

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

**Validez constitucional de la ley 30558, que incorpora el supuesto excepcional de detención flagrante para casos de delitos cometidos por organizaciones criminales**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

**AUTOR**

Erick Eloy de la Cruz Marticorena

**ASESOR:**

Pedro Paulino Grandez Castro

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20183624

**AÑO 2020**

# **VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA LEY 30558, QUE INCORPORA EL SUPUESTO EXCEPCIONAL DE DETENCIÓN FLAGRANTE PARA CASOS DE DELITOS COMETIDOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES**

## **RESUMEN**

La ampliación del plazo de detención introducida en nuestro ordenamiento mediante Ley 30558 que modifica la Constitución Política del Perú, se opone a la tradición constitucional peruana, que uniformemente ha mantenido el plazo de 24 horas para la detención policial por flagrante delito; es a partir de la Constitución de 1979 que se fijó un plazo excepcional de 15 días únicamente para tres delitos -tráfico de drogas, terrorismo y espionaje-. La acotada modificatoria adiciona otro supuesto excepcional para la detención policial hasta 15 días: *delitos cometidos por organizaciones criminales* terminología que abarca una pluralidad de delitos, aproximadamente 84 delitos. La norma materia de estudio es producto de la tensión existente ente la libertad y la seguridad, dialéctica que aqueja a nuestra sociedad. La seguridad viene ganando hegemonía producto del sentimiento de miedo que padecemos frente a fenómenos delictivos como el crimen organizado, este contexto empuja al legislador, con base en el populismo penal, a adoptar medidas procesales que restringen los derechos constitucionales. El problema frente al cual nos encontramos es determinar la validez constitucional de la Ley 30558. Para abordar dicha problemática se desarrolla el presente trabajo desde un enfoque procesal constitucional, sosteniendo la inconstitucionalidad de la acotada Ley que, lejos de ser una medida eficaz para luchar contra el crimen organizado, representa una amenaza inminente contra el derecho fundamental a la libertad personal. Un aspecto central de análisis es desarrollar los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para concluir finalmente en la invalidez constitucional de la norma. La presente investigación se justificada teóricamente dada la necesidad de contribuir en el desarrollo doctrinario del derecho penal constitucional.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
CAPITULO I. LA DETENCIÓN POLICIAL COMO RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL.....	10
1. La detención policial flagrante en la historia constitucional peruana.....	10
2. La medida de coerción personal, detención policial, como restricción del derecho fundamental a la libertad.....	14
CAPITULO II. MEDIDAS DE SEGURIDAD ADOPTADAS EN UNA SOCIEDAD DEL MIEDO.....	17
1. La sociedad del miedo, el populismo penal.....	17
2. La finalidad de la Ley 30558.....	18
CAPITULO III. LA LEY 30558 COMO GARANTÍA DE LA PAZ PÚBLICA Y LA SEGURIDAD CIUDADANA.....	21
1. ¿Existe coherencia entre la Ley 30558 y los fines constitucionales? .....	21
1. ¿El supuesto excepcional de detención flagrante hasta por 15 días para delitos cometidos por organizaciones criminales favorece a la paz pública y la seguridad ciudadana?.....	23
2. ¿Existen otros medios calificados que restrinjan en menor medida el derecho a la libertad personal?.....	27
3. La mayor restricción de la libertad personal no satisface los bienes constitucionales, paz pública y seguridad ciudadana. ....	29
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFIA.....	34

## 1. INTRODUCCIÓN

Franz Kafka en sus últimos años de vida, escribió uno de sus cuentos fantásticos “La Construcción”, con la cual nos dejó una profunda reflexión sobre la dialéctica entre la seguridad y libertad, incertidumbre que agobia al hombre a lo largo de su existencia, el personaje principal del cuento es un animal indeterminado, que, atemorizado por los riesgos que implica la vida en la superficie, decide renunciar a dicha libertad y opta por cavar una madriguera, buscando seguridad. En su guarida inicialmente se siente seguro, pero a medida que avanza con la construcción, esta excavación se va tornando cada vez más compleja e irreconocible por el mismo, llega incluso a perderse en determinados momentos; esta situación lo lleva de vuelta a la sensación de inseguridad.

La incertidumbre que padecía el animal, que Kafka nos relata, parece ser la misma que padece la sociedad actual, denominada por Ulrich Beck como sociedad del riesgo, en la que el miedo como sentimiento que acompaña nuestras vidas, se erige en el principal dictador y fundamento para la adopción de acciones por parte del Estado (2008: 130-135). El dictado de normas pasa a ser la principal medida adoptada para garantizar la paz pública y la seguridad ciudadana.

En el presente caso, la norma dictada por el legislador va en contra de la tradición constitucional, que ha sido casi uniforme en mantener el plazo de 24 horas para la detención policial en flagrante delito, y desde la constitución de 1979 se fijó un plazo de detención de 15 días, como supuesto excepcional para tres delitos graves. Sin embargo, la ley 30558 -norma que modifica la constitución- adiciona otro supuesto excepcional “delitos cometidos por organizaciones criminales” lo que en realidad viene a englobar a varios delitos graves.

Para entender la génesis de la Ley 30558, debemos remitirnos a la incidencia delictiva en nuestra sociedad. Esta incidencia delictiva que aqueja a nuestra sociedad no proviene solo de la delincuencia común, sino, en mayor medida del crimen

organizado (Prado Saldarriaga. 2006:95-98). El crimen organizado no es una ficción, tampoco una etiqueta creada por la prensa sensacionalista, ni mucho menos producto de una imaginación cinéfila. Se trata de una forma delictiva compleja<sup>1</sup>, jerarquizada, mutable, distinta a la tradicional forma de delinquir. (De la Corte Ibáñez y Giménez - Salinas, 2016:223).

No cabe duda -así se señala en la exposición de motivos- que la modificación constitucional fue impulsada con la intención de mejorar el estado de la seguridad ciudadana en nuestra sociedad<sup>2</sup>. Así también, con la modificatoria constitucional se tiene la intención de dotar de herramientas a la Policía Nacional para enfrentar eficazmente al crimen organizado, fenómeno delictivo, que vulnera derechos fundamentales, afecta las bases de la democracia, la gobernabilidad, desacredita a las instituciones públicas, e incrementa en gran medida la percepción de inseguridad ciudadana.

El estado de la cuestión actual, refleja que existe una tensión entre la demanda de seguridad y la aspiración de libertad. Supuesto que recogemos siguiendo las ideas de Zygmunt Bauman, para quien, los valores de libertad y seguridad son antagónicos (1992: 32-35), de tal forma que cuando se privilegie al límite máximo la libertad, estaremos en un supuesto de anarquía y caso contrario de privilegiarse al límite máximo la seguridad estaremos en estado de esclavitud. De ahí la aspiración social debe sopesar adecuadamente dichos valores; procurando incluso que se tornen indisolubles e interdependientes. En esa línea de ideas Zúñiga Rodríguez señala que

---

<sup>1</sup> La Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en el Expediente N° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01, mediante Resolución N°37, Condena como coautor del delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de promoción o favorecimiento, y en su modalidad agravada al haber sido cometido el hecho por tres o más personas, a GERSON ADAIR GÁLVEZ CALLE "Caracol", a 35 años de pena privativa. Es cierto que dicho sujeto fue absuelto de la imputación de pertenecer a una organización criminal por falta de pruebas, sin embargo, mal haríamos al condicionar la existencia de una organización criminal, a la existencia de una sentencia condenatoria por organización criminal. Se puede inferir que, al realizar envíos de droga al extranjero, notoriamente se trata de una organización criminal internacional mucho más compleja, con ramificaciones en el Perú.

