

PODER DE APREHENSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO ***ARTÍCULO 309 DEL COPP***

AUTORES:

LORENZO BUSTILLOS

GIOVANNI RIONERO

Cuando nos propusimos la polémica tarea de dedicar unas líneas al artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, nuestro único propósito se encamina a propiciar la reflexión sobre una institución delicada, susceptible de cualquier comentario y reserva. Así pues, advertimos que las ulteriores disertaciones deben ser entendidas en su justo sentido: *como un razonamiento concienzudo, como una herramienta de apoyo para coadyuvar a la loable labor del Ministerio Público en el Sistema de Justicia Penal*. Probablemente, para muchos, este aporte merecerá ser abandonado a la intemperie, no obstante, que ello no sea óbice para estimular el debate y discusión en aspectos tan innovadores que trajo consigo el Código Adjetivo Penal con su promulgación.

Comenzamos este análisis reafirmando – como muchos otros lo han hecho – que de conformidad con lo establecido en la letra constitucional, sólo existen dos escenarios que legitiman la privación de libertad de cualquier ciudadano; por una parte, la comisión de un delito flagrante según lo dispuesto en el artículo 248 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; y por la otra, sobre la base de una orden de detención, de naturaleza jurisdiccional, siempre y cuando se entiendan satisfechos los extremos legalmente establecidos.

PÉREZ DUPUY¹, en armonía con la tesis de BORREGO, entiende que el presupuesto fáctico de toda detención es necesariamente la comisión de un delito. Agrega PÉREZ DUPUY que un límite obvio de toda privación de libertad lo impone el *principio de legalidad* – tanto sustantivo como procesal – pues su procedencia sólo es justificada en supuestos previamente determinados, que comporten una pena privativa de libertad mayor de tres años, bajo el amparo del procedimiento legalmente establecido. Concluye PÉREZ DUPUY – en el mismo sentido que BORREGO² – que sólo será legítima la orden de detención contra un ciudadano imputado por la comisión de un delito, cuando dicha decisión emane de un órgano jurisdiccional,³ y cualquier circunstancia distinta será violatoria del mandato constitucional recogido en el artículo 44 ordinal 1^o⁴, a excepción de los delitos cometidos en situación de flagrancia.

¹ PÉREZ DUPUY, María Inmaculada. “*El amparo a la libertad*”. Livrosca. 2003. Página 59.

² BORREGO CARMELO. “*La Constitución y el proceso penal*”. Livrosca. 2002. Página 90 y ss.

³ A lo que agregamos que dicho órgano jurisdiccional debe ser el único facultado para ello, conforme lo establecido en el CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.

⁴ “**Artículo 44.** *La libertad personal es inviolable; en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de*

Así las cosas, y dejando bien en claro lo anterior⁵, es perfectamente justificado cuestionarnos: ¿Qué alternativas tiene un Fiscal del MINISTERIO PÚBLICO cuando una persona se encuentre perturbando su labor de investigación?

El segundo aparte del artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, establece claramente que:

“Artículo 309. Facultades del Ministerio Público. (...) El Ministerio Público puede ordenar la aprehensión de personas que perturben el cumplimiento de un acto determinado y mantenerlas detenidas hasta su finalización. La aprehensión no podrá durar más de seis horas. En el acta respectiva constará la medida y los motivos que la determinaron, con indicación de la fecha y horas de su comienzo y cesación”

Es perfectamente posible deducir del artículo prescrito, que en virtud de la necesidad de contrarrestar una conducta⁶ que obstruye o entorpece un acto de investigación, y con pleno apoyo y justificación en la salvaguarda del interés de la justicia como valor constitucional,⁷ de mayor entidad que el bien individual de libertad⁸, el Fiscal justificará su conducta en el deber de obtener y asegurar los elementos necesarios para la investigación, pero dicho deber no lo excusa de la plena observación de los requisitos legales que objetivan su actuación. Tales deberes los resumimos en los siguientes términos:

- Que la persona esté efectivamente obstaculizando el acto.
- La aprehensión será hasta que finalice el acto y no podrá durar más de seis horas.
- Debe constar la medida y sus motivos, la fecha y hora de su comienzo y cesación.

la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso. La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno”.

