en su interpretación judicial, de hecho tienden a forzar al poder a desarrollar una actividad que respete sus lineamientos básicos. Todo ello no es sino, en buena cuenta, la materialización de un debido proceso o juicio justo. Al juez corresponde tener en cuenta en la aplicación diaria de las normas procesales penales estas superiores disposiciones constitucionales; debe buscar desarrollar frente a normas legales inferiores una interpretación que concilie los mandatos constitucionales, esto es, debe utilizar alternativamente el derecho asumiendo los valores, principios y directivas constitucionales. La Ley Orgánica del Poder Judicial de España, por ejemplo, es muy ilustrativa; el art. 5,1 dice que "la Constitución es norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según preceptos y principios constitucionales...".

LA ACTIVIDAD POLICIAL

1. Tal como hemos precisado en el punto anterior, el art. 277 de la Constitución fija a las Fuerzas Policiales, entre otras funciones relacionadas con el orden interno la de la prevención y combate de la delincuencia. Para cumplir sus cometidos el artículo 2o. Constitucional le fija una serie de atribuciones concretas dentro de una concepción restrictiva de sus poderes. En efecto; el inc. 20—g autoriza la detención policial ex officio siempre que medie flagrancia de de-

lito y por un término de 24 horas, que se extiende a 15 días en delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, sin perjuicio del término de la distancia tratándose de lugares alejados de la sede de un juzgado y que se encuentra debidamente reglado por el Tribunal Supremo. Los incisos 7 y 8 del mismo artículo permiten pesquisas y decomisos, sujetas las primeras a una autorización judicial y de oficio cuando se trate de delito flagrante o peligro inminente de su perpetración; y, la segunda, cuando se trate de interceptación de correspondencia, únicamente a instancia judicial.

Como formas de limitación de tales potestades la Constitución obliga a que la policía informe inmediatamente al detenido de la causa o razones de su detención, que posibilite la comunicación con su familia y abogado, que sea asesorado técnicamente por éste, que no sea incomunicado sino en la forma y modo de ley, que no se le violente y que no se le obligue a autoincriminarse (art. 2o., incs. h, i, j, k).

El legislador ordinario ha omitido dar mayores precisiones a dichas facultades y se ha limitado a respetar lo consagrado ambiguamente en el actual C.P.P. de 1940. El art. 59 señala que la policía tiene potestad de decomiso y de recopilar pruebas; el art. 60 determina que la actuación policial se plasma en el Atestado, donde se insertarán los datos que hubiese recogido y se anexarán las pericias practicadas; por último, el art. 63 autoriza a la policía a poner a disposición del juez los detenidos y los efectos relativos del delito.

Merece un especial comentario lo relativo a la detención policial y a sus potestades de investigación.

II. Constituye una tradición constitucional peruana la de permitir a la policía una detención irrestricta siempre que medie flagrancia y hasta por un término de 24 horas, más el de la distancia cuando la sede del juzgado esté alejada del lugar de aprehensión del ciudadano.

La Carta de 1933, en su art. 56, extendía la detención por parte de la autoridad encargada de conservar el orden público hasta por 24 horas y mediante flagrante delito. Pero como su redacción no era muy enfática, pues decía que "en todo caso" se debía poner al detenido dentro de las 24 horas a disposición del juzgado correspondiente, tanto el legislador como la Corte Suprema entendieron que procedía la detención por sospechas con el único límite de su término: 24 horas. Así; al dictarse las Leyes Orgánicas de la Guardia Civil, y de la Policía de Investigaciones (DL. No. 18069 y 18070), expedidas durante el decenio militar, se estableció que se podía detener, a parte del mandato judicial y de la flagrancia, como consecuencia del proceso de investigación policial, cuando la naturaleza de la investigación lo haga necesaria. Esta postura fue ratificada por la "Guía para el Personal PIP en las intervenciones policiales", editado por el Comando de esta institución policial en el año

1981, esto es, cuando ya estaba vigente la Constitución que nos rige. (Cfr. Florencio Mixán Mass. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Trujillo. 1983. Pág. 151). La Corte Suprema, por su parte, ha sido conteste en privilegiar el término de 24 horas y no evaluar si la detención se produjo además mediando flagrancia (Ej. Sup. del año 1915, publicada en la Revista Oficial Anales Judiciales de ese año, pág. 71).