<sup>2</sup> El INEI, ha publicado el Boletín Estadístico de Seguridad Ciudadana (mayo 2019), En el que se aprecia que la tasa de victimización (víctimas de algún delito) representa el 26.0% de la población; sin embargo, la percepción (población que cree que será víctima de algún delito) oscila en el 86.1% de la población.pag.01

libertad y seguridad personal son dos conceptos sociopolíticos indisolubles, interdependientes que se potencializan en realidad (1993:127).

La seguridad personal adquiere una naturaleza garantista fundamental cuando se trata de la libertad personal del ciudadano, respecto de la posibilidad de una detención. Entonces el derecho fundamental a la libertad personal se presenta como la garantía de todas las libertades, por ser la primera y originaria forma de asegurar los derechos de la persona frente al Estado.

En las siguientes líneas, desde un enfoque procesal constitucional, sustentaremos la inconstitucionalidad de la Ley 30558 en el extremo<sup>3</sup> que adiciona el supuesto excepcional de detención policial flagrante hasta 15 días para casos de “delitos cometidos por organizaciones criminales”. Lejos de ser una medida eficaz para luchar contra el crimen organizado, representa una amenaza inminente contra el derecho fundamental a la libertad. En lo que sigue, el primer capítulo desarrolla la detención policial en flagrante delito, la tradición garantista seguida por nuestra *norma normarum*; en el segundo capítulo se analiza la Ley 30558 como medida de seguridad en el contexto de una sociedad del miedo; un tercer capítulo que se centra en analizar la validez constitucional de la Ley 30558, en la que se evalúa la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la modificación constitucional.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La policía nacional está facultada para ejecutar la medida de coerción personal de detención personal, en casos de delito flagrante y por mandamiento judicial debidamente motivado. La Constitución Política otorga esta facultad<sup>4</sup> a la autoridad policial en el marco del reconocimiento del derecho de toda persona a la libertad y

---

<sup>3</sup> La Ley también amplía el plazo de detención policial en caso de delito flagrante de 24 a 48 horas, sin embargo, a criterio del autor esta modificatoria resulta justificada. *Contrario sensu*, adicionarle un supuesto excepcional para detener por 15 días si resulta cuestionable.

<sup>4</sup> En el literal f) del numeral 24, del artículo 2 constitucional se lee: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”.

seguridad personales. Esta medida de coerción personal es empleada para detener a la persona que ha cometido un delito, a efectos de que no se sustraiga de un eventual proceso penal.

La detención policial en flagrante delito es una medida de coerción personal realizada en función de incoación, orientada a garantizar la futura aplicación del *ius punendi*, y de modo inmediato, a proporcionar a la autoridad policial y consecuentemente al fiscal, la primera apreciación fáctica respecto del hecho punible y de la posible participación del investigado en el delito; y obviamente busca garantizar la presencia del detenido en las diligencias de la investigación preliminar (Villegas, 2015:447).

Esta medida de coerción personal viene siendo empleada por la policía nacional como una herramienta para la lucha contra la delincuencia común, como se puede apreciar en la exposición de motivos de la Ley 30558<sup>5</sup>, que sustenta la modificatoria constitucional, donde se recoge información de la Dirección de Estadística de la Policía Nacional. Se puede apreciar que en el período 2011 – 2015, se han producido (452,874) detenciones, siendo los delitos con mayor cantidad de detenidos, en orden de prelación, los siguientes:

- Conducción en estado de ebriedad (112,858),
- Robo (73,479),
- Hurto (59,749),
- Lesiones (22647),
- Sexto lugar, el delito de violación de la libertad sexual (12,992).

Sin embargo, la información empírica refleja que mayoritariamente la flagrancia delictiva es empleada frente a delitos comunes, como es la conducción en estado de ebriedad, se comprende también al robo que como delito violento es cometido principalmente por bandas criminales, más no por organizaciones criminales.

---

<sup>5</sup> Proyecto de Ley 451/2016.PE, pagina 09 de la exposición de motivos.

La modificatoria constitucional -Ley 30558- que amplía el plazo de detención por un término no mayor a 15 días *-para los delitos cometidos por organizaciones criminales-*, al realizar una descripción genérica *-delitos cometidos-* no hace otra cosa que ampliar el catálogo de delitos por los cuales se pueden detener a una persona, a 82 delitos; además de los tradicionalmente conocidos como delitos graves (tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje). La norma nos permite inferir que en el supuesto de que tres ciudadanos comprendidos en una situación de flagrancia delictiva por cualquiera de estos 82 delitos descritos en la Ley especial<sup>6</sup>, y se les atribuya la pertenencia a una organización criminal pueden ser detenidos hasta 15 días.

El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la carta fundamental, con anterioridad a la dación de la ley materia de estudio, ha fijado jurisprudencia que

---

<sup>6</sup> La Ley 30077 (20/07/2013) fija los criterios para determinar la existencia de una organización criminal, en su artículo 3º señala cuales son los delitos comprendidos:

- Homicidio calificado, sicariato y la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato, 108, 108-C, 108-D del Código Penal.
- Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
- Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
- Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
- Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
- Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
- Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
- Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
- Delitos informáticos previstos en la ley penal.
- Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
- Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás: 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
- Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
- Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en el Código Penal.
- Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
- Delitos ambientales, en las modalidades delictivas: 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E , 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
- Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
- Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
- Delitos contra la administración pública: 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.
- Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
- Lavado de activos, artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106.
- En los artículos 153-B, 153-D, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 179, 180, 181 y 181-A del Código Penal.



permite analizar la constitucionalidad de una norma. El caso Calle de las Pizzas<sup>7</sup> estableció que la idoneidad debe ser evaluada con relación al derecho que se pretende proteger, en dicho caso, recordemos que se determinó que las restricciones establecidas en la ordenanza -restricción de horarios- son medidas inadecuadas para la protección de los derechos de las personas -trabajadores y concurrentes-, no es una medida idónea para alcanzar los objetivos propuestos por la Municipalidad. En esa misma línea, el Tribunal Constitucional<sup>8</sup> se pronuncia sosteniendo que estamos frente a medidas absolutamente innecesarias, cuando se prohíbe -en abstracto- toda reunión en el Centro Histórico de Lima a pesar de ser un medio idóneo para proteger el patrimonio cultural, puesto que se debe evaluar si existen otras medidas restrictivas satisfactorias que dejen a la medida prohibitiva como *ultima ratio*. Estas jurisprudencias constituyen referentes para determinar si la norma -ampliación del tiempo de la medida de coerción- es adecuada para luchar eficazmente contra el crimen organizado y garantizar la paz y tranquilidad pública.

Un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que nos será sumamente ilustrativo es el caso de la orden judicial para la extracción forzosa de la muestra de ADN del imputado renuente a practicarse el examen, de conformidad al artículo 211° del Código Procesal Penal<sup>9</sup>. En este caso se determinó que la medida de intervención corporal (examen de ADN) tiene por finalidad averiguar la identidad del autor del presunto delito de violación sexual, por tanto, resulta idónea porque su finalidad es no dejar impune la comisión de un delito. A pesar de constituir una intromisión grave en los derechos fundamentales del investigado, el examen arrojará resultados relevantes para la investigación, siendo necesario ya que los resultados no pueden ser obtenidos por otros mecanismos. Finalmente se determinó que el fin último del examen es el interés público en la investigación del delito, y que este es equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad del imputado, por tanto, la medida superó el test de proporcionalidad.

---

<sup>7</sup> Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, recaída en el expediente 007-2006-AI/TC, fundamento 58.

<sup>8</sup> Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, recaída en el expediente 4677-2004-AA/TC, fundamento 27.

<sup>9</sup> Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, recaída en el expediente 0815-2007-PHC/TC, fundamentos 10-12.