⁵ De lo que podemos colegir inicialmente que la aprehensión dispuesta en el artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL es inconstitucional, pero nosotros, con la única finalidad de aportar una interpretación que ayude a tornar viable la aplicación de dicha norma, trataremos de justificarla, para que en la práctica no sea una ilusión para el MINISTERIO PÚBLICO encontrar una respuesta a la pregunta que seguidamente en el texto del análisis formulamos.

⁶ Que puede encuadrar en el supuesto del artículo 255 del CÓDIGO PENAL, 110 de la LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, o cualquier otro delito, en cuyo caso obligaría al Fiscal del MINISTERIO PÚBLICO a presentar al imputado ante el *Tribunal de Control*. Distinto sería el caso si el hecho no es punible, por cuanto los que entorpecen son parientes cercanos (ver artículo 258 del ejusdem), o cualquier otra circunstancia que no revistan de carácter penal la conducta de quien entorpece, en cuya hipótesis el Fiscal del MINISTERIO PÚBLICO podría actuar con justificación, según lo dispuesto en el artículo 65 *ibidem*, pues la aprehensión sería en ejercicio de un deber jurídico a favor de la justicia, en el deber de obtener o asegurar elementos indispensables para fijar la comisión del hecho punible o a su autor.

⁷ Pero sobre la valoración de principios constitucionales, profundizaremos en poco más adelante.

⁸ Y así bien lo señala CARMELO BORREGO. Ob. Cit. Página 113 y ss.

Sobre el primer aspecto, es menester que durante la realización del acto de investigación, un determinado sujeto esté perturbando⁹ su motorización. Ni antes del acto ni después de realizado éste se puede justificar la aprehensión del sujeto.

También se debe tomar en cuenta que los actos que realiza el sujeto en procura de obstaculizar la labor del MINISTERIO PÚBLICO, no deben ser típicos ni merecer pena privativa de libertad, pues de ser así, lo que procederá es la aprehensión del sujeto y su presentación respectiva ante el JUEZ DE CONTROL¹⁰. Sólo cuando el hecho no sea típico, se aplicará lo previsto en el artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, siempre y cuando no existan otras formas menos gravosas de evitar el entorpecimiento del acto¹¹.

Otro aspecto importante conforme lo dispuesto en el artículo 309 del Código Adjetivo Penal se refiere a la “*aprehensión*” del sujeto perturbador, lo que quiere decir que el MINISTERIO PÚBLICO no puede ordenar el arresto del sujeto, ya que ello implica su traslado a un centro especial de detención¹². Sólo le está permitido al Fiscal del MINISTERIO PÚBLICO la *aprehensión del individuo*, situación que se traduce en “*coger, asir, prender a una persona*”¹³ en el mismo acto¹⁴, y mantenerlo así mientras se lleva a cabo el mismo¹⁵.

⁹ Según el Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (21° edición) perturbar significa “*inmutar, trastornar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien*” En este sentido, quien perturba el acto del MINISTERIO PÚBLICO debe estar realizando una conducta destinada a impedir, retardar u obstaculizar el acto.

¹⁰ Dice Borrego que la actitud perturbadora, promotora, e incluso de encubrimiento, propio del delito del mismo genero, constituiría un supuesto de flagrancia Ob. Cit. Pág. 124.

¹¹ Como por ejemplo, antes de la aprehensión, se debe procurar la salida del sujeto de la zona donde se realiza el acto, o hacerle la solicitud de que no continúe ejecutando los actos que entorpecen la labor del MINISTERIO PÚBLICO.

¹² Sólo los órganos provistos de potestad jurisdiccional (potestad de administrar justicia), son los que cuentan con la potestad para acordar arrestos o detenciones, y así lo dispone la *Constitución*. Además, sobre este particular, no es concebible la imposición de una medida de coerción personal, sin que ello comporte necesariamente la realización previa de un procedimiento de ley, que garantice al afectado el ejercicio de los derechos que la norma constitucional le consagra.

¹³ Según el citado Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

¹⁴ A manera de ilustración, en igual sentido tenemos el artículo 248 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, que permite “*aprehender*” al sospechoso y también la “*entrega*” del mismo a la autoridad. Se nota la diferencia entre aprehender y luego entregar o trasladar al sujeto a otro lugar.

