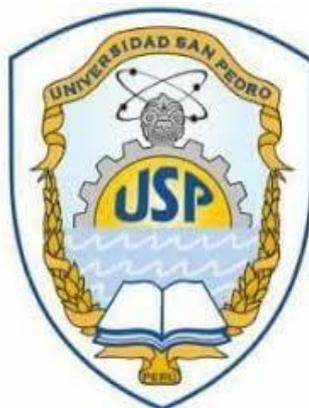


**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS**  
**POLITICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“El uso desmedido e irregular de la prisión preventiva y la vulneración del derecho de presunción de inocencia”**

**Trabajo de Suficiencia Profesional**

**Autor:**

Correa García, Yaqueline

**Asesor:**

Dr. Robles Prieto, Luis Enrique

Sullana - Perú

2017

## **PRESENTACIÓN**

En el presente trabajo se desarrolla el emblemático debate jurídico-penal que siempre ha existido entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva durante la sustanciación de un proceso penal, procurando identificar los principales cuestionamientos y/o aspectos problemáticos que pudieran generarse, así como las justificaciones que las han promovido. Es por ello que resulta importante, plantear las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la finalidad de la prisión preventiva en el marco del principio de presunción de inocencia? Y ¿La prisión preventiva vulnera o no el principio de presunción de inocencia?

Es por ello que se ha investigado todo lo relacionado a la prisión preventiva a partir de la injerencia que supone en la libertad personal de un individuo que se presume inocente, así como los límites que, de acuerdo al derecho, los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad y la relación que se debe establecer entre éstos. Asimismo, se hace referencia a los requisitos materiales de la prisión preventiva: establecidos en el nuevo código procesal penal entre otros.

## **DEDICATORIA:**

Este presente trabajo se lo dedico a Dios todo poderoso que me ha dado la vida y fortaleza para culminar este trabajo, y en especial a mi hijo que es mi motivación para seguir adelante, así mismo a los seres más importantes en mi vida quienes siempre han aportado un granito de arena para que pueda culminar mi carrera profesional. ¡Que el señor derrame bendiciones a cada uno de nosotros...!!!!

**PALABRAS CLAVES:**

TEMA	Preventiva, presunción, inocencia
ESPECIALIDAD	Derecho

**KEYWORDS:**

TEXT	preventive, presumption, innocence
SPECIALTY	LAW

## LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho y Ciencia Políticas	ÁREA	SUB. ÁREA	DISCIPLINA	PREGRADO
	5.Ciencias sociales	5.5 Derecho	Derecho	Derecho

## INDICE

PRESENTACIÓN.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
PALABRAS CLAVES.....	iv
LINEA DE INVESTGACIÓN.....	v
INDICE.....	vi
RESUMEN.....	1
SUMMARY.....	2
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	3-6
2. MARCO TEÓRICO.....	7-35
3. METODOLOGIA .....	42
4. CONCLUSIONES .....	43
5. RECOMENDACIONES.....	44
6. REFERENCIAS.....	45

## RESUMEN

La prisión preventiva se viene aplicando en nuestro país de manera inmoderada, contrariamente a su naturaleza excepcional que reconoce el valor axiológico y constitucional de la libertad como regla general, así como el principio-derecho de la dignidad humana que preside el orden político jurídico, lo que ha ocasionado que dicha medida pre cautelatoria personal se transforme en un ordinario mecanismo represivo de facto. Frente a esta problemática, el autor realiza un análisis desde la perspectiva político criminológica a partir de una muestra válida y fiable de aquellas resoluciones judiciales que disponen la prisión preventiva, así como de la influencia mediática que ejerce presión en el criterio del magistrado para tal efecto. La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia. El derecho de presunción de inocencia [arts. 2.24.e) de la Constitución peruana<sup>8</sup> y II.1 del TP NCPP<sup>9</sup>] es uno de los principales límites de la prisión preventiva. Ese derecho implica que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible sea considerada inocente y tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme debidamente motivada.

El derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado, como regla de tratamiento del proceso penal, comporta la prohibición de que la prisión preventiva pueda ser utilizada como castigo. La prisión preventiva solo puede ser utilizada con objetivos estrictamente cautelares: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad

---

Palabras Claves: Preventiva, presunción, inocencia

## SUMMARY

Preventive detention has been applied in our country in an immoderate manner, in the sense that, in general, the axiological and constitutional value of freedom is recognized as a general rule, as well as the principle-right of human dignity that presides over the order political-legal. which has caused that personal precautionary measure to become an ordinary de facto repressive mechanism. Faced with this problem, the author makes an analysis from the political perspective, from the point of view, trust, confidence, trust, the judiciary, preventive justice, the role of the judge of the law. The preventive detention is without a doubt the most serious and the policy of the functions that the court can represent in the course of criminal proceedings. Through the use of a fundamental right in freedom, in a premature procedural stage in which he has not yet been convicted, his innocence is presumed. The right to presumption of innocence [arts. 2.24.e) of the Peruvian Constitution<sup>8</sup> and II.1 of TP NCPP<sup>9</sup>] is one of the main limits of pretrial detention. This right implies that every person is imputed for the commission of a punishable act.

The subjective right to the presumption of innocence of the accused, the rule of treatment of the criminal process, the prevention of imprisonment, prevention, preventive resistance, preventive resistance, preventive detention Criminal proceedings and the eventual execution of the penalty. Objectives that can only be achieved by avoiding the risks of flight and the obstruction of the truth investigation

---

Keywords: preventive, presumption, innocence

# CAPITULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 957, (Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en el Perú), cumple con un rol de gran trascendencia en la sociedad toda vez que se inicia una faceta de revertir la delincuencia organizada y reducir la sobrepoblación carcelaria; en virtud de ello se dictan las medidas coercitivas personales y reales, siendo una de ellas la prisión preventiva, consagrada en el Artículo 268° de la citada Norma.

Al respecto, se define a la prisión preventiva, estableciendo sólo los presupuestos materiales que deben concurrir, para limitar un derecho fundamental que es la libertad, por lo que resulta menester señalar que: La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal de mayor magnitud, que prevé nuestro sistema jurídico procesal, consistente en la privación de la libertad personal del imputado mediante el ingreso a un centro penitenciario por un tiempo determinado por Ley, con la finalidad de asegurar su presencia en el proceso y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria (Peligro Procesal).

Sin embargo, en la actualidad se evidencia una interpretación distinta de la finalidad de la prisión preventiva, citando para ello lo establecido en el Artículo 253° inciso 3 del Código Procesal Penal, la cual señala que la restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable.

La prisión preventiva -o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad- suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos,

mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, la investigación se pueda llevar a cabo sin obstaculizaciones indebidas y que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplan con la pena impuesta.