La redacción del art. 2, 20-g de la actual Ley Fundamental aún cuando sus términos son parecidos ostenta mayor claridad. Dicha norma contiene dos párrafos; en el primero señala que la detención procede en dos supuestos: a) orden judicial, y b) por la policía en flagrante delito; en el segundo párrafo precisa que en todo caso el término de detención, ya sea cuando la policía lo hace por orden judicial o ex officio mediando flagrancia, es de 24 horas más el de la distancia de ser el caso. Este segundo párrafo agrega una excepción al término aludido tratándose de delitos de Terrorismo, Tráfico Ilícito de Drogas y Espionaje, previstos los dos primeros en leyes especiales: DL. No. 22095, mod. por el D. Leg. No. 122, para T.I.D., y D. Leg. No. 46, mod. por la L. No. 24651, para el delito del Terrorismo, y el último en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar (Ley No. 4868, de 11 de Enero de 1924, y Decreto Ley No. 23214, de 24 de Julio de 1980, respectivamente). Excepción que refleja la constitucionalización de una política penal del orden público de corte autoritaria y que constituye un "grave peligro pues posibilita la comisión de futuras arbitrariedades" (Cfr. Ricardo Váscones Vega. Las medidas coercitivas. Lima. 1980. Pág. 52).

La doctrina constitucional nacional es unánime en este punto: la policía sólo puede detener mediante flagrancia y hasta por 24 horas en delitos no exceptuados. Así se pronuncian Bernalés—Rubio (Perú: Constitución y Sociedad Política. Lima. 1981. Pág. 126) y Borea Odría (El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy. Lima. 1985. Pág. 82). Este último llega a afirmar que "no cabe interpretarse que la policía goza de una especie de autorización permanente para detener por espacio de 24 horas a los ciudadanos de nuestro país o a las personas que en él se hallaren, aún cuando no hubiesen cometido delito" (Ibidem. Pág. 83). José Pareja Paz Soldán, por su parte, sostiene que el entendimiento de la norma constitucional en comento es de la siguiente manera: "nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o de las autoridades policiales, salvo en caso de flagrante delito, en cuyo caso el detenido debe ser puesto dentro de 24 horas a disposición del Juzgado correspondiente". (Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Tomo II. Lima. 1980. Pág. 537); posición que no se condice con el texto de la norma constitucional y no refleja la función limitativa que debe cumplir el precepto constitucional respecto de las facultades policiales.

El concepto de "flagrancia" no está definido en la ley ordinaria. La definición que contenía el art. 50

del Código de Procedimientos en Materia Criminal (Ley No. 4019, de 2 de Enero de 1920) no fue reproducida por el actual Código de Procedimientos Penales de 1940, que en su art. 76 se limita a autorizar la denuncia de cualquiera del pueblo cuando se trata de delitos de comisión inmediata, vocablo que es entendido doctrinaria y jurisprudencialmente como delito flagrante (Cfr. Guillermo Olivera Díaz. *El Proceso Penal Peruano*. Lima. 1984. Pág. 60. Ejecutoria Suprema, publicada en la Revista *Anales Judiciales*. Año 1946. Pág. 253).

La definición de flagrancia que propone el Profesor Gian Domenico Pisapia, es la más ilustrativa y plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. Este concepto cubre dos supuestos: a) descubrirse al autor en el momento que está cometiendo un delito (flagranza); y, b) caso del agente perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquido o el del sorprendido con cosas o trazas que revelan que viene de ejecutarlo (quasi flagranza) (José Hurtado Pozo. *El Ministerio Público*. Lima. 1981. Pág. 243). Por consiguiente, fuera de esos casos, sumamente claros, no puede detenerse policialmente a una persona; caso contrario no sólo torna viable la acción de Habeas Corpus (art. 12, 10 de la Ley No. 23506) sino que también el policía incurre en la comisión del delito de abuso de autoridad (art. 340, 1o. del C.P.).

En cuanto a los delitos exceptuados, no obstante que el segundo párrafo está referido exclusivamente al término de detención policial, el Tribunal de Garantías Constitucionales, en el caso José Antonio Burneo Labrín y otro, por sentencia de fecha 12 de febrero de 1985, interpretó que la excepción incluía la posibilidad del motivo de detención; es decir, pretorianamente estimó, concordando con el profesor Borea Odría (Ibidem. Pág. 84), que tratándose de los tres delitos acotados procede la detención policial por sospechas o para fines de averiguación.