¹⁵ CARMELO BORREGO, siguiendo a VEGA RUIZ, y comentando el respaldo internacional que se le otorga a la libertad, señala que “*el citado autor trae una decisión del Tribunal Europeo de derechos humanos de fecha 6 de noviembre de 1980 donde ni siquiera se admitió la diferencia entre la privación y la restricción de la libertad, estimando que la diferencia quizás podría ser de un mero grado o intensidad y que por lo tanto, no es un asunto que afecte a la naturaleza o la esencia de las medidas que existen para la privación de libertad, todas por supuesto ya reseñadas y reconocidas ampliamente. No obstante, en el caso Guzzardi —citado por De Vega Ruiz y Casal Hernández— el Tribunal Europeo entendió que todas las medidas decretadas a este ciudadano provienen de una legislación relativa a las personas peligrosas que se aplica para los casos de vagabundos y delincuentes y en consecuencia, la privación de libertad sufrida se dio con violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de derechos humanos (Convenio de Roma) y en este contexto, se produjo la condena a Italia, cuya condena consistió en el pago de una indemnización contemplada en un millón de liras, pero con todo y la decisión tomada por el Tribunal, se presentaron discrepancias entre los propios magistrados; ello significa que no todos los magistrados del máximo tribunal de derechos humanos europeo tienen los mismo ideales a favor de la libertad*” Continúa BORREGO, señalando que, conforme lo sostiene DE VEGAS RUIZ, al menos desde el punto de vista más local, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL español ha destacado que las medidas restrictivas de la libertad a las

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, nos deslindamos ligeramente del objeto de las presentes líneas para hacer una importante reflexión en armonía con las disertaciones del profesor JESÚS MARÍA CASAL¹⁶, quien distingue claramente los principios constitucionales de las reglas constitucionales. Sobre los primeros deja ver que su aplicación es susceptible de comprometerse con valoraciones¹⁷, pero sobre los segundos, en principio, no se podrá¹⁸, por cuanto las reglas, si bien son mandatos definitivos, no son absolutos. Ambos, reglas y principios, forman parte de un mismo ordenamiento y razonamiento jurídico que atienden necesariamente a un contenido ético.

Las reglas, nos dice el comentado autor, tienen excepciones en la aplicación del caso en concreto, pues a veces, aplicar ciegamente la regla conduciría a un resultado absurdo o injusto, y es aquí donde planteamos el primero de los casos que JESÚS M. CASAL nos enseña: Un policía se encuentra en la calle a un ciudadano que se quiere suicidar; ¿podrá el policía aprehender al ciudadano sin orden judicial y sin cometer delito flagrante alguno?. Responde el autor afirmativamente, argumentando que debe atenderse al principio que prevalece en tales circunstancias, que en este caso es la vida.

que deben aplicarse cuantas prevenciones se establecen en torno a la detención propiamente dicha, han de considerarse privación de libertad, así también fue destacado por Instrucción de la DIRECCIÓN DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO, del 31 de mayo de 1985. Agrega BORREGO que, “*este criterio anterior—según Casal Hernández—ha estado indicado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, por lo que se entiende como medida de detención no sólo aquella que se identifica con la reclusión de una persona en una celda, sino también aquellas como: el sometimiento de un ciudadano a vigilancia en pleno vuelo. El internamiento en un local abierto, sin permitir el desplazamiento. La obligación de residir en un determinado lugar sin posibilidades de trasladarse a otro sitio. Obligar y conducir a un sujeto a un centro médico para que se le practiquen exámenes. El internamiento de un enfermo mental a un centro abierto. No se trata entonces de un problema de calificación de la detención, sino de la situación real que en el momento padece el ciudadano. De modo que el Tribunal ha interpretado que todas estas formas lesionan el artículo 5 del Convenio Europeo, independientemente de la duración y de que en realidad no revestían el carácter de detenciones formales a razón de las disposiciones procesales*”. (Carmelo Borrego. Ob. Cit.) Pero sobre este punto abriremos un paréntesis en el texto del análisis, y explicaremos la posición que sobre el tema sostiene JESÚS CASAL.

¹⁶ En *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. (Teoría de los Derechos Fundamentales: Condiciones para la limitación de derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad). Serie eventos Nro. 3, del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Caracas-Venezuela. 2002. Quien a su vez se guía de ROBERT ALEX, en *Teoría de los derechos fundamentales*.