Los riesgos son claros en ambos sentidos: una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales. Por otro lado, una persona que enfrenta un proceso en libertad con intención de boicotarlo podría con relativa facilidad frustrar la obtención de (Hurtado Rodríguez, 2011) justicia, sea mediante la fuga o la manipulación y/o obstaculización de la actividad probatoria. En esa misma línea, se puede afirmar que dicha medida coercitiva se viene aplicando en nuestro país de manera inmoderada, lo que ha ocasionado que ella se transforme en un ordinario mecanismo represivo de facto. Frente a esta problemática, se realizará un análisis desde la perspectiva político criminológica de una muestra válida y fiable de aquellas resoluciones judiciales que disponen la prisión preventiva, así como de la influencia mediática que ejerce presión en el criterio del magistrado para tal efecto.

## **2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cómo evitar el uso desmedido e irregular de la Prisión Preventiva Y La Vulneración Del Derecho De Presunción de Inocencia?

## **3. HIPÓTESIS**

“Se puede evitar aplicando la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad, regulando de manera adecuada el uso y aplicación de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva; debiendo el juez optar por la aplicación de la medida menos gravosa que sea idónea para evitar razonablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones, al momento de dictar el

mandato de prisión preventiva y así evitar el Uso Desmedido e Irregular De La Prisión Preventiva respetando el derecho de presunción de inocencia”

#### **4. VARIABLES**

##### **4.1 Variable independiente**

aplicando la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad, regulando de manera adecuada el uso y aplicación de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva; debiendo el juez optar por la aplicación de la medida menos gravosa que sea idónea para evitar razonablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones.

##### **4.2 Variable dependiente**

Evitando el Uso Desmedido e Irregular De La Prisión Preventiva respetando el Derecho De Presunción De Inocencia

#### **5. OBJETIVOS:**

##### **5.1 Objetivo General**

- i. Determinar los efectos del abuso del mandato de prisión preventiva y si esta medida vulnera el derecho de presunción de inocencia, en el momento en que el juez dicta este mandato de prisión preventiva.

##### **5.2 Objetivos Específicos:**

5.2.1 Evitar que la prisión preventiva sea utilizada como un castigo anticipado y que deba imponerse únicamente para neutralizar un riesgo de fuga o de obstaculización del proceso

5.2.2 Determinar que el derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado, como regla de tratamiento del proceso penal, comporta la prohibición de que la prisión preventiva pueda ser utilizada como castigo.

## **6. JUSTIFICACIÓN**

### **Social**

El presente trabajo tiene una gran relevancia en la sociedad, toda vez que implica que las personas, especialmente los operadores de derecho como, Jueces, Fiscales, Abogados, estudiantes de derecho, entre otros, conozcan los presupuestos materiales que sustentan una prisión preventiva de un imputado, y en qué medida se cumple la finalidad del proceso penal evitando así el uso desmedido de dicho mandato y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

### **Jurídica**

Permite comprender en qué condiciones se puede aplicar el mandato de prisión preventiva debiendo tener en cuenta que: “La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

Ello debido a que se pretende establecer en qué condiciones sería conveniente incorporar esta la figura jurídica, como presupuesto material para que el juez pueda dictar el mandato de prisión preventiva.

## CAPITULO II.

### MARCO TEORICO

#### 2.1 MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL:

##### **Definición:**

(YATACO, 2009) Afirma que “Las medidas coercitivas son todas aquellas restricciones al ejercicio de los derechos (personales o patrimoniales) del imputado o de terceras personas, que son impuestas o adoptadas en el inicio y durante el curso del proceso penal tendente a garantizar el logro de sus fines, que viene a ser la actuación de la ley sustantiva en un caso concreto, así como la búsqueda de la verdad sin tropiezos”. Asimismo, refiere que, “las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal (tal y como acontece con los procedimientos simplificados de citación directa o por “flagrante delito” del derecho comparado) no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento de medida cautelar alguna.”<sup>1</sup> (YATACO, 2009)

(Sanchez Velarde, 2004) afirma “las medidas cautelares o de coerción procesal, como las llama el nuevo código procesal, son aquellas medidas judiciales que tiene por finalidad asegurar la presencia del imputado a la sede judicial y la efectividad de la sentencia, tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio. Las medidas cautelares o coercitivas cumplen función de aseguramiento de los objetivos del proceso penal, que se aplica para casos taxativamente revistos en la ley y bajo determinados principios, principalmente los de necesidad, provisionalidad y proporcionalidad.”<sup>2</sup> (Sanchez Velarde, 2004)

Cesar San Martin Castro las denomina “medidas provisionales, y las define como los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucionalidad, de carácter personal o patrimonial, de las personas,

---

<sup>1</sup>ROSAS YATACO, Jorge. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores. Pág. 111.

<sup>2</sup>SANCHEZVELARDE, Pablo. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa. Pág. 324

se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones prejudiciales que el imputado podrá realizar durante el transcurso del proceso de declaración.”<sup>3</sup> (San Martín Castro, 2003)

### **Características de las medidas de coerción procesal**

Las características que presentan estas medidas de coerción procesal son:

- a) Instrumentales.- Tienen una relación de medio a fin con el proceso. Son disposiciones que se dictan para cumplir con los fines que persigue el proceso. Carecen de finalidad propia.
- b) Coactivas.- Su concreción puede implicar el empleo de la fuerza pública, pero, al restringirse derechos fundamentales, es imprescindible brindar las máximas garantías de un proceso.
- c) Son rogadas.- En el Nuevo Código Procesal Penal las medidas de coerción tienen el carácter de rogadas, es decir, necesariamente deben ser requeridas por la parte legitimada. El artículo 254 párrafo 2), establece que: (...) requieren de resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado.
- d) Urgentes.- Se adoptan estas medidas cuando se aprecian circunstancias que objetivamente generan riesgo para la futura eficacia de la resolución definitiva. Para ello el juez cuenta con limitados elementos de juicio, y su concesión debe ser rápida, de tal manera que su procedimiento tiene la nota de sumariedad.
- e) Proporcionales.- Se rigen por tres principios intrínsecos: adecuación, necesidad y subsidiariedad. El primero se refiere a que toda medida adoptada debe ser apta para alcanzar el objetivo pretendido; el segundo, a si la medida adoptada es precisa para asegurar el respeto de la ley o del interés público sin más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz; el tercero, a si no existe otra medida que sea menos lesiva para el interés privado, es decir, se trate de la alternativa menos gravosa. Finalmente, la proporcionalidad exige que la resolución que contiene la medida debe ser motivada, de tal manera que puede estar sujeta al control jurisdiccional.