La modificatoria constitucional implica una restricción aún mayor sobre el derecho a la libertad. En ese estado, nos encontramos frente a la relativización de un derecho fundamental, de suma importancia, reconocido por la constitución en su artículo 2° numeral 24. El estado de la cuestión actual, motiva el desarrollo de la presente investigación, en la que se evalúa la validez constitucional de la Ley 30558, desde la aplicación del test de proporcionalidad, para lo cual resulta imprescindible analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>10</sup>. Se orienta el desarrollo de la presente investigación en base a la siguiente interrogante ¿La Ley 30558, que modifica la Constitución para adicionar un supuesto excepcional de detención hasta 15 días para delitos flagrantes cometidos por organizaciones criminales, es constitucionalmente válida? Asimismo, las preguntas secundarias son ¿Los fines perseguidos por la Ley 30558 son constitucionales? ¿Existen otros medios alternativos igualmente idóneos a la Ley 30558?

## **CAPITULO I. LA MEDIDA DE COERCIÓN PERSONAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL**

### **1. La detención policial flagrante en la tradición constitucional peruana**

Analizar la tradición constitucional respecto al plazo de detención policial en flagrante delito resulta importante, toda vez que nos permite entender la concepción a lo largo de la historia constitucional, sobre el valor que se le otorgaba al derecho a la libertad personal; como contraposición al interés social de seguridad y persecución del delito. En ese sentido, el análisis de los textos constitucionales nos ha permitido catalogarlos en base al plazo de detención:

Constitución Política del Perú	Plazo de duración de la detención	Texto constitucional
1823 (12-11-1823)	24 horas	Artículo 81°.4 que señalaba que: “No puede privar de la libertad personal a ningún peruano;

<sup>10</sup> Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, recaída en el expediente 0012-2006-PI/TC, fundamento 31.

		y en caso de que fundadamente exija la seguridad pública el arresto o detención de alguna persona, podrá ordenar lo oportuno, con la indispensable condición de que dentro de veinticuatro horas pondrá al detenido a disposición de su respectivo juez".
1826 (9-12-1826)	No se estableció plazo.	En el artículo 117° establecía que: "Ningún peruano puede ser preso sin prudente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado (...)".
1828 (20-04-1828)	48 horas	En el artículo 127° establecía que: "(...) pero infraganti puede un criminal ser arrestado por cualquier persona, y conducido ante el juez (...) por ningún caso puede diferirse más de cuarenta y ocho horas".
1834 (10-06-1834)	48 horas	Artículo 86° inciso 5 establecía al regular las restricciones del Poder Ejecutivo que: "No puede privar de la libertad personal, y en caso de que así lo exija la seguridad pública, podrá librar orden de arresto, debiendo poner dentro de cuarenta y ocho horas al detenido a disposición del juez respectivo."
1839 (10-11-1839)	No se estableció plazo.	Artículo 18°, estableció que "Los Diputados y Senadores, no pueden ser acusados o presos desde el día de su elección, (...) a no ser en caso de delito infraganti en el que será puesto inmediatamente a disposición de su Cámara respectiva, o del Consejo de Estado".
1856 (13-10-1856)	24 horas	Artículo 18° "Nadie podrá ser arrestado sin mandato escrito de Juez competente o de la autoridad encargada del orden público, excepto por delito in flagrante; debiendo en todo caso ser puesto a disposición del juzgado que corresponde dentro de veinticuatro horas"
1860 (10-11--1860)	24 horas	Artículo 183° que: "Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente, (...), excepto in fraganti delito; debiendo, en todo caso, ser puesto el arrestado, dentro de veinticuatro horas, (...)"
1867 (29-08-2067)	24 horas	Artículo 179°, estableció que: "Nadie puede ser detenido sin mandato escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito; debiendo en todo caso ser puesto el detenido, dentro de veinte y cuatro horas, a disposición del juzgado que corresponde".
1920 (18-01-1920)	24 horas	Artículo 24° establecía que: "Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de

		conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de 24 horas, a disposición del Juzgado que corresponda (...).”
1933 (29-03-1933)	24 horas	Artículo 56º, señalaba que: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito, debiendo en todo caso ser puesto el detenido, dentro de veinticuatro horas, o en el término de la distancia a disposición del Juzgado que corresponda, el que ordenará la libertad o librará mandamiento de prisión en el término que señale la ley”.
1979 (12-07-1979)	24 horas 15 días en caso: Terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas.	Artículo 2º, numeral 20, literal (g) establecía que: “(...). En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, (...). Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales.”
1993 (30-12-1993)	24 horas 15 días en caso: • Terrorismo, • Espionaje, • Tráfico ilícito de drogas.	Artículo 2º, numeral 24, literal f. “(...). El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. (...).”
1993 (30-12-1993)  Modificatoria introducida por Ley 30558 (09-05-2017)	48 horas 15 días en caso: • Terrorismo, • Espionaje, • Tráfico ilícito de drogas. • Delitos cometidos por organizaciones criminales.	Artículo 2º, numeral 24, literal f. “(...). El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. (...).”

El plazo de detención de hasta 48 horas ha sido recogido anteriormente solo en dos constituciones, la de 1828 y 1834. Lo que nos refleja que ha existido una tradición constitucional de mantener el plazo de detención de hasta 24 horas, a lo largo de los diferentes contextos sociales y políticos que atravesó nuestra sociedad. Esto nos permite sostener que el Estado ha buscado interferir mínimamente en el derecho a la libertad personal.

Por su parte, el plazo excepcional de detención policial flagrante, en caso de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, se incorpora en nuestro ordenamiento con la Constitución de 1979. Dicho precepto normativo excepcional se mantuvo, inicialmente, con la Constitución vigente; sin embargo, con la modificatoria constitucional materia de análisis, la excepción ha sido ampliada, incorporándose adicionalmente a 82 delitos comprendidos en el artículo 3 de la Ley 30077, delitos que pueden ser cometidos por organizaciones criminales.

La conceptualización de organización criminal resulta desde ya problemática. El concepto no es uniforme en la doctrina, por ello para una aproximación más certera es preciso conceptualizarlo desde la jurisprudencia, como una agrupación que une sus esfuerzos para lograr un fin programático común delictivo<sup>11</sup>. El plano normativo<sup>12</sup> nos ofrece un concepto más detallado, cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves.

---

<sup>11</sup> La Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en el Expediente N° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01, ha establecido que se deben constatar dos elementos, modal y estructural, que confluyen principalmente para caracterizar a una organización criminal, distinguiéndola de los actos comunes de codelincuencia.

<sup>12</sup> Artículo 2 ° de la Ley 30077. Es organización criminal, cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3º de la Ley 30077.

## 2. La detención policial como restricción del derecho fundamental a la libertad

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no había sido clara en dotar de contenido al concepto de libertad, muchas veces había hecho referencia a un concepto estricto de libertad personal pero usando el nombre de libertad individual -tal como lo establece el Código Procesal Constitucional<sup>13</sup>- Otras veces se ha recogido el concepto amplio de libertad, entendiéndose como libertad individual. Esta delimitación conceptual es sumamente importante a efectos de poder determinar cuál es el derecho que se afecta con la detención policial en flagrante delito, la libertad personal o la libertad individual.

Con la sentencia recaída en el caso Ollanta Moises Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón<sup>14</sup> se nos ha clarificado el panorama, al establecerse que el derecho a la libertad personal forma parte del derecho a la libertad individual -de contenido más amplio-. Asimismo, que el derecho a la libertad personal posee un doble carácter. Subjetivo, en el entendido que ninguna persona puede sufrir limitaciones o restricciones a su libertad física y ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Objetivo, porque constituye un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales; asimismo, es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho.

El ejercicio de este derecho fundamental a la libertad personal, puede ser sujeto a restricciones por medidas destinadas a garantizar la aplicación del *ius punendi*. Las medidas de coerción personal tienden a asegurar la presencia del inculcado en el proceso y evitar que de alguna manera obstaculice o frustre las diligencias llevadas a cabo para arribar a los elementos de convicción suficientes, sostiene Peláez Bardales que dicha medida tiene por finalidad garantizar aquello que se resuelva en el proceso a través de la sentencia final (2012:272).