¹⁷ En similar sentido CAFFERATA explica que “*los derechos que las garantías tutelas no son absolutos, por estar limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático, y deja claro que las restricciones que con tales propósitos establezcan las leyes deben guardar directa relación con las razones que las autorizan y no podrán alterarlos en su esencia ni suspender su vigencia subrepticamente, serán proporcionales al valor en riesgo que pretenden tutelar y de interpretación y aplicación restrictiva*” CAFFERATA NORES, José I. “*Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*”. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. 2000. Pág. 18.

¹⁸ El ejemplo que refiere es que el artículo 44 constitucional, establece que la libertad personal es inviolable (principio) pero que en virtud de una orden judicial o en casos de flagrancia (la regla) se permitirá la detención. Nos enseña el profesor CASAL que ese reconocimiento del principio de la libertad, no significa que no puedan haber restricciones absolutas o definitivas, pero sí un mandato de optimización, “*que dentro del máximo de las posibilidades fácticas y jurídicas hay que garantizarles a las personas esa libertad*”

Podemos notar como el principio de libertad y sus reglas vinculadas cedieron ante las posibilidades fácticas, pues en atención a la realidad y a determinados hechos en concreto, no es posible la materialización efectiva del derecho “libertad”.

En este sentido MAIER¹⁹ acota que cuando los fines de averiguación de la verdad²⁰ y actuación de la ley penal, son puestos en peligro deliberadamente por una conducta humana de acción u omisión, dirigida a ello, o que, sin procurar crear tal peligro ni tenerlo en cuenta también se le provoque, se puede utilizar la fuerza pública para conseguir tales fines²¹. Señala MAIER que la coerción en el derecho procesal debe significar únicamente la protección de los fines que el procedimiento persigue, subordinados a la actuación eficaz de la ley sustantiva, lo cual se traduce, según el citado autor, en el auxilio necesario para poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción penal hipotética y, eventualmente, actuar la pena correspondiente²².

Pero también, como señala el profesor CASAL, puede ceder la aplicación del principio o la regla en atención a una limitación jurídica²³, por surgir principios contrapuestos que obliguen a comprimir el goce y ejercicio de un derecho²⁴, y es aquí

¹⁹ Ob. Cit. Pág. 514.

²⁰ A lo que nosotros decimos, “atendiendo al deber de esclarecer los hechos” en el sentido de obtener elementos de convicción para resolver la controversia, lo que en definitiva importa a la comunidad en general.

²¹ Lo que fortalece aún más la viabilidad del artículo 309 *in comento*.

²² Ob. Cit. Pág. 517

²³ Antes se habló de una limitación fáctica.

²⁴ Y es justo a este punto al que queremos llegar, pues como ya mencionamos antes, siguiendo al profesor CARMELO BORREGO sobre que “*con pleno apoyo y justificación en la salvaguarda del interés de la justicia como valor constitucional de mayor entidad que el bien individual de libertad, el Fiscal justificará su conducta en el deber de obtener y asegurar los elementos necesarios para la investigación*”. Muy bien agrega BORREGO al referirse al ejercicio de la libertad que: “*hay que advertir y de ello se encarga la propia Constitución se trata de un derecho que tiene limitaciones, en momentos en que ha habido lesión y sacrificio de otro u otros. En esta dirección, la Constitución Venezolana apunta que el ejercicio del derecho individual no puede ir más allá del derecho de los demás, ni tampoco el ejercicio del derecho individual puede contrariar el orden público y social (relatividad del derecho individual frente al colectivo) (artículo 20 CRBV). Debido a esta especial circunstancia, cada vez que exista una contrariedad que afecte las consideraciones antes expuestas, habrá que concluir en la necesaria intervención; eso sí tomando las cautelas que indica el texto constitucional. Pues la única justificante que puede tener la lesión de las garantías es la lesión de bienes jurídicos penalmente tutelados*”. Siguiendo la idea, y sobre el orden público, enseña CARMELO BORREGO citando a NIKKEN que: “*a menos que esta idea de orden público se entienda en los términos en que lo expone Nikken a propósito de la preservación de los derechos humanos, pues el Estado se debe a la protección de los derechos fundamentales y aquí está el compromiso para que sean preservados (Nikken,1991)*”. Además, CARMELO BORREGO al comentar el citado artículo 20 Constitucional, señala que: “*De manera furtiva se introdujo en este artículo una tesis que contraria el postulado del artículo 3 de la Constitución a propósito de los derechos humanos vistos desde la individualidad, sobre todo, porque al anteponerse la tesis del orden público puede pervertirse el sentido de protección que brinda la Constitución en otros sectores, especialmente, los que se refieren a los derechos civiles ofrecidos en el Capítulo Tres de la Constitución. Por otro lado, la tesis del orden implica tal como lo señala Zaffaroni una gran falacia que impulsa diversas respuestas desesperadas justificadas o no, más si esa palabra “orden” se acompaña con otra “ley” que viene a formar la famosa frase “ley y orden” donde participan una serie de entes (agencias de publicidad entre ellas), especializados en crear invenciones de la realidad, maximizando los hechos de sangre, propiciando la instigación pública a cometer delitos mediante metamensajes, propiciados por las propagandas y slogans tales como: la impunidad es absoluta, los menores pueden hacer cualquier cosa, los presos entran por la*