El comportamiento del Poder Judicial ha sido pasivo frente a las potestades de detención de la Policía y a continuado con la tradición de no analizar los motivos de la detención al resolver casos de Habeas Corpus. No conocemos un caso llegado a la Corte Suprema que se pronuncie sobre este punto. Sin embargo, con fecha 1-10-85 el 21o. Juzgado de Instrucción de Lima expidió una resolución que amparó una demanda de Habeas Corpus por una detención que si bien era de escasas horas no se había producido en flagrante delito; resolución que fue confirmada por el Tribunal Correccional con fecha 29-11-85 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" de 7 de febrero de 1986 (Caso Edith Rosario Ramírez Eraso y otra).

No obstante lo expuesto, y pese a la claridad de la norma constitucional, tratándose de delitos no exceptuados, la policía persiste en detener cuando no existe delito flagrante, pese a que inclusive la Ley Orgánica de las Fuerzas Policiales (D. Leg. No. 371 de 4 de Febrero de 1986) en su art. 10,5 precisa que la detención es siempre por delitos flagrantes.

La experiencia diaria nos permite afirmar fundamentalmente que la violación de este precepto es constante: la detención opera como regla y no como excepción y, lamentablemente, el Poder Judicial no ha sabido o podido ponerle freno. Podemos repetir lo dicho por Tuilio Chiossonne para Venezuela: "hay cierto deleite, que en veces raya en sadismo, por la privación de la libertad. Nuestro tradicional gendarme cree que su función específica es detener, porque piensa que con ello ha cumplido con su función previsiva y represiva" (Temas Procesales y Penales. Caracas. 1977. Pág. 11). Esta óptica no es más que la continuación de una actitud, aún no superada, de corte represiva sustentada en lineamientos trasnochados de prevención general que obviamente colida con un criterio preventivo especial que informa a la Constitución.

Empero, la Constitución cede a una orientación de prevención general y a una política excepción del orden público cuando trata de enfrentar la lucha contra los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Terrorismo y Espionaje; ordena una restricción de los derechos de los imputados y amplía la potestad de detención policial sin control judicial efectivo, aunque con la intervención del Ministerio Público (art. 250, 1o. C.) trata de vigilar el trabajo policial que por sus limitaciones de infraestructura y de imaginación no ha podido poner coto a numerosas arbitrariedades a diario denunciadas. Esto explica lo apuntado por el Profesor Váscones Vega y lo anotado por el maestro Mario Alzamora Valdez, en el sentido que la detención hasta por quince días puede conducir a muchos abusos, ya que después de su transcurso —real o simuladamente— puede terminarse con una declaración de inocencia (Derecho y deberes fundamentales de la persona. Lima. 1980. Pág. 37).

III. Otro problema que actualmente, desde hace más de un año enfrenta Lima y desde muchos años atrás lo hacen las zonas de la Sierra Central, es el de los Estados de Excepción. El Estado trata de luchar contra el terrorismo desatado por Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) utilizando a nivel represivo el art. 321 constitucional. El objetivo es invariablemente suspender, entre otros, el derecho constitucional de la libertad personal (art. 2o., 20-g). El Decreto Supremo No. 002-86-IN, de 7 de febrero de 1986, que dio inicio al Estado de Emergencia en la Capital, al fundamentar su declaración se amparó en el incremento de los actos de violencia, por lo que urgía tomar las medidas destinadas a lograr el restablecimiento del orden público.

La policía ha utilizado esta declaración para extender sus facultades a todo tipo de actividad criminal, por lo que las detenciones realizadas no sólo carecen de racionalidad sino que exceden a todo plazo necesario. El Poder Judicial hasta no hace mucho no cuestionó esa conducta al entender que la declaración del Estado de Emergencia amparaba detenciones amplias; sin embargo, poco a poco se abre paso en la judicatura la necesidad de restringir tan amplias facultades.

tades y, haciendo uso del principio de causalidad, empieza a amparar las acciones de habeas corpus interpuestas por detenciones por delitos no exceptuados o que no afecten la estructura y seguridad del Estado.

La necesidad de esta interpretación es múltiple. Las razones de su bondad, son las siguientes:

1o) Cuando se hace mención a "actos de violencia", en concordancia con la naturaleza política de la atribución de declarar el Estado de Emergencia, se entiende todos aquellos comportamientos delictuales que inciden en la Seguridad Pública, la Tranquilidad Pública y contra los Poderes del Estado y la autoridad de la Constitución, debidamente definidos en el Código Penal y Leyes Especiales: específicamente la Ley de Terrorismo (Ley No. 24651, de 19 de marzo de 1987, que reemplazó al D. Leg. No. 46, de 10 de marzo de 1981).