---

<sup>3</sup>SAN MARTIN CASTRO, Cesar. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Lima: Grijley. Pág. 1072

- f) Variables.- La regla impone que la permanencia o modificación de una medida estará siempre en función a la estabilidad o variación de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial. Para Mario Rodríguez Hurtado las características o notas más importantes de las medidas de coerción son:
- a) La legalidad, o acogimiento en la Constitución y el desarrollo de su forma aplicativa en la norma legal ordinaria.
  - b) La judicialidad, o impartición por el órgano jurisdiccional.
  - c) La necesidad o concordancia entre las medidas y los requerimientos de la marcha procesal.
  - d) La temporalidad, esto es, su extensión no indeterminada en el tiempo.
  - e) La reformabilidad, o variación cuando sus supuestos o soportes que las fundamentan cambian.<sup>4</sup> (Hurtado Rodríguez, 2011)

### **Principios de las Medidas de Coerción.**

Las medidas coercitivas se rigen por determinados principios que nacen de la Constitución y los convenios o pactos internacionales relacionados con los derechos fundamentales de la persona, (Sanchez Velarde, 2004) afirma que son los siguientes:

- a. Respeto a los derechos fundamentales.- Es el marco rector de las medidas de coerción previstas por la ley procesal. Constituye lo que primero ha considerado el legislador al regular los principios en la determinación de las medidas coercitivas cuando establece que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, “solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella” (Art. 253.1). No cabe una medida coercitiva o cautelar fuera del ámbito del respeto a los derechos humanos. (Sanchez Velarde, 2004)

---

<sup>4</sup>RODRÍGUEZHURTADO, Mario. (2011). Coerción Procesal Penal: Medidas Provisionales o Cautelares para conjurar Peligro Procesal y restrictivas de Derecho motivadas por búsqueda de prueba. *Revista de la Academia de la Magistratura*, 10, 65-100.

- b.** Principio de excepcionalidad. - Las medidas coercitivas se aplican excepcionalmente, es decir, cuando fuera absolutamente indispensable para los fines del proceso penal, de tal manera que la autoridad jurisdiccional debe de considerar en primer orden la citación simple y sólo adoptar aquellas otras de mayor intensidad cuando fuere estrictamente necesario.
- c.** Principio de proporcionalidad. - La medida de coerción que se impone debe guardar proporcionalidad con el peligro procesal existente y que a su vez se relaciona con el delito doloso o culposo y la gravedad o no de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, entre otros factores propios de la conducta penal y procesal. La comisión de un delito de poca intensidad o considerado leve puede merecer una medida de coerción de su misma intensidad o proporcionalidad.
- d.** Principio de provisionalidad.- Las medidas de coerción sólo se sujetan a la regla *rebus sic stantibus*. Se aplican por el tiempo estrictamente necesario para alcanzar sus fines y en todo caso, hasta alcanzar los fines del proceso; no son medidas definitivas sino provisionales, lo que significa que en cualquier fase procesal o una vez concluido el mismo cesa o se convierten en definitivas mediante otras formas procesales. Al mismo tiempo, las medidas son temporales por cuanto la ley establece los plazos máximos de duración.
- e.** Principio de taxatividad.- Sólo se pueden aplicar las medidas coercitivas que se encuentran reguladas en la ley procesal, de allí que se haga mención expresa a que la restricción de derechos fundamentales requiere de expresa autorización legal (art. 253.2). en tal sentido, el Fiscal no podrá solicitar ni el Juez imponer una medida de coerción que no se encuentre regulada en la ley de manera expresa.
- f.** Principio de suficiencia probatoria.- La adopción de las medidas coercitivas se decide con sustentación de elementos probatorios vinculadas principalmente al peligro de fuga o de entorpecimiento u obstaculización de la actividad probatoria. El legislador utiliza la frase de suficientes elementos de convicción para referirse al cúmulo de pruebas que debe basar el mandato judicial

- g.** Principio de motivación de la resolución.- La motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional. Tratándose de decisiones judiciales que importan restricción de derechos de personas, las mismas deben ser suficientemente motivadas. En consecuencia, la resolución judicial que ordena la medida de coerción exige ser fundamentada acorde con la norma constitucional y los requisitos que la ley establece. Por ello se exige, bajo sanción de nulidad, que contenga exposición breve de los hechos, cita de normas transgredidas, la finalidad que se persigue, los elementos de convicción que sustentan la medida, el tiempo de duración y los controles de ejecución.
- h.** Principio de judicialidad.- Las medidas de coerción sólo son dictadas por el órgano jurisdiccional, a pedido del Fiscal o las partes, antes del proceso y durante el mismo. Al Ministerio Público se le reconoce alguna medida de coerción como es la orden de conducción compulsiva.
- i.** Principio de reformabilidad o variabilidad.- La medida de coerción puede ser objeto de modificación por la autoridad jurisdiccional sea a pedido del fiscal o las partes o de oficio por el mismo juez, cuando a) varíen los supuestos que motivaron su imposición; y b) por desobediencia a los mandatos judiciales, es decir, cuando se incumplen de las reglas de conducta emanadas del juez. La variabilidad de las medidas pueden ser de mayor a menor intensidad y viceversa.<sup>5</sup> (Sanchez Velarde, 2004)

El artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal, señala que el Juez a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos, sea posible determinar la concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos materiales: suficiencia probatoria, pena probable y peligro procesal.

El primer presupuesto es la suficiencia probatoria, al respecto el inciso a) del art. 268° establece que deben existir “fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”, ello supone evaluar la calidad probatoria que se

---

<sup>5</sup>SANCHEZVELARDE. Ob. Cit. Pág. 325-327.

acompaña a una denuncia o la que haya aportado una investigación preliminar, no se trata entonces de cualquier análisis, sino de un proceso objetivo y razonado, pues la norma exige la existencia de fundado y graves elementos de convicción, sólo así entonces, un mandato de prisión preventiva, tendrá la idoneidad suficiente para no vulnerar el principio de presunción de inocencia. En nuestro concepto, tal procedimiento supone analizar: La existencia de suficiente prueba material, la relación de elementos fácticos con el presunto autor, la concurrencia de los elementos típicos que integran el delito imputado y el análisis de todos los elementos que integra la teoría del delito; siendo necesario todo ese análisis, porque sólo así será posible determinar la probabilidad si existe o no una razonable vinculación del imputado con los hechos.

El segundo elemento es la pena probable, al respecto el inc. b) del art. 268° establece: “Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”. Se trata de un elemento vinculado estrechamente a la suficiencia probatoria, pues el juez tendrá que hacer una proyección de pena en caso la situación del imputado no varíe. No se trata entonces, de una simple proyección de la pena conminada, esto es, la verificación del máximo y el mínimo de la pena asignada al delito imputado. Es un análisis de los hechos junto a un razonamiento jurídico, que debe considerar todos los aspectos procesales y sustantivos del caso en particular.

El tercer supuesto es el peligro procesal, al respecto el inc. c) del art. 268° establece dos hipótesis: La primera cuando el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga); y, la segunda cuando el imputado tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: a) el arraigo en el país del imputado, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, b) la gravedad de la pena que se espera, c) la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del

imputado para repararlo, d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en procedimientos anteriores, y e) la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas; y para calificar el peligro de obstaculización, el Juez deberá considerar, el riesgo razonable de que el imputado podrá: a) destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; b) influir en sus coimputados, testigos o peritos, para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; c) inducir a otros a realizar tales comportamientos.