donde el profesor CASAL comienza a explicar el tema de las colisiones entre principios y reglas²⁵.

En caso de *colisiones entre principios* se debe, en primer lugar, tener mucho cuidado al momento de darle superioridad a uno sobre el otro²⁶, pues lo correcto es ir directamente al caso en concreto y verificar cuál de ellos debe imponerse y hasta qué punto debe imponerse. Solución que una vez adoptada aplica únicamente al caso en particular.

Sobre las *colisiones entre reglas*, nos enseña CASAL que el problema es respecto la validez de la regla, donde sólo hay que determinar cuál es verdaderamente la válida y consecuentemente será esa la que ha de ser aplicada²⁷.

Finalmente, otro aspecto relacionado con el punto en estudio que aborda CASAL, es la determinación efectiva del ámbito protegido por el derecho fundamental, pues únicamente a través de dicho ejercicio se determinará, en definitivas cuentas, si el Estado vulnera realmente el derecho fundamental alegado.

En este sentido, el artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL se refiere a la aprehensión temporal de un sujeto²⁸ y no al arresto o detención del ciudadano en un centro especial; el objeto es la retención en el acto²⁹, para evitar el entorpecimiento.

puerta y salen por la otra. Y concluye el autor: “Estas campañas tienen ocurrencia siempre que las agencias se sienten amenazadas en su ejercicio de poder, como vimos, pero también cuando se halla próximo un golpe de Estado; en este último caso, la campaña no solo es de indignación moral frente a hechos violentos, sino que se extiende a la violencia colectiva, degradación de las costumbres(...)” (1990:102). De modo que este concepto de orden público puede ser extravagantemente poroso asimilando cualquier cantidad de situaciones que permitirán lacerar las garantías, garantías que como bien señala Binder se encuentran enfrentadas ante una gran crisis en Latinoamérica (2000), sobre todo, por reacciones desesperadas del oficialismo o de los grupos de poder que se sienten afectados en razón de las políticas que se proyectan y ejecutan desde el gobierno, esto es, que se busca un sentido de justificación y legitimación de las reacciones que —indudablemente— afectarán el máximo valor constitucional como es la libertad”. Y esta tesis, no parece contrariar la sostenida por CASAL, pues a pesar de que tienen distinta argumentación, el resultado es el mismo, el cual no es otro que concluir que siempre habrá un principio que cede ante otro y de eso precisamente trata el artículo 309 in comento. (BORREGO. Ob. Cit).

²⁵ Precisamente la colisión entre el principio libertad y el principio justicia, es el conflicto que encontramos en el artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.

²⁶ Solución distinta hasta la aquí señalada, pues siguiendo a BORREGO (quién comenta el artículo 203 del COPP), hemos dicho que la justicia se impone ante la libertad, como conflicto entre un bien colectivo contra uno individual. De todas formas, sea cual fuere la teoría que se adopte, la conclusión a la que llegamos es que en los casos del 309 del COPP, hay colisión entre principios constitucionales que deben ser resueltos.