2o) Por consiguiente, están al margen del régimen de excepción los demás delitos, respecto de los cuales permanece inalterable los derechos y garantías constitucionales. El inc. a) del art. 321 de la Constitución sólo faculta la declaración del Estado de Emergencia en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la nación, y los Decretos Supremos dictados a partir del citado anteriormente sólo se han amparado en los "actos de violencia".

3o) Lo expuesto precedentemente obliga a materializar la teoría del control judicial parcial, por la cual la declaración misma del Estado de Emergencia no es justiciable, pero corresponde un examen de razonabilidad sobre una medida concreta adoptada por la autoridad en dos aspectos: a) la relación del Estado de Emergencia y la situación que había originado su declaratoria; y, b) la verificación con los fines perseguidos mediante la norma que declaraba dicho estado (Cfr. Néstor Pedro Sagües. Habeas Corpus. Buenos Aires. 1981. Págs. 132-133).

4o) Debe entenderse por razonabilidad el que conforme al principio republicano y democrático social de gobierno (art. 79 Constitucional) los actos legislativos y de gobierno en general deben ser racionales: los medios deben ser adecuados a los fines propuestos. Tratándose de suspensión de derechos constitucionales el principio es —como anota Rafael Bielsa— que entre la causa generadora del Estado de Emergencia y el ejercicio del derecho que se restringe debe haber una relación de causalidad directa e inmediata (El Recurso de Amparo. Buenos Aires. 1965. Pág. 159). De suerte que cuando la detención no guarda correlación con la declaración del Estado de Emergencia, los jueces pueden y deben amparar al habitante por él afectado, lo que en idioma constitucional se llama control de razonabilidad (Cfr. Fernando de la Rúa. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre Procedimiento de Habeas Corpus. 1973. Buenos Aires. Pág. 174).

5o) Por lo demás, esta doctrina, de amplio arraigo en el Derecho Constitucional, no es ajena al Perú. En el Ante-Proyecto del Reglamento de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, elaborado por una Comisión de Expertos integrada por el grueso de integrantes de los que prepararon el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, se estipula que los jueces tramitarán las acciones de garantía si tratándose de derechos suspendidos, estos no tienen relación directa con la conducta del agraviado (art. 43,b).

Además, es claro señalar que constitucionalmente está prohibido que el Estado utilice para fines represivos comunes los regímenes de excepción.

Los conceptos arriba indicados fueron desarrollados también por el 21o. Juzgado de Instrucción de Lima en dos resoluciones de fecha 20 de Marzo de 1987 y 12 de Junio de dicho año (Casos Marcos García Vásquez y otros y Salvador Monzón Aedo). Esas decisiones fueron apeladas y, hasta el momento, se desconoce lo resuelto por las instancias superiores.

IV. Paralela a la potestad de detención policial se encuentra la de incomunicación de un detenido. Nuestra Constitución permite tan radical medio de coerción personal en el art. 2,20—i, pero le diga dos condiciones: a) que sea indispensable para el esclarecimiento de un delito, que importa un análisis concreto de un caso de investigación determinado, esto es, que la evaluación no está librada al legislador sino a la autoridad competente que realiza la encuesta; y, b) que la ley señale ineludiblemente la forma y tiempo de ejecución de la medida; limitación que guarda concordancia con el art. 2o., 20—b Constitucional que consagra el principio de legalidad cuando corresponda una restricción de la libertad personal.

El Código de Procedimientos Penales, en su art. 133, regula la incomunicación del imputado. Concuerda con la disposición constitucional en cuanto corresponde en los casos que "fuere indispensable para los fines investigatorios"; señala que es una decisión exclusivamente judicial, que puede durar hasta 10 días y que esa medida no impide las conferencias del imputado con su defensor, aunque acota que de ser "inconvenientes" pueden ser denegadas; por último, impone un control al Juez: debe comunicar razonadamente al Tribunal sobre los motivos de dicha medida, de modo que se arbitra dos principios fundamentales del proceso penal: motivación y control o instancia plural.

De la norma ordinaria explicada se colige que la policía ex—oficio no puede incomunicar a un detenido, menos puede hacerlo tratándose de investigados que se encuentran en libertad. Sin embargo, la Ley No. 24700, de 9 de Junio de 1987, circunscrita a la investigación de delitos con propósito terrorista, en su art. 2o. estatuye que la investigación policial puede comprender la incomunicación del detenido; se basa en los mismos supuestos del art. 133 del C.P.P., con

dos diferencias: 1o) que el Fiscal Provincial debe pedir las al Juez Instructor; y, 2o) que no puede prohibirse las visitas del abogado, que serán privadas, es decir, que no cabe la presencia del Fiscal o del Oficial a cargo de la investigación.