Y según mi postura para calificar el peligro de reiteración delictiva el juez tendrá en cuenta: a) La gravedad y modalidad de la conducta punible, b) El número de delitos que se le imputan y el carácter de los mismos, c) La existencia de procesos pendientes del imputado, d) Encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios penitenciarios, e) La condición de reincidente y/o habitual del imputado, f) Existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra la víctima o su familia; circunstancias que se encuentran estrechamente vinculados a la suficiencia probatoria, en la medida que se deberá contar con evidencias y/o indicios obtenidos por el Fiscal y valorados por el Juez, con la finalidad de determinar que exista la probabilidad que el imputado continuará la actividad delictiva”

De lo expuesto se infiere que el Juez de la Investigación Preparatoria, ordenará la prisión preventiva cuando sea estrictamente necesario, para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización o hasta que se varíe por otra medida o cese dicha privación. Por ello la prisión preventiva no debe ser la regla general, de allí que debe adoptarse excepcionalmente con la finalidad de asegurar la presencia física del imputado en las diligencias judiciales que la autoridad investigadora determine, así como asegurar la ejecución de la pena, y según nuestra postura para evitar el peligro de reiteración delictiva.

### **Presupuestos de las medidas de coerción.**

Existen dos presupuestos que la doctrina reconoce y que son de suma utilidad para marcar los lineamientos básicos en la adopción de las medidas coercitivas o cautelares. El *periculum in mora* o peligro en la demora, y que radica en el peligro procesal: fuga del procesado, ocultación personal, entorpecimiento de la prueba, ocultamiento de sus bienes, etc. El *fumus bonis iuris*, que es la razonada atribución del hecho punible a una persona y que, al igual que el primer supuesto, se debe de sustentar en suficientes elementos de convicción.

### **Requisitos del auto judicial**

(YATACO, 2009) Afirma que la descripción judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad:

- a. La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.
- b. La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.
- c. La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución.<sup>6</sup>

Asímismo el jurista Alonso R. Peña Cabrera Freyre señala que La adscripción a un Sistema Procesal-Acusatorio, no supone dejar al libre arbitrio del ente acusador la imposición de medidas de esta intensidad, lo contrario significaría quebrar el plano de igualdad de armas procesal, propio del adversarial. Ahora bien, no basta que la medida de coerción emane de un dictado jurisdiccional, sino que la resolución (auto) que la acoge debe estar debidamente motivada, exponiendo claramente las razones que ameritan su imposición, de conformidad con los principios antes mencionados. Sin duda, una medida de esta naturaleza necesita de un mínimo de sustentación judicial, como medio indispensable para controlar los

---

<sup>6</sup>ROSAS YATACO. Ob. Cit. Pág. 445

excesos judiciales, y como una forma arbitraria de tutelar los derechos fundamentales.<sup>7</sup> (Peña Cabrera Freyre, 2007)

### **Legitimidad**

Respecto a la legitimidad (Peña Cabrera Freyre, 2007) afirma que Las medidas de coerción procesal sólo pueden ser adoptadas por el Juez competente, previa solicitud del Fiscal. No obstante, se reconoce al actor civil, la facultad de solicitar el embargo y la ministración provisional de posesión, es decir, solo en el ámbito de las medidas de coerción real.

Los sujetos legitimados, deberán sustentar debidamente su solicitud, con sujeción a los principios glosados, adjuntando cuando sea necesario, los actos de investigación u otros elementos de cognición que sean relevantes para su apreciación judicial.<sup>8</sup>

### **Variabilidad**

La variación de las medidas de coerción procesal penal, según Alonso R. Peña Cabrera Freyre se da cuando los presupuestos que justificaron la imposición de las medidas coercitivas, pueden desvanecerse, o en su defecto, diluirse de forma significativa. En tal virtud, el Juez o a solicitud de los sujetos legitimados, podrá reformar la medida, por una menos gravosa o por una más intensa (comparecencia-detención), o también, habiendo denegado en un principio la medida, tiene la potestad de adoptarla. Para todos estos casos rige lo dispuesto en el artículo 254.1. Asimismo refiere que la solicitud de embargo y de ministración provisional de posesión, corresponde únicamente al actor civil. En efecto, la reforma, la revocatoria o sustitución de medidas coercitivas de naturaleza personal, sólo corresponde al persecutor público y al imputado, quienes, haciendo uso del derecho de defensa, impugnarán el auto judicial. El Juez, a fin de resolver,

---

<sup>7</sup>PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2007). *Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas. Pág. 686-687

<sup>8</sup>PEÑA CABRERA FREYRE. Ob. Cit. Pág. 687-688.

deberá escuchar previamente a las partes en una audiencia, bajo la primacía de la oralidad y el contradictorio.<sup>9</sup>

### **Impugnación**

(Peña Cabrera Freyre, 2007) afirma que la posición adversarial en el proceso la protagonizan el órgano persecutor y el imputado, son ellos quienes en principio dinamizan la actividad probatoria. De conformidad con el principio de doble instancia, los sujetos legitimados para impugnar la imposición de medidas de coerción procesal (personal y real), son los sujetos antes mencionados, quiere decir, en relación a las medidas que se adoptan para cautelar la concretización del objeto civil y del objeto penal.<sup>10</sup>

### **Clasificación**

Medidas de coerción personal

- i. Detención (policia)
- ii. El arresto ciudadano
- iii. Detención preliminar Judicial
- iv. La prisión preventiva
- v. Comparecencia
- vi. Internación preventiva
- vii. Impedimento de salida
- viii. Conducción compulsiva.

Medidas de coerción real

- a) Embargo
- b) Desalojo preventivo
- c) Pensión anticipada de alimentos
- d) La incautación

Las medidas de coerción personal recaen sobre la persona del imputado, restringiendo algunos derechos que son protegidos por la Constitución. Las medidas

---

<sup>9</sup>PEÑA CABRERA FREYRE.Ob. Cit. Pág.688.

<sup>10</sup>PEÑA CABRERA FREYRE.Ob. Cit. Pág.689.

de coerción real afectan el patrimonio del inculcado o del tercero civilmente responsable.<sup>11</sup> (YATACO, 2009)

## **2.2.LA PRISIÓN PREVENTIVA SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL**

### **PENAL:**

La prisión preventiva corresponde al mandato de detención del Código Procesal Penal de 1991 y los presupuestos materiales para dictarla son similares (art. 268°.1). Sin embargo, el nuevo Código añade como presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados (art. 268°.2). Constituye un aporte del nuevo Código, la enunciación de supuestos para calificar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, ya que esta calificación en la práctica judicial no ha sido homogénea y en algunos casos fue arbitraria y subjetiva. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio. El cambio más relevante que trae el Código en materia de prisión preventiva está constituido por la obligatoria realización de una audiencia previa antes de decidir el encarcelamiento de un imputado, en la que el Fiscal tenga que solicitar la medida y la defensa, como el imputado, contradecirla. Esta audiencia debe realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada la medida (art. 271°). El nuevo Código Procesal Penal, atento a la flexibilidad y desformalización de la investigación preparatoria, reduce los plazos límites de duración de la prisión preventiva. Así por ejemplo, tratándose de procesos complejos el plazo límite es de dieciocho meses, con una posibilidad de ser prolongada a pedido del Fiscal por nueve meses más. Se incorpora expresamente la posibilidad, en caso de excarcelación por vencimiento del plazo límite sin sentencia, de adoptar no las

---

<sup>11</sup>ROSAS YATACO. Ob. Cit.Pág. 446

diligencias judiciales, sino también la imposición de las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288°, dentro de las cuales no se encuentra la detención domiciliaria. Procede la reforma de la comparecencia por el mandato de prisión preventiva, si durante la investigación aparecen fundados indicios delictivos de que el imputado se encuentra incurso en los supuestos del artículo 268°. El nuevo Código Procesal penal elimina la libertad provisional y opta por el mecanismo de la cesación de la prisión preventiva –similar a la actual revocatoria del mandato de detención, y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente. La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de la libertad y el estado de la causa. La cesación de la prisión preventiva será revocada si el imputado infringe las reglas de conducta o no comparece a las diligencias del proceso sin excusa suficiente o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte auto de prisión preventiva en su contra.