---

<sup>13</sup> El artículo 25 señala que el habeas corpus procede ante la amenaza o vulneración de los derechos que conforman la libertad individual.

<sup>14</sup> Sentencia recaída en los expedientes acumulados: Nro.04780-2017-PHC/TC y Nro.000502-2018-PHC/TC

Efectivamente, el objeto de la medida de coerción es asegurar la presencia del imputado en la investigación, procurar el desarrollo del proceso con todas las fuentes de prueba relevantes, garantizar la efectividad de la sentencia y evitar que el imputado afecte bienes jurídicos de la víctima o cometer otros delitos. Como se puede apreciar, la finalidad de la detención policial no es punitiva, ni mucho menos anticipo del posible castigo. Sin embargo, en la medida que consiste en una efectiva privación de la libertad, producen efectos extintivos de la pena que posteriormente se pudiera imponer<sup>15</sup>, el plazo de detención se computa desde el primer momento en que el procesado es intervenido policialmente, vale decir, a partir de la fecha en que fue privado materialmente de su libertad.

Para Rodríguez Ramos la detención es una medida de carácter cautelar personal que supone la privación de la libertad ambulatoria por un determinado período, que implica impedir a una persona abandonar un lugar, o conducirla contra su voluntad a otro (1987:27). En sentido amplio, se considera como detención cualquier situación en que se impida u obstaculice a una persona para auto determinarse, por su propia voluntad, a realizar una conducta ilícita, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad<sup>16</sup>. La detención para Ramos Méndez es una medida cautelar personal y provisionalísima, sometida a los principios de legalidad y de proporcionalidad (1988:280). Por la directa vinculación con las previsiones constitucionales que buscan garantizar el derecho a la libertad y el derecho a la presunción de inocencia, la adopción de la medida cautelar es siempre excepcional.

La detención en flagrante delito ha sido reservada exclusivamente para la Policía Nacional. La policía constituye el órgano inmediato de aplicación del control penal y uno de los más importantes del control en general (Zúñiga Rodríguez.1993:140), de ahí que su actuación deba estar siempre vinculada al respeto irrestricto de los derechos fundamentales. La ampliación del plazo de la detención en casos de delitos cometidos

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N°00915-2009-PHC/TC sentencia del 24 de junio del 2009 - Caso Córdova Aguirre y Expediente N° 03631-2009-PHC/TC sentencia del 24 de noviembre del 2009, Caso Guillermo Villar Egúsqiza.

<sup>16</sup> Sentencia 98/1986 fundamento jurídico 4, de 10 de junio 1986, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español.

por organizaciones criminales, implica que el personal policial ponga en práctica esta facultad constitucional, siguiendo sus propios criterios interpretativos.

En ese sentido, con acierto Zúñiga Rodríguez, sostiene que en los países europeos se viene destacando los controles judiciales y legales al ejecutivo, para una vigencia real de la libertad personal (1993:138), En la misma línea de ideas Barbero Santos nos dice que en un Estado democrático se debe instrumentar los mecanismos necesarios para un equilibrio armonioso entre el ejercicio de poderes indispensables para el cumplimiento de las políticas y los derechos del ciudadano (1986:20-21).

Podemos advertir que lo expuesto por la profesora Zúñiga Rodríguez y Barbero Santos es planteado desde un plano ideal, que debe ser seguido por los Estados, y que la plena vigencia de la libertad personal se verá materializada cuando se consolide un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Sin embargo, existen circunstancias que empujan a la adopción de medidas restrictivas de la libertad personal. En nuestra sociedad peruana actual viene a ser la percepción de inseguridad<sup>17</sup> que muchas veces no se condice con la situación real de la incidencia delictiva<sup>18</sup>. Esta situación motiva a las autoridades a adoptar medidas paliativas, muchas veces, con resultado negativo para la plena vigencia de los derechos. Es decir, no solo se pierde el norte en lo concerniente a garantizar la plena vigencia de la libertad personal, además, con las medidas adoptadas se restringen aún más. En el capítulo que sigue analizaremos esa aparente dicotomía existente entre la libertad y seguridad, que motivaron la dación de la Ley 30558.

---

<sup>17</sup> Diario la República, publicación de fecha 08 de abril de 2018, cuyo titular reza “El Perú es el segundo país con las cifras más alta de inseguridad: solo Venezuela le gana”.

<sup>18</sup> Informe Técnico N°3-mayo 2018. Estadísticas de Seguridad Ciudadana (noviembre 2017-abril 2018). INEI. Pag.59. Consultado el 10 de octubre de 2019 ([https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/03-informe-tecnico-n03\\_estadisticas-seguridad-ciudadana\\_nov17\\_ab18.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/03-informe-tecnico-n03_estadisticas-seguridad-ciudadana_nov17_ab18.pdf)). Se puede apreciar que la tasa de victimización nacional urbano, en el período en mención ha disminuido de 23.3% a 25.5%.



## **CAPITULO II. MEDIDAS DE SEGURIDAD ADOPTADAS EN UNA SOCIEDAD DEL MIEDO**

### **1. La sociedad del miedo, el populismo penal**

La criminología del otro, como sostiene Hallsworth recogiendo así a la denominación otorgada por Garland (2006:62), es un tipo de criminología que es impulsada por políticos y los medios masivos de comunicación populista. Donde el delincuente es presentado como extraño, como miembro peligroso de grupos radicales o sociales distintos que tienen poca relación con nosotros.

Con acierto Slavoj Žižek denomina a la política actual como *biopolítica postpolítica* centrada en la gestión y regulación de la seguridad y bienestar de la vida humana por parte de expertos (2017:45), una política donde se ha renunciado a las grandes causas y pasiones ideológicas, donde la única forma de lograr que la ciudadanía se apasione es haciendo uso del miedo o la victimización. Los políticos buscan recurrir al miedo como principio movilizador, miedo al crimen, a los inmigrantes, a la depravación sexual, al exceso estatal, al desastre ecológico, etc.

Por su parte Eugenio Zaffaroni denomina a este fenómeno como criminología mediática, la cual no selecciona a los responsables sin ningún sentido, sino que lo hace obedeciendo a los reclamos públicos, que se exteriorizan a través de la política mediática, los comunicadores, los formadores de opinión, los interpretes de las noticias (2017:170). No cabe duda de que esta práctica, constituye un debilitamiento del Estado de Derecho.

La sociedad del miedo, abordada en los párrafos precedentes es una constatación de la situación en la que se encuentran las sociedades contemporáneas, inclusive las más desarrolladas económicamente, como el caso de los Estados Unidos. Amanda Espino citando a Giorgio Agamben sostiene que las leyes antiterroristas no han logrado impedir ni reducir el fenómeno del terrorismo, por el contrario, apelando a al discurso

de la seguridad se ha logrado instaurar prácticas que limitan derechos y garantías constitucionales (2014:01). La sociedad peruana no es ajena a esa realidad

Esta criminología del otro, biopolítica postpolítica, o criminología mediática, podemos constatarla en nuestra sociedad, puesto que la exposición de motivos del proyecto de Ley que motivó la Ley 30558, tiene como basamento la incidencia delictiva y hace referencia a reportajes de medios de comunicación en los que se difunde el incremento de la delincuencia.

Si la propuesta normativa no se sustenta técnica y objetivamente, desde un enfoque constitucional, podríamos estar frente a una manifestación del denominado populismo penal. Sobre dicho concepto, con acierto Elena Larrauri, citando a Bottoms, quien fue el primero en emplear este término, nos dice que el populismo penal es la utilización del derecho penal por políticos que buscan obtener beneficios electorales, defendiendo tesis político criminales sin sustento pragmático, como: que el incremento en las penas conllevaría automáticamente una reducción de las tasas de delito (2005:3). Una analogía válida para entender el populismo penal, tal como sostiene Núñez Pérez, viene dada con la aprobación del delito de marcaje o reglaje el legislador ha originado tergiversaciones e incoherencias punitivas (2015:162).