La incomunicación es un remanente legislativo que nos ha quedado de las épocas oscurantistas del derecho, cuando la institución se mantenía con el deliberado propósito de presionar a la confesión del detenido. Por consiguiente, urge limitarla aún cuando eliminarla a un futuro cercano. Nuestras leyes y, fundamentalmente, la Constitución permiten una incomunicación parcial del detenido, es decir: decisión judicial, facultativa y limitada a lo absolutamente necesario; aunque desde ya es inconstitucional autorizar al juez a impedir contacto con el abogado defensor por infracción del inc. 9) del art. 233 de la Ley Fundamental y porque ello importaría una forma moral de tortura, proscrita por el art. 234 Constitucional, y un atentado contra la dignidad humana, protegida por el art. 1o. de la Carta Magna. Por todo ello la decisión de incomunicación debe acordarse en casos muy excepcionales, la interpretación de la autorización —por limitar un derecho fundamental— debe ser restrictiva y corresponde al juez controlar que por medio de ella la policía no lesione arbitrariamente los derechos de los detenidos; la ausencia de un control judicial cuando ésta ocurre en sede policial, pese a la intervención del Ministerio Público, hace dudar la constitucionalidad de la norma antes glosada. (Cfr. Hernando Londoño Jiménez. *De la Captura a la Excarcelación*. Bogotá. 1983. Págs. 68—77).

V. En correspondencia con la coerción personal, cuyas características hemos tratado de esclarecer, la policía también tiene poderes de coerción real. La Constitución, como ya hemos apuntado, señala expresamente los registros domiciliarios y los decomisos, aunque mencionando sólo lo relativo a los documentos privados y correspondencia en general. El C.P.P. igualmente reconoce a la Policía la potestad de efectuar pesquisas y decomisos (secuestro), pero no señala sus limitaciones. Recién la Ley Orgánica de las Fuerzas Policiales, como la de cada institución policial, ha mencionado que los registros domiciliarios, de vehículos, naves, aeronaves y objetos, deben realizarse con autorización de autoridad competente. Así lo proveen los arts. 4o. de los D. Legs. No. 372, 373 y 374.

Es claro que la incursión domiciliaria y los registros, con su consecuencia del comiso o secuestro de bienes, en la medida en que no sean documentos privados y cartas, puede realizarse por la policía ex officio, siempre que se esté ante un delito flagrante o peligro inminente de su perpetración. Tratándose de secuestros de documentos y de otros bienes o cosas fuera de los supuestos de flagrancia y peligro inminente de perpetración de un delito, es necesario para la legalidad y validez del acto de coerción la previa orden judicial. Se entiende pues que la autorización reglada

por las leyes orgánicas de la policía debe recabarse fuera de los casos de flagrancia o inminencia de comisión de un ilícito penal, y que no hace falsa cuando se da la situación fáctica antes aludida.

Sin embargo, el legislador no ha diseñado un procedimiento preliminar que posibilite al juez a tales autorizaciones, con el control correspondiente, antes que inicie el sumario. Esta omisión legislativa es muy lamentable; tiende a enervar la acción policial y, de otro lado, no da garantías al investigado que sus derechos fundamentales van a ser respetados. Urge, pues, a este nivel, reglamentar tal posibilidad resguardando un debido proceso legal y una adecuada herramienta democrática en la lucha contra el crimen.

VI. El interrogatorio y la confección del propio Atestado Policial suscitan problemas relevantes por su íntima conexión con los derechos fundamentales y el deber social de combatir la delincuencia. Cabe, por consiguiente, tratar puntualmente estos temas.

Un primer interrogante estriba en determinar si la Policía tiene potestad de interrogar a los sospechosos o denunciados. El art. 60 del C.P.P. implícitamente da una respuesta positiva, así como el art. 4,2 del D. Leg. No. 374, al permitir que la Policía de Investigaciones (PIP) pueda obtener indicios y evidencias. Además, todo nuestro sistema de investigación se sustenta privilegiadamente en la exposición del denunciado.