### **2.2.1. Fines De La Prisión Preventiva En El NCPP:**

La finalidad de la prisión preventiva es el aseguramiento de institutos desde una óptica sustantiva y procesal, en la primera, la ejecución de la pena, y en la segunda, la realización del proceso penal. Se dice que todos tenemos derecho a la presunción de inocencia, si esto fuera así, entonces cualquier definición sobre la libertad personal del imputado deberá ser en sentencia, porque si no sería una suerte de pena anticipada. El proceso penal es cognitivo y hay que enfocarlo dialécticamente, porque es distinto el estadio de actos de investigación, el de inicio de juicio oral y el de valoración probatoria. El grado de cognición será mayor en esta última etapa, aunque esto obviamente no es absoluto porque puede darse el caso de que no se haya probado nada, de tal forma que la presunción de inocencia prevalece. Por qué es necesario mantener encerrada a una persona. La medida cautelar tiene fines de aseguramiento o cumplimiento de algo, por ejemplo, desde el derecho sustantivo que

se pueda ejecutar la futura condena la que guarda relación con el *fumusboni iuris* o *fumuscomissidelicti*. Nos explicamos: si hay apariencia de derecho; entonces, hay alta probabilidad de que el imputado sea responsable del ilícito y, en consecuencia, sea condenado. En la estructura de la prisión preventiva, esto ocurre con el cuántum de la pena a imponerse, es decir, la denominada *prognosis* cuyo cálculo probable tiene relación con la suficiencia probatoria; de lo que se puede concluir que la suficiencia y la *prognosis* están dentro del contexto del *fumuscomissidelicti*. El *fumuscomissidelicti* se sustenta en información recabada en los actos de investigación de la Fiscalía con el apoyo de la policía. Formalizada la 44 investigación preparatoria la Fiscalía puede solicitar prisión preventiva. Apliquemos esto a un determinado ejemplo: En el caso A, de robo agravado, tenemos que preliminarmente se ha recabado la siguiente información: declaración del agraviado que narra las circunstancias de la sustracción de su patrimonio evidencias de preexistencia, reconocimiento del imputado, certificado médico de lesiones causadas, testimonio de personas que vieron el robo, el reconocimiento del presunto autor por estos testigos y declaración del imputado negando el hecho. En el caso B, de robo agravado, tenemos que preliminarmente se ha recolectado lo siguiente: declaración del agraviado que narra las circunstancias de la sustracción de su patrimonio, evidencias de preexistencia, reconocimiento del imputado, certificado médico de lesiones causadas, testimonio de personas que vieron el robo, el reconocimiento del presunto autor por estos testigos, declaración del imputado negando el hecho, testigos del imputado que estuvieron a la misma hora con él, boletas de pago de que labora en una empresa reconocida del medio, informe de la empresa que confirma que estuvo durante la hora de comisión del hecho haciendo labores. Si a un juez se le pone en conocimiento de ambos casos, con esta información seguramente concluiría que la suficiencia probatoria es mayor en el caso A que en el caso B. La *prognosis* que se halla en el *fumuscomissidelicti* será de mayor probabilidad que supere los cuatro años en el caso A que en el B. La suficiencia probatoria está enlazada a la comisión del ilícito y de la pena por lo que, al ejecutar una prisión preventiva, se busca asegurar la ejecución de la futura pena. ¿Esto afecta la presunción de inocencia? Si lo vemos desde una perspectiva estática, y no dinámica, se dirá que la

posibilidad de quiebre de la presunción solo se hará como resultado de la valoración probatoria; pero si asumimos una concepción dinámica, veremos que la presunción se va enervando durante el proceso o se va manteniendo incólume si la información fáctica recabada, no es suficiente para acreditar algún tipo de responsabilidad penal. La prisión preventiva se sustenta, además, en el *periculum in mora*, esto es, el riesgo procesal en sus dos vertientes, riesgo de fuga o perturbación de las fuentes de prueba, que tiene como afecto ponerle trabas al proceso penal.

### **2.3. JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA PRISIÓN PREVENTIVA:**

La Corte Suprema en la Casación N° 01-2007/Huaura, del 26 de julio de 2007, ha definido los alcances de la prisión preventiva así: “La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima – caracterizada por su brevedad y su limitación temporal –de naturaleza estrictamente cautelar –evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia –y dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del *iuspuniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables –por ejemplo, y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses, amén de sustentada en supuestos notorios de evidencia delictiva,, tales como la flagrancia, o, según el caso, razones plausibles o comisión delictiva [sospechas o indicio concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito]; no es, en principio, un medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida coercitiva persona, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultamiento o destrucción de las fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel e instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo]. Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un período de tiempo más alto, a requisitos más exigentes –cuyo eje es

la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y de motivación”. En el auto del Exp. N° 2008-01367 JIP, Tacna, del 27 de julio de 2008, se señala que “la prisión preventiva es la medida de carácter personal de mayor gravedad que prevé nuestro ordenamiento jurídico procesal. Los fundamentos referidos en el artículo 268 del CPP son los únicos presupuestos materiales que deben verificarse a fin que el Juez determine la procedencia o no de la misma. Habiéndose verificado la concurrencia copulativa de los tres presupuestos materiales requeridos se resuelve declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva”. Esta misma línea de razonamiento la encontramos en el auto del Exp. N° 2008-01285 JIP, Tacna, del 16 de julio de 2008.

#### **2.4. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NCPP:**

Se ha seguido con cierta similitud con los presupuestos fijados por el Art. 135 del CPP de 1991; sin embargo, el art. 268 del NCPP trae algunas diferencias que vamos mostrar. El fiscal está legitimado para solicitar prisión preventiva, pero es el Juez quien decidirá. En el ámbito del *fumuscomissidelicti*, la norma exige la presencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este. Los fundados y graves elementos de convicción, entendemos como la información recolectada por el fiscal, que debe ser aparejada a su requerimiento y que describa la existencia de un delito en sus aspectos objetivos y subjetivos, por ejemplo, el hallazgo de una persona fallecida con proyectiles incrustados en el cuerpo determina que se está ante un homicidio. Ahora, este delito debe tener una conexión con el imputado; esto es, que haya elementos probatorios que lo vinculen como autor o partícipe del delito. La pregunta que debe hacerse es ¿qué información se tiene para inferir que el investigado es el presunto autor? La conexión debe basarse en los datos que tenga el fiscal en su poder.