El populismo penal privilegia los fines sobre los medios, se descuida el análisis y atención de las posibles afectaciones y vulneraciones de derechos que puede implicar la búsqueda de tales fines. Así también, puede suscitarse situaciones en las que los fines no están claramente definidos. En lo que sigue pasamos a analizar los fines perseguidos por la Ley 30558.

## **2. La finalidad de la Ley 30558**

La legislación supranacional viene desarrollando criterios interpretativos sobre la obligación estatal para cautelar la seguridad ciudadana. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en el 2009 emite el Informe Temático sobre “Seguridad

Ciudadana y Derechos Humanos”, en el cual señala que, si bien es cierto, no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito, pero posee un enfoque centrado en la persona humana como objetivo central de las políticas.

Por su parte, el Tribunal Supremo Constitucional Colombiano en la sentencia T-459/98 recaída en expediente T-155.628 sobre el derecho a la tranquilidad ha señalado que, como derecho inherente a la persona humana permite al individuo desarrollar una vida digna, y como tal, debe ser protegido por el Estado de tal forma que permita un ambiente propicio para la convivencia humana.

En la jurisdicción nacional, el Tribunal Constitucional<sup>19</sup> se ha pronunciado precisando los alcances del bien jurídico, seguridad ciudadana. El cual es catalogado como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento.

La adopción de medidas de protección de los bienes constitucionales por parte del Estado, implica la existencia de una lesión o una amenaza de peligro inminente contra estos bienes. Consecuentemente, es acertado afirmar que, para legislar y pretender dotar de herramientas legales orientadas al fortalecimiento de la lucha contra las organizaciones criminales, se debe identificar el problema, cuáles son sus características y de ser posible identificar el grado de afectación a la sociedad que viene generando.

Seguramente el lector puede intuir que para la dación de la medida legislativa materia de análisis, Ley 30558, no se ha identificado el problema real, las características, ni el grado de lesión que viene generando el crimen organizado. A dicha conclusión se arriba luego de revisar y analizar los Proyectos de Ley que motivaron la dación de la

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N°3482-2005-HC/TC, fundamento 13.

Ley, y conocer que se han basado en justificación empírica de otros delitos ajenos al crimen organizado y además de las razones mediáticas.

- Proyecto de Ley 710/2016-CR, toma como fuente la información estadística del INEI, que afirma que, el 90% de hechos delictivos están referidos a delitos contra el patrimonio. Por otro lado, hace referencia a un estudio que refiere que el Perú es el país sudamericano con mayor número de denuncias por violación sexual.
- Proyecto de Ley 451/2016-PE, en la cual se sustenta la necesidad de ampliar la detención por delitos graves, delitos agrupados dentro de la denominación general de crimen organizado.
- Proyecto de Ley 250/2016-CR, dentro de la exposición de motivos sostiene que, los medios de comunicación han reportado diversos casos de peligrosos delincuentes que fueron capturados por efectivos policiales y que fueron puestos en libertad en 24 horas (El Comercio 23 de mayo 2016, “Fiscalía y Policía se enfrentan por liberación de peligrosos marcas”).

Consecuentemente es preciso analizar si la medida instaurada por la Ley 30558, garantiza efectivamente los fines constitucionales, paz pública y seguridad ciudadana. De tal forma que se pueda determinar si la restricción del derecho a la libertad personal obedece a criterios de proporcionalidad, para lo cual conviene realizar el test de proporcionalidad, previamente se evalúa que los fines sean coherentes con el sistema de valores de la Constitución. El juicio de proporcionalidad incluye a su vez tres subprincipios<sup>20</sup>: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, se ha establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad, para conocer si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; es

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 579-2008-PA/TC, fundamento 25

decir, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

### **CAPITULO III. LA LEY 30558 COMO GARANTÍA DE LA PAZ PÚBLICA Y LA SEGURIDAD CIUDADANA**

#### **1. ¿Existe coherencia entre la Ley 30558 y los fines constitucionales?**

La Ley 30558 que modifica la Constitución incorporando un supuesto excepcional de detención policial hasta 15 días para los casos de delitos flagrantes cometidos por organizaciones criminales, pretende garantizar la tranquilidad pública y la seguridad ciudadana; ya que, tiene como objetivo, mejorar el sistema de justicia para hacer frente a las tasas de incidencia delictiva<sup>21</sup>. Esto se ve reflejado en el sustento de la exposición de motivos<sup>22</sup>, para los casos complejos -crimen organizado- se requiere indagar circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, sin embargo, en la realidad se presentan casos en los que, detenidos en flagrancia, con objetos, instrumentos y/o efectos del delito son liberados por exceder el plazo de detención de 24 horas.

La necesidad de un plazo superior se manifiesta en las diferentes actuaciones que realiza la policía con la presencia del detenido: Acta de lectura de derechos, acta de detención, acta de recepción del detenido por arresto ciudadano, traslado al detenido a unidades especializadas de ser el caso, reconocimiento médico legal del detenido,

---

<sup>21</sup> Análisis Costo Beneficio, del Proyecto de Ley de reforma constitucional N°451/2016-PE, que modifica el literal (f) del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

<sup>22</sup> Proyecto de Ley 250/2016.CR, pagina 03, exposición de motivos.

examen de dopaje étílico, manifestación del detenido y otras que disponga el fiscal. Para la obtención de elementos de convicción: Acta de registro personal, acta de incautación, acta de hallazgo y recojo, acta de registro vehicular, acta de registro de inmuebles, acta de registro de equipaje, entre otros. Para la conservación de los elementos: Acta de lacrado, acta de inmovilización, cadena de custodia. Pueden presentarse casos en los que se requiera pericias: absorción atómica, operatividad del arma, balística, identificación, inspecciones físico químicas, entre otras.

El tiempo estimado para la obtención de resultados de las pericias oscila entre 24 horas hasta 6 días<sup>23</sup>, resulta obvio que el plazo de detención de 24 horas es insuficiente para el desarrollo de las diligencias respecto de un detenido. Por tanto, si nos encontramos frente a una pluralidad de detenidos, característica intrínseca de las organizaciones criminales, es insuficiente este plazo, así también lo es, el plazo de 48 horas establecido por la Ley 30558. Consecuentemente, el supuesto excepcional incorporado por la Ley 30558 para detener hasta por 15 días en casos de delitos cometidos por organizaciones criminales, si pretende garantizar el éxito del proceso penal, puesto que su objetivo último constituye el no dejar impune la comisión de un hecho delictivo, con ello garantizar la paz pública y seguridad ciudadana.

De lo expuesto en este apartado podemos afirmar que la verificación de la legitimidad del fin que persigue la norma materia de análisis, implica también que previamente deba examinarse que exista coherencia con el sistema de valores. Como sostiene Javier Barnés no tendría ningún sentido examinar si una medida legislativa resulta proporcional con el fin que se pretende, si previamente no se ha verificado si el mencionado fin es contrario al sistema de valores de la Constitución (1998:103). En este presente caso, la Ley 30558 persigue garantizar los bienes constitucionales de la paz pública y seguridad ciudadana, como tal, su finalidad resulta coherente con el sistema de valores constitucionales, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Proyecto de Ley 451/2016.PE, paginas 26-27, exposición de motivos.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N°3482-2005-HC/TC, fundamento 13.

**2. ¿El supuesto excepcional de detención flagrante hasta por 15 días para delitos cometidos por organizaciones criminales busca garantizar la paz pública y la seguridad ciudadana?**

Para enfrentar un fenómeno criminal, resulta imprescindible previamente identificarlo, estudiar sus causas, analizar los contextos sociales que lo favorecen, esto nos permitirá delimitarlo claramente. Por ejemplo, que cuando hablamos de organización criminal no hablamos de organización terrorista, ya que ambas organizaciones delictivas se ven guiadas e impulsadas por valores distintos, el primero eminentemente lucrativo y el segundo, ideológico.