Empero, ello origina fundadas preocupaciones que han merecido diversas respuestas. En el mundo jurídico es constante la protesta a los excesos que al amparo de esta potestad ejecuta la policía, de ahí pues que en otros ámbitos se insiste en prohibir tal facultad, basada en la práctica imposibilidad de reprimir tales abusos (Cfr. José Cafferata Nores. *El Imputado*. Córdoba. 1982. Págs. 217—218).

Nuestra Constitución, como apunta Hurtado Pozo, carece de una global concepción de política criminal; se cuestiona el Atestado Policial, pero no se planteó reemplazarlo por la investigación a cargo del Ministerio Público o, en todo caso, someterla al real control del Juez. La Constitución consagró su existencia y buscó legitimarlo con la intervención y vigilancia del Ministerio Público (art. 250,5 C.). (Obra Citada. Pág. 44).

El legislador ordinario, a través de la Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. No. 52, de 16 de Marzo de 1981), implementó tal función de la siguiente manera:

1o) El art. 9o. autoriza al Ministerio Público a vigilar e intervenir en la investigación policial. La función de vigilancia está centrada en cumplir las disposiciones para el ejercicio oportuno de la acción penal. La función de intervención en la investigación policial

está focalizada a orientarla en cuanto a las pruebas que deben actuarse.

2o) El art. 10o. obliga a la Policía, detenida que sea una persona, a comunicar tal hecho al Fiscal, quien tendrá la misión de asegurar el derecho de defensa del mismo y los demás derechos en orden a un debido proceso. A su vez el art. 94,1 obliga al Fiscal a nombrar al abogado de oficio respectivo.

Plantear una defensa de los derechos del individuo a nivel de la encuesta preliminar policial, y a partir del actual encuadramiento constitucional, importa necesariamente revisar los dispositivos legales dictados con posterioridad a la vigencia de la Constitución (28 de Julio de 1980). El D. Leg. 126, de 12 de Junio de 1981 y la Ley 24388, de 3 de Diciembre de 1985, continuaron la senda trazada por el D. Ley No. 21895, de 2 de Agosto de 1977. Estos dispositivos han venido ampliando las potestades de la policía, dando fuerza de prueba legal a las actuaciones policiales, restringiendo consecuentemente el poder del Juez Instructor; restricción que logra su coronación con la expedición de la Ley No. 24700, de 9 de junio de 1987, en que tratándose de delitos de terrorismo "las diligencias actuadas por la Policía, con la intervención del Ministerio Público y la defensa, no se repetirán en la instrucción, salvo la declaración ampliatoria del inculpado, cuando el juez la considera conveniente" (art. 4o. in fine).

Otorgar tales poderes a la Policía, más allá de lo efectivo que podría ser en la lucha contra el delito, es alarmante jurídica y moralmente. La judicialidad de los actos de investigación, a cargo obviamente de un Magistrado, está implícita y explícitamente consagrado en la Constitución. El art. 2o., 20-g obliga a la policía a poner al detenido a disposición del Juzgado correspondiente y, por ende, es a la autoridad judicial a quien corresponde decidir su situación jurídica; el poder punitivo del Estado descansa en el Poder Judicial y la Policía es su auxiliar, por lo no se puede invertir valores y hacer del sumario un simple agregado de lo actuado a un nivel que ni siquiera contó con su control, allí existe pues un atentado al principio de exclusividad de la función jurisdiccional prescrito por el art. 233, 1o. de la Constitución.

VII. Frente a la facultad de interrogar al detenido o investigado que tiene la Policía, asiste el derecho a éste de guardar silencio; es la vigencia de la cláusula de autoincriminación estatuida por el art. 2o, 20-k de la Constitución.

Este privilegio, que tiene su fuente en la famosa Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, permite que una persona acusada tiene el derecho de no declarar en un proceso o investigación penal y que no puede inferirse culpabilidad por tal negativa. Por tanto, una persona no está obligada a contestar ninguna pregunta que pueda incriminarla, lo que constituye un derecho del individuo que prima sobre el derecho del Estado de investigar y sancionar.

Es claro que la negativa no puede ser tomada como prueba de culpabilidad, pues existen muchas otras razones por las cuales una persona puede dejar de declarar que la de porque es culpable: condiciones del carácter, vida anterior dudosa, ocultar un hecho luctuoso, proteger a un ser querido, etc. Porque tal negativa puede obedecer a alguna razón distinta de la culpabilidad del imputado y porque es imposible conocer cuál es su verdadera razón en cualquier caso determinado: es injusto inferir que la razón es en efecto la culpa. (Cfr. Alan C. Kohn. *La Libertad Constitucional y el Derecho*. 1967. México. Págs. 63-66).