²⁷ Muchos son los ejemplos en que, ante ciertas circunstancias, se le otorga prevalencia a un derecho fundamental sobre otro por colisión. Uno de ellos es el supuesto de improcedencia de la medida de privación de libertad (artículo 253 del Copp) que debe ceder ante la contumacia o rebeldía del imputado de comparecer a la audiencia. Aquí colisiona el derecho a la libertad con la tutela judicial efectiva y la celeridad procesal, que, de acuerdo al caso en concreto, deberá dársele preeminencia a estos últimos. De mayor evidencia es el derecho a la defensa, que respetamos “durante todo grado y estado del proceso”, pero ante la necesidad de ajustarse a las normas procedimentales que impiden efectuar alegatos en cualquier momento durante el transcurso del proceso, la defensa debe soportar un límite, que está conformado justamente por otro derecho fundamental.

²⁸ O como la llama Borrego “providencia cautelar *in ipso*” Ob. Cit. Pág. 114.

²⁹ Lo que entendemos como retención en el acto, es la captura del sujeto en el sitio donde se efectúa el acto de investigación, que, a lo mucho, implica su traslado a una zona próxima (una habitación vecina, fuera del lugar o a algunos metros del sitio donde se efectúa el acto, donde se impida efectivamente el entorpecimiento), pero

Así pues, si llegamos a sostener que tal aprehensión no afecta la libertad personal³⁰, sino la libertad de tránsito³¹, entonces, al analizar la constitucionalidad del artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, lo haremos con atención a éste último principio (entiéndase: libertad de tránsito), cuyo régimen constitucional es completamente distinto³²-
33

Finalmente, CASAL nos explica la tesis³⁴ de los que piensan que existen límites inmanentes a los *derechos*, cuyo origen está en la conducta irracional apartada de las mínimas reglas de civilidad, moral y de orden público, que no pueden considerarse nunca protegidas por un derecho fundamental; no obstante, agrega CASAL, refiriéndose a las disertaciones de ALEXY³⁵, que dichas conductas, en *prima facie*, sí están protegidas, pero por existir otros principios opuestos, puede verse desplazado el derecho.

Ahora bien, dicho todo lo anterior, de igual importancia es entender, a la hora de verificar la aplicación del artículo 309 del Código Adjetivo Penal, que la justificación de la aprehensión es con la única finalidad de lograr el cumplimiento del deber que tiene el MINISTERIO PÚBLICO de investigar los hechos relacionados con determinado delito³⁶, a lo que debemos concluir que el *acto que se perturbe* debe estar relacionado con una investigación criminal, y tener como finalidad la búsqueda, identificación o aseguramiento de elementos de convicción. Sólo el actuar con tales precedentes, justifica la restricción de libertad, pues la conducta típica adquiere legitimidad ante la necesidad de resguardar elementos indispensables para la investigación. La perturbación de cualquier otro acto no justifica la aprehensión³⁷.

Antes de seguir, queremos recalcar que la aprehensión debe atender a *específicos límites con atención a la realización del acto*, es decir, la aprehensión debe ser

no se puede permitir el traslado a una zona diferente que implique un castigo por el entorpecimiento del acto. La aprehensión es a los fines de llevar a cabo el acto, y no como un castigo por entorpecerlo.

³⁰ Pues incluso se puede permitir que el sujeto se traslade a otro sitio distinto al lugar donde se practica el acto.

³¹ Ejemplo muy similar con, el cual, nos ilustra JESÚS M. CASAL.

³² Pero todo, finalmente, dependerá de la interpretación que le demos a la libertad personal, pues si lo hacemos en el entendido que libertad personal implica el traslado del sujeto al lugar donde él quiera, entonces debemos concluir que cualquier prohibición (no sólo el arresto, sino cualquier restricción al libre tránsito) implicaría una privación a la libertad personal del sujeto, lo que, como dice el autor en comentario, conduciría a algunos resultados absurdos. Pero también, explica el autor, quienes piensan de esta manera terminan restringiendo el ámbito de interpretación de la libertad personal sólo a las medidas que hagan uso de coacción física, pero enseña CASAL que ello también restringe mucho el ámbito de protección, y ejemplifica con el sujeto que es internado en un centro de atención para enfermos mentales por presentar problemas psiquiátricos.