**2.4.1. Prognosis Más De 4 Años:** Este es otro de los presupuestos que se encuentra en el ámbito de la suficiencia probatoria, de tal forma que el juez se proyecte que, en el caso concreto, podría, darse a futuro una condena con dicha pena. Hay delitos en los que no operaría nunca una detención preventiva como lesiones leves, cuya pena máxima es dos años o delito contra la libertad personal –coacción, igualmente con dos años. La proyección de pena probable debe ser resultado de la suficiencia probatoria, de lo contrario estaríamos sujetos a un requisito puramente formal.

**2.4.2. El Periculum In Mora:** En la norma se establecen varios elementos para que se construya esta posibilidad, y es que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). La presencia del Poder Judicial dictó la Resolución Administrativa N° 325 -2011 –P-PJ, su fecha 13 de septiembre de 2011, que es orientadora en cuanto los alcances y fines de la prisión preventiva. Sobre los presupuestos materiales, indica lo siguiente. “Segundo.- Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico –es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial –para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumusdelicticomissi*]. Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales ilícitos –del material instructivo en su conjunto, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de la culpabilidad). Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosísimo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El Juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad. Si no se cumple con el primer presupuesto

material y el inicial motivo de prisión, el Juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal. Por el contrario, si en el caso específico se cumple con ambas exigencias el Juez debe valorar, como segundo motivo de prisión, la presencia de los peligros de fuga y/o de obstaculización probatoria –de menor intensidad, en especial esta última, conforme avanza el proceso. Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, (i) el proceso de conocimiento (aseguramiento la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena]”.

**2.4.3. Riesgo De Fuga:**La evaluación para determinar la existencia de peligro de fuga se da en base a los criterios establecidos en el art. 269 del NCPP, que son los siguientes: – En arraigo en el país del imputado, que implica que haya elementos objetivos que obliguen al procesado a mantenerse enraizado como el domicilio donde este reside, la presencia de familia, de negocios o trabajo, residencia habitual y si tiene facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. Esto debe ser ponderado adecuadamente, porque una persona que tiene muchos recursos productos del delito, puede tener muchos inmuebles, además, de facilidades de viaje por la que la apreciación puede devenir en bastante subjetiva. En la jurisprudencia, tenemos el auto dictado por el 1º JIP de Puno, Exp. N° 01170-2011-62-2101-JR-PE-0115, del 30 de setiembre de 2012, que razona respecto del arraigo familiar, así: – La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, debe entenderse que va de la mano con la suficiencia probatoria y no con la pena abstracta del tipo penal imputado. – La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente. La voluntad de poder ocuparse del daño causado y resarcir puede ser una muestra de arrepentimiento frente al delito, lo que en perspectiva, se puede valorar cuando se fije la pena, aunque esa es una etapa final. – Se evalúa también el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Este es un

elemento importante pues, por ejemplo, tenemos a un investigado que ha asistido a todas las citaciones de la policía y de la fiscalía, entonces este es un dato objetivo a ser tomado en cuenta para no dictar prisión preventiva.<sup>12</sup> Respecto al requisito riesgo de fuga en el auto dictado por el juez de Puno, Exp. N° 895-2011-37-2101-0116, del siete de julio de 2011, consideró que como este se encontraba ya detenido por otro delito, era imposible su fuga. Lo que hace en el fondo es apoyarse impropriamente en otra medida cautelar, cuando lo que correspondía, en base a esa referencia, era dictar prisión preventiva. Podría darse el caso de que en el proceso anterior se sobresee, entonces sí se le dictó comparecencia, este queda liberado. “Empero esta acta de intervención policial que obra a folios uno, en realidad carece de las formalidades para su valoración correspondiente y por ende sus efectos probatorios válidos dentro de una investigación, más aún si se trata de sustentar con esta acta de intervención policial una privación de libertad; es decir, se trata de un acta de intervención policial firmado solamente por Braulio Pilco Vela y no por quienes indica el contenido del acta de intervención policial”. “De igual manera el acta de prueba de campo e incautación, resulta incoherente con los formulados de cadena de custodia que han sido enunciados acorde a la verificación de la carpeta fiscal en los cuales no se ha consignado esa cantidad de alcaloide de cocaína que inicialmente se indica”. “En cuanto al tercer presupuesto [peligro de fuga] resulta sustancial tomar en cuenta en este momento, que los imputados como lo ha sostenido el Ministerio Público en su requerimiento escrito, están en condición de internos del Establecimiento Penal Puno Ex Yanamayo, como tal se desvirtúa por si solo el peligro de fuga, de que puedan eludir la acción de la investigación fiscal y por ende obstaculizar o perturbar los fines de la investigación<sup>13</sup>, pues bastará con que ellos sean citados para que sean puestos a disposición de la autoridad fiscal o de la autoridad judicial las veces que puedan ser requerido”. Veamos los criterios esbozados en la R.A. N° 325-2011-P-PJ sobre el riesgo procesal: “Tercero: Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse

---

<sup>12</sup>15 Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Jurisprudencia Nacional CPP, cit., p. 53. 51

<sup>13</sup>16 Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Jurisprudencia Nacional CPP, cit., p. 34. 52

en la prisión preventiva –están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno o en otro sentido– en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el Juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el proceso, o incluso en su situación laboral”. Otro aspecto que toca la R. A. N° 325-2011-P-PJ es sobre la existencia o no del arraigo, que debe ser evaluado para dictar o denegar la prisión preventiva. Se enfatiza que la valoración debe ser sobre aspectos cualitativos y vinculados a otros elementos que en conjunto puedan definir respecto de la medida cautelar: “Séptimo.- Que no existe ninguna razón jurídica ni legal –la norma no expresa en ningún caso tal situación –para entender que la presencia de algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión “existencia” o “inexistencia” de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo –medido en términos cualitativos –descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva. Por ejemplo, es un error frecuente sostener que existe arraigo

cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho Procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto –que no lo es– sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado.

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (artículo 269, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en ese caso la “calidad” del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: “las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”. Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera. Octavo.- Que lo anotado en el fundamento jurídico anterior revela que no es posible identificar la supuesta “existencia de arraigo” (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva. Esto es así porque el arraigo- ocurre lo mismo con todos los criterios del artículo 269 del Código Procesal Penal –no es una premisa fija o estable; no es un presupuesto, sino criterio relacional basado en el contexto de cada caso, de suerte que en uno determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no. En consecuencia, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, de existencia o inexistencia de arraigo: lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el solo hecho de que “el imputado tiene domicilio conocido”, es una de carácter estereotipado e importa

una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado”.