Zúñiga Rodríguez cataloga al crimen organizado como la cara amarga de la globalización (2013:1014), y es que el desenvolvimiento actual de la criminalidad no está en los individuos que actúan por separado, sino en organizaciones criminales que traspasan fronteras. Cancio Melía sostiene que la peligrosidad se ve incrementada a través de un actuar en grupo, donde entra en escena un colectivo y emerge la organización con personalidad propia (2008:62-63). La forma tradicional de investigar los delitos patrimoniales o delitos violentos, resultan insuficientes para desarticular estructuras complejas que conforman las organizaciones criminales.

Por su parte, la jurisprudencia judicial nacional, ha conceptualizado a la organización criminal, a través de la identificación de sus elementos<sup>25</sup>:

- Elemento personal: Esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas.
- Elemento temporal: El carácter estable o permanente de la organización criminal.
- Elemento teleológico: Corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.
- Elemento funcional: La designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
- Elemento estructural: Como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.

---

<sup>25</sup> Acuerdo Plenario N° 01-2017gestado en el I Pleno de la Sala Penal Nacional y los Juzgados Penales Nacionales.

La conceptualización del crimen organizado desde la identificación de sus elementos, nos lleva a un aspecto problemático al momento de ejecutar la medida de coerción de detención policial en flagrante delito. Puesto que la flagrancia consiste en apreciar a la persona, el preciso instante y lugar donde se viene produciendo el delito<sup>26</sup>. Entonces, poder determinar preliminarmente que nos encontramos frente a un delito cometido por organización criminal resulta problemático, dada la dificultad de poder determinar *prima facie*, el elemento personal, temporal, teleológico, funcional y estructural. Para que se vean satisfechos estos presupuestos, se tendría que detener simultáneamente a por lo menos tres personas, poder determinar en ese contexto que dicha organización es permanente, la existencia del reparto de roles y que tenga una estructura cualquiera. Caso contrario nos encontraríamos frente a una banda criminal.

De conformidad a la Corte Suprema de Justicia<sup>27</sup> la banda criminal es una estructura criminal de menor complejidad organizativa, que ejecuta proyectos delictivos menos trascendentes y propios de la delincuencia común urbana. No se dedica a mantener negocios o economías ilegales, sino despojos artesanales y violentos; como: el robo, secuestro, extorsiones, marcaje y sicariato. Su *modus operandi* suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto con empleo de medios violentos como la amenaza y violencia. De tal forma que frente a un supuesto de detención flagrante a una banda criminal, el plazo será de 48 horas.

El *modus operandi* desplegado por las organizaciones criminales, torna compleja su desarticulación desde la aplicación de la flagrancia delictiva. Estas organizaciones emplean compartimentaje, es decir no se conocen entre todos los integrantes, en el mejor de los casos el integrante solo conoce hasta el cabecilla que dirige una facción de la organización. Como lo sostiene Julio Virgolini esta forma de crimen esta pues en secreto, en lo clandestino, en lo difuso y extendido, con códigos alternativos que no pueden publicarse (2004:237). Por tanto, así estemos frente a una situación óptima

---

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal constitucional recaídas en los expedientes N°2096-2004-PHC/TC, N°.4557-2005-PHC/TC, N°9724-2005- PHC/TC y N° 1923-2006- HC/TC. La cual señala que para la valides de una detención flagrante se requiere inmediatez temporal e inmediatez espacial.

<sup>27</sup> Acuerdo Plenario N°08-2019/CIJ-116 de fecha 10 de setiembre de 2019, fundamento 20-21.



de detención en flagrante delito de integrantes de una organización criminal, únicamente se estaría afectando a los entes ejecutores de dicha organización. Ya que los autores mediatos, es decir, mandos medios, líderes o cabecillas, no serían afectados. Situación que resta eficacia a la medida coercitiva personal materia de análisis.

Teniendo en consideración que los integrantes de la organización criminal son fungibles – cambiables – podemos inferir que la organización criminal posiblemente siga funcionando con total normalidad, porque conseguirá nuevos integrantes que desarrollen las mismas labores de quienes han sido detenidos. Así también, la clandestinidad permite que los integrantes de las organizaciones criminales permanecen encubiertos, como lo sostiene García Mostazo, al saber que sus comunicaciones son vulnerables utilizan métodos de cifrado, cambian frecuentemente de teléfonos, llaman desde cabinas telefónicas, hablan en clave o emplean personas para transmitir mensajes (2003: 356-358). Hechos que dificultan *prima facie* vincular a los integrantes, sea entre ellos y con la organización criminal.

El hecho de que se produzca la detención flagrante de un integrante de una organización criminal, implica que el detenido, como estrategia de defensa negará la atribución de pertenencia a una organización criminal, puesto que ello implica agravar su situación jurídica, ya que la expectativa de pena es superior si es integrante de una organización criminal. Por otro lado, la violencia como medio para instaurar la disciplina al interior de las organizaciones criminales, dificulta que los integrantes detenidos delaten a otros miembros, puesto que se encontrarán bajo amenazas por parte de otros integrantes de la misma organización criminal, sea contra ellos o sus familiares. Así, lo provechoso de la detención en flagrancia; de obtener una declaración inmediata teniendo en cuenta los hechos, las circunstancias del propio sindicador, la duración del suceso, tiempo de exposición de la cara, condiciones de iluminación, cantidad de sujetos activos, etnia del autor, disfraz entre otros (Margarita Diges. 2014:36-43); no resultan efectivos frente a una organización criminal, dada la característica de compartimentaje.

La eficacia de la lucha contra las organizaciones criminales, se constata con la posibilidad de identificar y detener a los mandos medios, cabecillas y líderes. Y para ello, El Código Procesal Penal y la Ley 30077 han previsto herramientas que posibilitan ello, como los seguimientos y videovigilancia, el agente encubierto, agente especial, entrega y circulación vigilada de bien delictivo, interceptación de las telecomunicaciones, levantamiento del secreto bancario, entre otros. Es sumamente ilustrativo el ejemplo que cita García Mostazo, al explicar la importancia de la labor de inteligencia y la obtención de la información del oponente, para ello se remite a la segunda guerra mundial, y nos dice “las armas permitieron ganar batallas, pero solo gracias al espionaje y al criptoanálisis pudieron ganar la guerra” (2003:16-17)

Pese al desarrollo doctrinario y pragmático de las medidas eficaces para luchar contra el crimen organizado, estas no han sido abordadas en la justificación para la dación de la Ley 30558. Reflejando con ello una falta de conocimiento sobre el tema. Por citar un ejemplo: la información estadística que maneja el Ministerio del Interior<sup>28</sup> señala que, se han logrado desarticular 74 organizaciones criminales, entre agosto del 2016 y julio del 2017, luego de un trabajo pacienzudo de inteligencia, seguimiento, empleo de técnicas especiales de investigación: interceptación de las comunicaciones, agente encubierto, entrega vigilada de bienes, colaboradores eficaces, entre otros; técnicas que a diferencia de las tradicionales formas de investigar, si son efectivas frente a organizaciones criminales (Ramírez Barbosa. 2009:111), para luego de haber acopiado información que constituya indicios reveladores<sup>29</sup> recién solicitar la autorización judicial de detención preliminar judicial. Se advierte, que la información proporcionada por el Ministerio del Interior no menciona supuestos de detención en flagrancia que hayan servido para desarticular una organización criminal, puesto que dicha medida coercitiva no es idónea para tal fin.