³³ En todo caso estamos en presencia de una medida de coerción personal, o como la llama Maier *coerción procesal*, la cual debe atender a dos fines que expresados sintéticamente son: correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal. (Julio Maier. Ob. Cit. Pág. 514.)

³⁴ Perfectamente aplicable al caso del artículo 309 *in comentario*.

³⁵ Autor por el cual, como ya se menciono, CASAL se guía.

³⁶ Que conlleve a patentizar la necesaria intervención funcional para evitar que queden frustradas la certeza de que en el lugar existente evidencias claras de algún injusto.

³⁷ Dice Borrego que en supuestos donde el sujeto se oponga u obstruya el acto del Ministerio Público, "*la lógica aconseja atender a la razón que asiste al imperio de la justicia*". "*La Constitución...*". Ob. Cit. Pág. 114.

adecuada, necesaria y proporcional. *Adecuada* para llevar a cabo el acto de investigación que se propone el MINISTERIO PÚBLICO; *necesaria* por no existir otra opción sino la aprehensión; y *proporcional* por cuanto el caso que se investiga está enmarcado en una investigación criminal cuya finalidad es ubicar o preservar elementos de convicción en favor de aplicar justicia, lo que justifica la aprehensión. La *proporcionalidad*, según CAROCCA PÉREZ³⁸, obliga siempre al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio de los intereses en conflicto. Roxin, por su parte, nos dice que el principio de proporcionalidad ha aumentado la eficacia de los derechos fundamentales en el caso individual con un alcance nunca conocido³⁹.

Respecto a la duración de la aprehensión, sólo procederá desde el momento en que el sujeto comenzó a entorpecer el acto y hasta la finalización del mismo, tomando en cuenta que la aprehensión nunca podrá durar más de seis horas, aunque el acto no haya concluido.

Finalmente, como exigencia formal, debe confeccionarse un acta que recoja la medida adoptada y sus motivos⁴⁰, la fecha y hora de su comienzo y cesación. La hora de cesación no se puede fijar con anticipación, pues como la detención sólo es durante el acto, la hora se determina una vez finalizado éste, por lo tanto, en el acta debe dejarse constancia de la hora en que comenzó la aprehensión⁴¹, y luego de finalizado el acto se podrá saber con exactitud la hora de su cesación y de ello se dejará constancia. Debemos destacar que el momento de finalización del acto marca la duración de la aprehensión⁴², no pudiendo el MINISTERIO PÚBLICO ordenar aprehensiones por tiempos determinados *a priori*, por ejemplo: aprehensión desde las once de la mañana hasta las cuatro de la tarde, pues como ya se dijo, la finalización de la aprehensión tiene su límite en el justo momento de la finalización del acto. Aunque la actividad del MINISTERIO PÚBLICO dure más de seis horas, la aprehensión no puede tener la misma duración, ya que seis horas es el segundo límite legal de tiempo.

En conclusión, en aquellos casos donde la conducta del perturbador encuadre en algún hecho punible que merezca pena privativa de libertad, deberá, sin lugar a dudas, conducir su aprehensión y posterior presentación ante un *Juez de Control*. En caso de que la conducta no sea punible, se deberá actuar con apego a los criterios aquí expuestos, lo que,

³⁸ Citando a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, en “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”. Editorial. Colex, Madrid, 1990; en “*Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*”. J.M. Bosch Editor. Barcelona 1998. Pág. 21.

³⁹ A lo que agrega “*por cierto, a costo de la seguridad jurídica*” Roxin. “*Derecho Procesal...*” Ob. Cit. Pág. 12.

⁴⁰ Que no es otra cosa que las razones que obligaron al MINISTERIO PÚBLICO a tomar la medida, es decir, la narración de los hechos que realizó el sujeto y que estaban destinadas a perturbar el acto de investigación, y la argumentación del Fiscal explicando que la aprehensión era el único justificativo para poder realizar el acto correctamente.

⁴¹ Que debe ser desde o luego del momento en que comenzó el entorpecimiento del acto y nunca antes de la realización de la conducta entorpecedora, pues ello significaría la restricción de la libertad de un sujeto con motivo de una conducta que no ha realizado aún.