**2.4.4. Peligro De Obstaculización:** Para evaluar la existencia o no de esta forma de *periculum in mora*, el NCPP también ha fijado premisas que permitan concluir su existencia o no para sustentar la medida cautelar o su denegatoria. (Art. 270). Un primer criterio es establecer si hay datos o indicios de que el procesado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. Si el fiscal puede acreditar esto, entonces es posible tenerlo en cuenta para detener a una persona, por ejemplo, si en un delito tributario se ha provocado un incendio de un archivo contable, este es, un dato para establecer una forma de peligro procesal que afecta a la parte persecutoria, la que tendría base para solicitar la medida cautelar. Esto no puede confundirse con el derecho a la defensa ni tampoco el derecho a no autoincriminarse, porque por encima de esto se encuentra la búsqueda de la verdad. Tampoco el silencio de un imputado puede tomarse como perturbación de la actividad probatoria, porque propiamente este no es un elemento de prueba.

**2.4.5. Pertenencia A Una Organización Criminal:** La existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a esta, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados, o para obstaculizar la averiguación de la verdad, es otro presupuesto para dictar prisión preventiva. Para realizar un juicio de verosimilitud en el ámbito del riesgo procesal, debe tenerse en claro la naturaleza de las organizaciones criminales. Estas tienen varios rasgos como la permanencia, dado que la vigencia operativa de la organización criminal es indeterminada, esto es, que tiene su génesis, pero no su fin, cuya destrucción puede realizarse básicamente cuando los líderes pierden vigencia y la organización se desarticula, o esta proviene de la propia labor policial, fiscal y judicial, como los carteles de drogas. Otro carácter es la estructura que le da cohesión a la organización criminal, que permite ordenar sus actividades. La estructura puede ser rígida o flexible, vertical u horizontal, cerrada o abierta, pero tiene configurado un sistema de roles, mando funciones y jerarquías, distribuyendo responsabilidades

estratégicas. (Prado, 2006) Afirma que en estructuras criminales como las mafias, podemos ver que ellas se compartimentan y tienen unidades que ven la parte operativa, logística, captación de nuevos miembros, la parte pública o legal; y la que realiza los trabajos más crueles como asesinatos, secuestros, es decir, se asignan roles y están dirigidas por un liderazgo individual o colectivo. (Prado, 2006). La organización criminal planifica para la ejecución de sus actividades o de su proyecto criminal por ejemplo, al hacer un embarque de drogas por una organización dedicada al tráfico de drogas, desarrolla varias actividades como buscar los proveedores, si es que no son los productores directos; las empresas que les servirán de caretas; si se transportará por tierra, por vía aérea o por mar; los contactos en el exterior; los costos de la operación; esto es, cuánto se va a invertir; los riesgos; los planes de contingencia; la cubierta legal<sup>14</sup>, etc. es decir toda una planeación a efectos de que el objetivo estratégico de obtener rentas de las actividades ilícitas, sea el resultado de una organización y planeamiento meticuloso. La organización posee redes de protección, y tiene que ver con el poder económico que poseen las mafias para poder controlar, mediante la corrupción, toda una red que le permite proteger sus actividades; y que va, desde captarse a policías, funcionarios, medios, hasta magistrados. Además, puede hacerlo mediante el soborno o la extorsión contra quien se niegue a proteger sus actividades, o por lo menos, a pasar por alto sus actividades criminales. La jurisprudencia suprema ha establecido, como una pauta para inferir cuando se está ante una organización criminal, la existencia de una pluralidad de ilícitos, en los que han participado los imputados. Así, se advierte en la ejecutoria R.N. N° 4198-2004 de Lima, el trece de julio de dos mil cinco. Otros elementos adicionales para poder concluir que se trata de una organización criminal, se puede extraer de la Ejecutoria Suprema en el R.N. N° 1340-2005 de Lima, del seis de julio de dos mil cinco, como la cantidad de delitos perpetrados, la misma lógica de planificación y ejecución, el número de personas participantes en estos y el rol que cada imputado desempeñaba. En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1024-200519, Piura, el siete de junio de dos mil cinco, para formarse convicción que se está ante una

---

<sup>14</sup>PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada, Idemsa, Lima, 2006, p. 45. 57

banda, se toman como medios de prueba, los testimonios de los coacusados que sindicaron a uno de ellos como cabecilla de una banda, como quien repartió armas y que en la ejecución del delito disparó contra una periodista. Pese a que retractaciones en el juicio oral, el colegiado asumiendo la jurisprudencia vinculante número 3044-2004, del uno de diciembre del 2004, le dio mayor validez a las versiones aportadas en la instrucción. El fallo fue la condena a cadena perpetua del encausado. Aquí, se advierte un importante medio de prueba para probar la existencia de la organización, como es la delación que hace un integrante de ella, cuya motivación es obtener un trato benigno por sus juzgadores.

### **2.5. AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA:**

A diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, que para dictar detención preventiva se hacía sin audiencia, en frío, sin presencia de las partes, el NCPP ha fijado que se debe realizar una audiencia, de tal forma que se pueda garantizar el derecho de las partes; que discurren las posiciones oralmente y haya contradictorio frente al juez, en un escenario de inmediación. El procedimiento es que el Juez, dentro de las siguientes 48 horas siguientes al requerimiento, realizará la audiencia en la que decidirá la prisión preventiva. En la audiencia deberán estar obligatoriamente el fiscal, el imputado y el defensor (Art. 271). El juez, al decidir, deberá evaluar si concurren los presupuestos necesarios para dictar la medida cautelar, y si faltara alguno, deberá imponer uno menos gravoso en el entendido de que la regla es la libertad y la excepción es la prisión. La decisión debe dictarse en el mismo día sin postergación alguna y deberá, bajo sanción de nulidad, estar debidamente motivada. En la medida que hay de por medio, por ejemplo, una persona detenida, hay responsabilidades disciplinarias si alguna de las partes o el mismo juez contribuye en su no realización. Puede darse el caso de que el imputado no quiera estar en la audiencia, en este supuesto, la decisión adoptada por el juez en la audiencia deberá ser notificada dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión de ella. En la casuística se planteó el problema de que para decidirse sobre la prisión preventiva el imputado debía estar detenido. Así, lo señaló como requisito el Auto de Vista del Exp. N° 1456-06 Sala de Apelaciones de Huaura, del 26 de enero del 2007: “Para

que el Fiscal pueda requerir la prisión preventiva de una persona la misma debe encontrarse privada de su libertad, por haber sido detenida en flagrancia o por orden judicial y, solo cumplidos estos presupuestos el fiscal puede continuar con el procedimiento y requerir la realización de la audiencia correspondiente”.