---

<sup>28</sup> <https://www.mininter.gob.pe/content/ministerio-del-interior-presenta-libro-megaoperativos-contral-el-crimen-organizado> (Consultado el 11 de mayo de 2019)

<sup>29</sup> De conformidad al artículo 336º numeral 1 del Nuevo Código Procesal penal, para la formalización de la investigación preparatoria, se requieren de indicios reveladores de la existencia de un delito.

El análisis desarrollado en este apartado nos ha permitido entender que la medida coercitiva instaurada por la Ley 30558, no es idónea puesto que no contribuye a la protección de los bienes constitucionales, paz y tranquilidad pública. Consecuentemente no se supera el principio de idoneidad. Sin embargo, a efectos de continuar con el análisis del test de proporcionalidad continuaremos con los demás principios.

**3. ¿Existen otros medios calificados que restrinjan en menor medida el derecho a la libertad personal?**

En términos de Neil Mac Cormick, para que una decisión se ajuste con el sistema jurídico, esta ha de ser consistente y coherente con el mismo. La consistencia exige que la ley materia de análisis no esté en contradicción con el sistema de leyes vigente. La coherencia es un término más amplio, se da cuando varias normas se desprenden de una sola, sin caer en contradicciones (2018: 146); por ejemplo, todas las normas legales deben sujetarse a la norma fundamental, Constitución Política del Perú.

Resulta preocupante que al momento de legislar no se pretenda cautelar la consistencia del ordenamiento jurídico, puesto que mediante Decreto Legislativo N°1298 de fecha 30 de diciembre de 2016, se modificó el Código Procesal Penal, incorporándose en el artículo 266° la detención judicial en caso de flagrancia<sup>30</sup>, la cual regula que una vez producida la detención flagrante por delito cometido, el fiscal, dentro de las 12 horas podrá solicitar mandato de detención de hasta 10 días para los casos organizaciones criminales.

Sin embargo, la Ley 30558, materia de análisis, publicada el 09 de mayo de 2017, a cinco meses de la dación de la norma anterior, lo que hizo el Congreso fue, tácitamente, dejar sin aplicación el Decreto Legislativo N°1298, porque al facultarse

---

<sup>30</sup> Artículo 266° “El Fiscal puede requerir al Juez de la Investigación Preparatoria dentro de las doce (12) horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión del mandato de detención judicial...En los delitos cometidos por organizaciones criminales la detención judicial por flagrancia puede durar hasta un plazo máximo de diez (10) días”

la detención policial en flagrancia hasta por 15 días, no tiene sentido solicitar la autorización judicial para detener por 10 días. Claramente se puede apreciar que no existe un lineamiento político contra el crimen organizado, por parte del estado en su conjunto, puesto que se aprecia una disociación, entre el ejecutivo y el legislativo, al emitir normas incompatibles pese a estar orientadas al mismo objetivo y tratar sobre la misma medida.

Ore Guardia sostiene que la detención preliminar judicial y la detención policial por flagrante delito comparten una finalidad general que consiste en procurar una debida sustanciación del inicio del proceso penal (2011:111), las diferencias son los presupuestos para su aplicación. Sin embargo, luego de producida la detención flagrante, se advierte que los detenidos forman parte de una organización criminal, el hecho de facultar al fiscal para que solicite la detención judicial hasta por 10 días, reviste de mayores garantías; medida coherente con el principio garantista del Código Procesal Penal. Puesto que el pronunciamiento judicial se produce luego de una audiencia con presencia del abogado defensor, en la que el Juez se pronuncia sobre la legalidad de la detención; si el juez deniega el pedido la detención continúa hasta las 48 horas.

Dado que la norma en cuestión, Ley 30558, trata de la detención flagrante en delitos cometidos por organizaciones criminales como una medida para reducir la incidencia delictiva, es fácil comprobar que existen medidas más efectivas y a la vez menos gravosas que la adoptada por el legislador, como el caso del Decreto Legislativo 1298<sup>31</sup>, que incorpora la detención judicial en caso de flagrancia en el artículo 266°. Esta medida implica dotar de mayores garantías, por contar con la intervención del juez de investigación preparatoria.

---

<sup>31</sup> En el marco de la Ley 30506, norma que delegó facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, con fecha 29 de diciembre de 2016 se publicó el Decreto Legislativo 1298, que modificó diversos artículos del Código Procesal Penal.

**4. La mayor restricción de la libertad personal no satisface los bienes constitucionales, paz pública y seguridad ciudadana.**

El tercer paso del test de proporcionalidad consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto<sup>32</sup>. Dicha operación debe hacerse aquí siguiendo la ley de la ponderación conforme a la cual, cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la libertad personal, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la Ley 30558.

Para ello el Tribunal Constitucional ha incorporado una escala de tres niveles para asignar dichos valores, las intensidades de afectación pueden ser catalogadas como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización o de satisfacción del fin constitucional de la restricción<sup>33</sup>.

La incorporación de un supuesto excepcional para la detención policial flagrante hasta 15 días, en los casos de delitos cometidos por organización criminal, no es una afectación leve. Es claramente una afectación grave. Teniendo en cuenta la falta de claridad del concepto de organización criminal (Páucar Chappa.2016:75), las posibilidades de detención -aplicables para 82 delitos- y la discrecionalidad en su aplicación por parte de los agentes policiales. Estaríamos frente a una afectación leve con la ampliación del plazo, de 24 a 48 horas incorporado también en la modificatoria Constitucional. O con la dación del Decreto Legislativo 1298, que posibilita la detención judicial en caso de flagrancia, hasta 10 días cuando se trata de organizaciones criminales.

Por otra parte, tenemos que el grado de realización o satisfacción del objetivo propuesto por el legislador que, en este caso, es la paz pública y la seguridad ciudadana, resulta ser débil por no decir inexistente. Como se ha podido apreciar en

---

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 579-2008-PA/TC, fundamento 30

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 045-2005-PI/TC, fundamento 45

los resultados publicados por el Ministerio del Interior, en la cual se señala que, de las 74 organizaciones criminales desarticuladas, en el período 2016-2017, ninguna de estas ha sido producto de detenciones en flagrancia delictiva. Por tanto, el objetivo propuesto en la norma en cuestión, no se alcanza con la detención flagrante, sino, con trabajo especializado de inteligencia y con técnicas especiales de investigación autorizadas por el fiscal o juez dependiendo del caso, técnicas que por su naturaleza son *inaudita altera pars*.

Esto muestra que, con una grave intervención en el ámbito del derecho a la libertad y seguridad personales, se logra por otro lado un grado de satisfacción débil o nulo. Siguiendo las ideas de Bernal Pulido quien señala que los fines establecidos por el legislador no deben entrar en disonancia con la Constitución, ello implica la legitimidad constitucional. De esta manera, se logra un equilibrio entre los principios de supremacía de la Constitución y de máxima eficacia de los derechos fundamentales, por una parte, y el principio democrático, por otra (2003:693-694). Como se ha podido apreciar, la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, en tal sentido podemos afirmar que dicha medida carece de legitimidad constitucional.

## CONCLUSIONES

1. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo sostiene que no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito; sin embargo, posee un enfoque centrado en la persona humana como objetivo central de las políticas. En Colombia se ha reconocido el derecho a la tranquilidad como derecho inherente a la persona humana que permite al individuo desarrollar una vida digna y como tal ser protegido por el estado. Por su parte el Tribunal Constitucional peruano reconoce a la seguridad ciudadana como un bien jurídico constitucional, consistente en generar un estado de protección que brinda el Estado y participa la población. La ley 30558, al pretender tutelar estos bienes constitucionales, es coherente con el sistema de valores de la Constitución, es decir, los objetivos de la Ley son legítimos.