⁴² Que incluso puede ser menor de seis horas, pero nunca exceder de la finalización, así no hayan transcurrido las seis mencionadas horas.

en el peor de los supuestos, no quitará lo típico de la restricción de la libertad⁴³, pero sin lugar a dudas, la justificará⁴⁴, pues como bien dice CAFFERATA NORES, “*las restricciones podrán considerarse arbitrarias si fueren incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltas de proporcionalidad*”⁴⁵, en otras palabras, CAFFERATA enseña que la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquella que, aún con amparo en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho⁴⁶.

Actuar conforme a todos estos criterios, responde la pregunta formulada al inicio de este análisis, y por consiguiente, legitiman la finalidad que busca el artículo 309 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL.

⁴³ Y así concluye PÉREZ DUPUY (Ob. Cit. Pág. 31) al referir que la detención según el artículo 309 *in comento*, queda fuera de los supuestos del artículo 44.1 Constitucional.

⁴⁴ Mir Puig, citado por Borrego en su ya citada obra “*Constitución y proceso...*” Pág. 219 expresa que: “*En sentido formal antijuridicidad penal significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho Penal. La antijuridicidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, a ello se añade la ausencia de un interés prevalente que justifique el hecho. Ambos aspectos se han considerado características de hecho contemplado ex post, como resultado disvalioso. En la actualidad se destaca la necesidad de atender también a la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva ex ante, mientras que se discute el papel tradicional del desvalor de resultado. Por otra parte, hoy suele incluirse en lo injusto no sólo el aspecto objetivo del hecho, sino también el aspecto subjetivo representado por la finalidad que guía la acción. También esto influye en el desvalor de la conducta. El carácter penal de la antijuridicidad que importa al Derecho penal obliga, finalmente, a incluir en su contenido material el significado de relevancia penal que aporta la tipicidad penal*”(1998:122). La descripción anterior motiva a pensar que cualquier funcionario que actúe fuera de los lineamientos de un acontecer criminal y si realiza la conducta bajo la justificación de la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, entonces no podrá tenerse como ilegítima una actuación, con lo cual se entraría a evaluar un problema de irregularidad de la prueba obtenida. Pero a —raja tablas— no se puede entrar a declarar una invalidez absoluta sin que antes se evalúen todos estos interesantes aspectos que también informan al campo procesal. Al contrario opina Queralt cualquier agente público no puede respaldar su actuación bajo las causas de justificación: legítima defensa o estado de necesidad y argumenta el autor: “*Aquí valga decir únicamente que la idea motor de la legítima defensa es la necesidad de la defensa y la del estado de necesidad la proporción entre el mal que se causa y el que pretende evitar. Si ello es así, parece que existe suficiente consenso como para sostenerlo, supone algo que los partidarios de la subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad pasan por alto: para el policía, la legítima defensa y el estado de necesidad son o muy amplios o muy estrechos. La desmesurada amplitud es contraria a la idea de proporcionalidad y especialidad del Derecho ablativo del Estado en materia de libertades y derechos públicos subjetivos; la estrechez supone caer en una indefensión de la sociedad y de los individuos y grupos que la integran*”. Para el nombrado autor la conducta del funcionario policial que permite justificarla jurídicamente es cuando ha obrado en cumplimiento pleno del ejercicio del cargo y para ello hay que determinar en qué consiste ese ejercicio del cargo atendiendo a la regulación de la función y misiones de la policía contenidas en el ordenamiento legal. “*Ello quiere decir que, si la función ha sido ejercitada de acuerdo a los parámetros que norman la función policial y por más que se haya producido una lesión en un bien jurídico—penalmente protegido, no puede decirse que dicha conducta sea penalmente antijurídica*”(1999:45) Particularmente, puede decirse que las causas de justificación no están dispuestas para unos o para otros ciudadanos o funcionarios; por esta razón, si la situación fáctica permite considerar la existencia de la causa de justificación, en razón de la necesidad y la proporcionalidad, entonces lo adecuado es dar lugar a considerar la justificante y declarar la juridicidad de la conducta.

⁴⁵ CAFFERATA NORES. Ob. Cit. Pág. 20.

⁴⁶ Siempre se deberá atender al caso en particular, para que finalmente pueda plantearse la solución adecuada.