Ello obliga a sostener lo siguiente:

1o) Que un detenido o cualquier persona sujeta a investigación policial puede negarse, sin explicar los motivos de su conducta, a someterse al interrogatorio policial. No hay apercibimiento legítimo que enerve esa decisión individual.

2o) Ante ello, para cautelar los derechos de toda persona, debe advertirse a los investigados que tienen derecho a guardar silencio, en la misma forma que se le hace si quieren estar asesorados por un abogado defensor. La renuncia a ese derecho debe ser expresa y contar con el aval del Ministerio Público.

3o) La cláusula acotada se proyecta inclusive a las coerciones reales. No se puede pedir a un reo que exhiba determinados documentos u objetos. Es necesaria su anuencia, orden judicial o en los casos de flagrancia, antes reseñados.

4o) El art. 127 del C.P.P. es inconstitucional. Por lo dicho líneas arriba no puede concluirse que el silencio del imputado puede ser tomado como un indicio de culpabilidad. Corresponde al Juez Instructor advertir al imputado que tiene el derecho de invocar tal privilegio.

o 5o) Por eso mismo, también es inatendible lo consignado por el art. 245 del Código acotado, en el sentido de insistir en preguntar al reo si quiere contestar cada pregunta que se le formule. Basta su negativa expresa para dar por concluido el interrogatorio.

VIII. Es muy difícil poner coto a las ilegalidades en la investigación policial de los delitos. La Constitución, a través de una serie de preceptos, busca impedir la autoincriminación forzada, las torturas, las comunicaciones ilegales y la indefensión de los investigados. Sin embargo, el legislador ordinario no ha producido normas que garanticen y desarrollen creativamente su cabal cumplimiento. Aún se tiene la idea que señalando al Ministerio Público como órgano de control y mencionando la posibilidad de la intervención del defensor, que por lo demás ya se contaba con la Ley Orgánica del Poder Judicial (D. Leg. No. 14605, de 25 de Julio de 1963), podía impedirse una investigación policial arbitraria.

Resultan muy interesantes las disposiciones de la actual legislación Colombiana. El C.P.P. fija las siguientes limitaciones a la policía:

1o) Intervención Fiscal en la dirección, control y coordinación de sus actividades.

2o) El Juez puede asumir la investigación inmediatamente.

3o) Intervención de las partes en las diligencias.

4o) Fijación de términos para investigar: 24 horas para detenidos, 8 días cuando no se pudo capturar al sospechoso, y 60 días si se desconoce al autor.

5o) Listado concreto de pruebas que pueden actuarse, necesariamente restringidas en orden al tiempo y a los derechos involucrados.

6o) Cumplimiento de las formalidades señaladas para los actos sumariales en la ejecución de las diligencias policiales.

7o) Intervención del Juez para ordenar repetir diligencias mal actuadas.

8o) Participación de un abogado. Su presencia es necesaria en el reconocimiento en fila de reos, en su declaración, y puede estar presente en las demás diligencias y conocer de todas las practicadas fuera de su presencia. (Cfr. Gilberto Martínez Rave. Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá. 1984. Págs. 161—164).

Esos dispositivos podrían implementarse en el país, dependiendo su éxito no sólo de la sapiencia y coraje de los jueces y fiscales, sino fundamentalmente de la infraestructura con que se dote al Ministerio Público y al Poder Judicial.

Hay todo un signo trágico en la investigación policial en el país; ella descansa en la cooperación, más o menos coactiva, del interrogado extrajudicialmente. Existe, como dice el Profesor José Gómez Benites al referirse al modelo italiano en la lucha contra el terrorismo, una inversión del sentido del interrogatorio del detenido: de su consideración como medio de defensa se ha convertido en uno de inquisición (Crítica de la Política Penal del Orden Público. Cuadernos de Política Criminal No. 16. Madrid. 1982. Pág. 72).

Es esencial criticar firmemente tal concepción autoritaria con base a los arts. constitucionales 2,20—k, 233,12 y 234,1 pf, y enfatizar que el reo no es medio de investigación, que su exposición es un medio de defensa y que admitir lo contrario sería aceptar la tortura, proscrita inclusive internacionalmente. Además debe señalarse, siguiendo a Giuseppe Bettiol, que el origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del derecho, y que éste es un instrumento de los valores éticos sobre los que el derecho reposa (Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Barcelona. 1977.