2. Sin embargo, la Ley 30558 que adiciona un supuesto excepcional de detención hasta 15 días para los casos de delitos cometidos por organizaciones criminales, no resulta pertinente o adecuada para privilegiar y garantizar los bienes constitucionales: paz pública y seguridad ciudadana. No contribuye con la protección de dichos bienes constitucionales.
- La exposición de motivos de los Proyectos de Ley 250 y 451/2016.PE, apelan a la percepción de inseguridad en nuestra sociedad y a información estadística sobre delitos comunes -no del crimen organizado-, para fundamentar la modificatoria constitucional, reflejando con ello un desconocimiento de la problemática real del crimen organizado, demostrando un ejercicio claro de populismo penal, en el que los políticos buscan obtener beneficios electorales, defendiendo tesis político criminales sin sustento pragmático ni teórico.
  - Enfrentar eficazmente a las organizaciones criminales, requiere el empleo de operaciones especiales de inteligencia, de técnicas especiales de investigación *inaudita altera pars*: interceptación de las comunicaciones, agente encubierto, agentes especiales, operaciones encubiertas, entrega vigilada de bienes, video vigilancia, empleo de colaboradores eficaces, entre otros, para arribar al grado de razones plausibles y solicitar la orden judicial de detención preliminar. Es decir, se investiga y una vez que se tengan suficientes elementos recién se solicita la detención, se investiga para detener. Los resultados de dicha metodología especializada se reflejan en la cantidad de organizaciones criminales desarticuladas, entre agosto del 2016 y julio del 2017, en total 74. En las cuales no se presenta ningún supuesto de detención en flagrancia delictiva.
3. La Ley 30558 sería constitucional sólo si no existiese otra alternativa que buscando la misma finalidad restrinja menos los derechos afectados. Sin embargo, este sub principio de necesidad tampoco es superado dada la vigencia, en nuestro ordenamiento jurídico, del Decreto Legislativo 1298 que modifica el artículo 266° del Código Procesal Penal e incorpora la detención judicial en caso de flagrancias, estableciéndose un plazo de detención de 10 días para casos de crimen organizado. Luego de la detención en

flagrancia, el fiscal dentro de las 12 horas solicita al juez dicte la orden de detención, previa audiencia con presencia del abogado defensor.

- No existe uniformidad de criterios en las medidas adoptadas por el Estado, puesto que el Ejecutivo mediante Decreto Legislativo 1298 (30 de diciembre de 2016) regula la detención judicial en caso de flagrancia para delitos cometidos por organización criminal hasta 10 días; y por su parte el Legislativo mediante Ley 30558 (9 mayo de 2017), regula la detención policial flagrante para delito cometidos por organización criminal hasta 15 días. Lo que refleja que en un lapso de cinco meses los dos poderes del Estado han emitido dispositivos legales, con enfoques totalmente distintos, frente a la misma problemática, se advierte que no existe un norte claro de lo que implica enfrentar al crimen organizado, lo cual repercute negativamente en la lucha contra esta tipología delictiva.
4. La Ley 30558, que establece la ampliación del plazo de la medida coercitiva de detención policial en flagrante delito, no supera el test de proporcionalidad, puesto que: No es idónea, puesto que no contribuye a fortalecer la lucha contra el crimen organizado, por tanto, no se garantizan la paz pública y la seguridad ciudadana. No supera el test de necesidad, puesto que existen medidas más efectivas y a la vez menos gravosas, como el Decreto Legislativo 1298, que regula la posibilidad de practicar la detención flagrante en casos de delitos cometidos por organizaciones criminales, mediando mandato detención judicial de hasta 10 días. No es proporcional, puesto que, con una grave intervención en el ámbito del derecho a la libertad y seguridad personales, se logra por otro lado un grado de satisfacción débil o nulo de la paz pública y seguridad ciudadana.
- El crimen organizado es un fenómeno delictivo en el que convergen varias relaciones sociales, grupos de poder económico, infiltración en cargos públicos y políticos. Se caracterizan por: el compartimentaje, la fungibilidad de sus integrantes, permanencia en el tiempo y no tienen estructura definida, lo que torna compleja la lucha contra este fenómeno. De ahí que incorporar un supuesto excepcional de detención flagrante hasta 15 días para los casos de organizaciones criminales, introducida por Ley 30558, constituya más bien una respuesta incompleta frente al fenómeno criminal, esta lógica



pregona, el detener para investigar; resultando ineficaz para luchar contra el crimen organizado.

5. En tal sentido podemos afirmar que la medida establecida en la norma – Ley 30558 – que adiciona el supuesto excepcional de detención flagrante por el plazo de 15 días, en casos de delitos cometidos por organizaciones criminales, carece de validez constitucional.



## BIBLIOGRAFIA.

BARBERO SANTOS, Marino.

- 1986 “El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial. (La situación en España)”. *Estudios Penales y Criminológicos, volumen IX*, España. pp.12-36. Consulta: 20 de junio de 2018.  
<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4323>

BAUMAN, Zygmunt

- 1992 *Libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

BARNÉS, Javier.

- 1998 “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. *Cuadernos de Derecho Público*. N.º 5, España. pp.15-50. Consulta: 11 de junio de 2018.  
<https://www.researchgate.net/publication/279929497>

BECK, Ulrich

- 2008 *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós Ibérica.

BERNAL PULIDO, Carlos.

- 2003 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC

CANCIO MELÍA, Manuel y SILVA SANCHEZ, Jesús María

- 2008 *Delitos de organización*. Montevideo: B de F Ltda.

DE LA CORTE IBAÑEZ, Luis y GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea

- 2016 *Crimen.org, evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Planeta.

DIGES, Margarita y otros

- 2014 *Identificación fotográfica en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el derecho procesal y la psicología del testimonio*. Madrid: Marcial Pons.

ESPINO, Amanda

2014 *La ley “patriot act” y el estado de excepción según Agamben*. Argentina: Pensamiento Penal. Recogido el 10 de octubre de 2019 de:  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39412.pdf>

GARCÍA MOSTAZO, Nacho

2003 *La libertad vigilada. El espionaje de las comunicaciones*. Barcelona: Ediciones B.

HALLSWORTH, Simon

2006 “Repensando el giro punitivo, economía del exceso y criminología del otro”. *Revista Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. N°22: Madrid.

LARRAURI, Elena

2005 “Populismo punitivo y como resistirlo”. *Revista Jueces para la democracia*. N°55: Madrid.

MAC CORMICK, Neil

2018 *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: PALESTRA.

NUÑEZ PEREZ, Fernando Vicente

2015 *El delito de marcaje o reglaje*. Lima: Ideas Solución Editorial SAC.

ORÉ GUARDIA, Arsenio

2011 *Manual de Derecho Procesal Penal – Tomo II medidas de coerción en el proceso penal*. Lima: Reforma.

PAUCAR CHAPPA, Marcial

2016 *El delito de organización criminal*. Lima: Ideas Solución Editorial SAC.

PELÀEZ BARDALES, Mariano

2012 *El proceso cautelar. Las medidas cautelares en el proceso civil y en el proceso penal*. Lima: GRIJLEY.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2006 *Criminalidad Organizada*. Lima: IDEMSA.

RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea y otros

2009 *Crimen Organizado. Tipicidad, Política, Investigación y Proceso*. Lima: ARA Editores.

RAMOS MENDEZ, Francisco

1988 *El proceso penal*. Barcelona: Lectura Constitucional.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis

1987 *La detención*. Madrid: AKAL.

VILLEGAS, Alexander

2015 *La Constitución Comentada*. 3ra Edición, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

VIRGOLINI, Julio E.S.

2004 *Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

2017 *Dogmática Penal y Criminología Cautelar. Una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis en la criminología mediática*. Lima: Ideas.

ZIZEK, Slavoj

2017 *Sobre la violencia*. Bogotá: PAIDOS.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura

2013 *Libro homenaje al profesor Hurtado Pozo. El Penalista de dos Mundos*. Lima: IDEMSA.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura

1993 *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias SA.