Págs. 181—182). Esta posición descansa en la consideración básica de la dignidad de la persona humana y que ésta, como reza el art. 1o. de la Constitución, es el fin supremo de la sociedad y del Estado; sustento de toda sociedad democrática en que la libertad es el fundamento de la organización política del Estado y expresión de la soberanía del pueblo en cuanto reconoce la inviolabilidad de los derechos individuales (Cfr. Tomás Vives Antón. Reforma Política y Derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal No. 1. Madrid. 1977. Pág. 74).

Lograr que en la investigación policial no se violenten los derechos fundamentales requiere no sólo una conducta activa y vigilante de parte del foro, Ministerio Público y Poder Judicial, sino también de reconocer lo siguiente:

1o) Que la Policía es parte sustancial de un Estado y no se puede prescindir de ella, y que "sin la Policía Judicial la administración de justicia penal sería imposible" (Eduardo Gutiérrez de Cabiedes. Derecho Procesal Penal. Madrid. 1982. Pág. 167).

2o) Que la Policía, antes que combatir al delito, tiene una función de guardián del Estado, de mantenimiento del orden interno, de ahí su organización militarizada y burocrática.

3o) Que, no obstante ello, es posible —dentro de un esquema democrático— redefinir constante y críticamente la noción de orden público y postular una policía profesional que haga conciencia del respeto a los principios constitucionales, articulando además controles civiles y jurisdiccionales a su actividad (Cfr. Juan Bustos Ramírez. Obra Citada. Pág. 68—72). y

4o) Que el peligro de abuso que entraña el ejercicio de las funciones policiales, así como la repercusión directa en la calidad de vida de los individuos y de la sociedad en su conjunto, obliga a la ejecución de muchas medidas, entre las que debe destacarse la elaboración de un Código de Conducta, cuya línea matriz consiste en concebir al policía como persona, que actúe a la luz de los dictados de la deontología, y como profesional, que actúe en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, y que los pivotes de un desempeño son el respeto y la protección de la dignidad humana, así como el mantenimiento y defensa de los derechos de todas las personas. Guía adecuada para su elaboración es la Resolución 169/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 17 de Diciembre de 1979: "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", así como la Resolución 690 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de 8 de Mayo de 1979: "Declaración sobre la Policía" (Cfr. Antonio Beristain. El Delincuente en la Democracia. Buenos Aires. 1985. Págs. 157—168).

Los poderes de coerción están, pues, limitados en la Ley Fundamental. La actuación policial debe estar controlada no sólo por el propio investigado, a través

de su abogado, sino también por el Ministerio Público y el Poder Judicial. Además, la utilización de tan graves poderes es discrecional y forzosamente restringida. En cuanto a la detención es menester apuntar que es facultativa y no obligatoria cuando se da el supuesto de flagrancia y que, siendo así, el límite en tal caso es el fijado por el art. 79 del Código de Procedimientos Penales, mod. por la Ley No. 24388, que enumera los delitos en los que corresponde detención. Otro punto fundante en esta concepción restrictiva se sustenta a partir del art. 2,20-f de la Constitución que instaura la presunción de inocencia, por la cual la detención y demás medidas de coerción personales sólo pueden tener como objeto asegurar o hacer posibles los fines del proceso: averiguar la verdad y actuar la ley penal, y ser aplicadas en la medida de la más estricta necesidad; se detiene a una persona en cuanto se considera que aquella entorpecerá el descubrimiento de la verdad histórica y/o no se someterá al proceso para la ulterior aplicación de la ley penal (Cfr. Ju-

lio B.J. Maier. Coerción Personal del Imputado. Buenos Aires. 1980. Págs. 24-25).

Finalmente, es de advertirse, por todo ello, que la atribución policial es una facultad jurídicamente condicionada; o se ejerce como la ley lo dispone o no podrá ejercerse válidamente (Cfr. José Cafferata Norez. Obra Citada. Pág. 216). Y que la lucha contra el crimen obliga a una asunción vital de lo que se entiende por "garantismo": esto no significa desequilibrio entre los derechos individuales y exigencias sociales, con ventaja para los primeros, sino inviolabilidad de algunos derechos de la persona, predeterminación y taxatividad de los límites a estos derechos, jurisdiccionalización de las intervenciones del Estado que puedan traducirse en lesiones de los derechos mismos (Cfr. Gianvittorio Pisapia. Terrorismo y Orden Público: el caso italiano. Doctrina Penal No. 5-8. Buenos Aires. 1979. Pág. 939).