## **2.6. LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:**

La medida cautelar para fines de aseguramiento tiene como presupuesto su temporalidad, por lo que se ha estimado que esta tenga un plazo, siendo el requisito para otorgarla, si vencido el plazo no se ha dictado sentencia. Hacer lo contrario, es prácticamente tener ya con un precondena al procesado. El tratamiento de este plazo en el NCPP, en principios, es de nueve meses; para el proceso común y para procesos complejos, es de dieciocho meses (art. 272 incisos 1 y 2). Si no se ha dictado sentencia, al vencimiento del plazo, se debe liberar al procesado. Esto lo puede hacer el juez de oficio o a pedido de parte. Si otorga libertad esto no le exime a dictar medidas de aseguramiento distintas a la detención, para poder garantizar que asista a las diligencias en las que sea necesaria su presencia. Puede establecer las restricciones incluidas, las que dispone el art. 288, numerales 2 y 4, que son: — Obligación de no ausentarse del lugar donde reside. Evitar concurrir a determinados lugares que lo condicionen a cometer otros delitos, como el domicilio de la víctima o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen, por ejemplo, para firmar un libro de control, aunque esto se va sustituyendo con lapiceros digitales también con tecnología biométrica. — La obligación de otorgar una garantía patrimonial o caución económica, cuya cuantificación debe ponderarse con las posibilidades del imputado. Se permite que la caución se sustituya por una fianza personal idónea y suficiente de un tercero. La finalidad es garantizar que si el imputado incumple o se da a la fuga, se ejecuta la caución sin perjuicio de que se adopten las medidas.

## **2.7. PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:**

La complejidad de los hechos que son materia de procesamiento influye en los plazos, y si estos se desarrollan en una estructura judicial vetusta, pueden convertir los casos en inmanejables, y eventualmente afectar el derecho al plazo razonable que

tiene todo imputado. En el NCPP se considera como presupuesto para la prolongación las circunstancias que dificulten la investigación que realiza el fiscal, sumado a que pueda sustraerse a la acción de la justicia. El plazo máximo de ampliación es de 36 meses, y debe ser solicitado por el fiscal antes de su vencimiento. Si no lo hace, la persona debe ser liberada (Art. 274.1). El juez se pronuncia sobre la afectación del plazo, previa realización de una audiencia que deberá convocarse dentro del tercer día de presentada la solicitud o el requerimiento. La audiencia se realiza con la asistencia del fiscal, del imputado y su defensor, de tal forma que se garantice un contradictorio en este escenario. Luego de oídas las partes y los elementos de convicción, el juez decidirá en ese mismo acto o dentro de las 72 horas siguientes, bajo responsabilidad, si prolonga o no la detención o prisión preventiva. Esta decisión puede apelarse dentro del plazo de 3 días. La Sala Penal se pronunciará previa audiencia, que debe convocarse dentro de las 72 horas de recibido los actuados. En esta audiencia deben ser citados el fiscal superior y el defensor del imputado. El colegiado puede adoptar la decisión debidamente motivada, de inmediato o dentro de las 48 horas bajo responsabilidad. Puede darse el caso de que el imputado ha sido condenado y se ha presentado recurso impugnatorio, entonces la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta. Por ejemplo, si se le condena a 10 años, la prisión preventiva se amplía hasta 5 años, y si el recurso no es resuelto, pues debe dejarse en libertad a la persona. En la jurisprudencia constitucional, se han fijado también criterios para evaluar la complejidad con la STC 2915 -2004 –HC/TC Berrocal Prudencio, que señala: “Para valorar la complejidad de un caso es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. Un problema que tiene que ver con la competencia para prolongar la prisión preventiva, si bien en el caso del juez de investigación preparatoria, no hay problemas, es del caso examinar si en juicio oral esta facultad les corresponde a los jueces del juzgamiento. En la resolución del

Juzgado Penal Colegiado de Moquegua Exp. 00012- 2011- 65-2801-JR-PE-0120, trece de octubre de dos mil once, se excluye de competencia a los jueces de juicio oral, así: “En el caso de la prolongación de la prisión preventiva, el código procesal penal regula las oportunidades y competencias de los jueces expresamente, en esa línea si no las contempla en la etapa de juzgamiento o como función del juez de juzgamiento es que evidentemente el código privilegia garantizar la imparcialidad del juez de fallo que es garantía esencial de la administración de justicia no resultaría procedente recurrir, al juez de juzgamiento para prolongar un medida de coerción, como la prisión preventiva, toda vez que se le estaría imponiendo conocer el caso fuera del juicio oral”. “Los únicos supuestos que autorizan al juez de juzgamiento conocer vía incidencia pedidos relacionados a medidas de coerción serían aquellos que no impliquen análisis o revisión de elementos de convicción del delito o de la responsabilidad del imputado forjados en la investigación preparatoria se encontraría plenamente facultado para pronunciarse sobre la extinción de la prisión preventiva por vencimiento del plazo, otro supuesto lo encontramos en el caso de la revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva”. “La Sala de Apelaciones dispuso que este colegiado debería de emitir pronunciamiento sobre el fondo aunque dicha resolución fue para un caso concreto y no tiene el carácter vinculante para otros casos resolver declarando improcedente liminarmente el pedido únicamente motivaría mayor dilación en el trámite, puesto que la Sala conforme a su posición respecto al tema terminaría anulando la resolución que deniegue el pedido liminarmente, por lo que este colegiado atendiendo al principio de economía procesal emitirá un pronunciamiento sobre el fondo”.

## **2.8. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRISIÓN PREVENTIVA:**

En el NCPP (Art. 275.1), se establece como regla que no se computará los plazos de prisión preventiva cuando la causa sufre dilaciones maliciosas que pueden atribuirse al imputado o su defensa, por ejemplo, un procesado que no asiste a juicio oral, porque finge enfermedad que no tiene justamente para que se venza el plazo de detención o prisión. También los recursos de los abogados que tiendan a entrapar el proceso, los que deben ser manifiestos, recurrentes, de tal forma que ese plazo

logrado maliciosamente se sustraiga del cómputo. Esto incluso obliga al juez a denunciar al abogado defensor ante las comisiones de ética de los colegios de abogados. Como bien anota San Martín Castro, también se puede inferir dilación maliciosa cuando encuadren dentro de los supuestos del art. 112 del Código Procesal Civil, sobre temeridad o mala fe, y que son: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de algún recurso, absolución o medio impugnatorio. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente. 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios. 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso. 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia, generando dilación. De conformidad al art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces pueden llamar la atención, o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar la sanción de todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, plantean solicitudes dilatorias o maliciosas, y en general, cuando falten a los deberes. Esta facultad es extensiva a los abogados.<sup>15</sup> De aquí también podemos derivar la sanción al procesado, no computándole el tiempo que se ha extendido innecesariamente por responsabilidad de este.

## **2.9. REVOCATORIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El liberado por haber vencido el plazo de detención o prisión preventiva no tiene carta blanca para hacer lo que quiera, por lo que ante el incumplimiento de las reglas que se le hubiesen impuesto, la libertad le puede ser revocada. El art. 276 del NCPP prevé la revocatoria si el imputado no cumple con asistir, sin motivo legítimo, a la primera citación que se le formule cuando se considera necesaria su concurrencia. En la práctica, la orden judicial a veces es letra muerta y los procesados negligentemente pueden provocar su encarcelamiento. Para decidir sobre la revocatoria, el juez de la investigación preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento fiscal, puesto que esta es la parte legitimada y el juez no podría revocar de oficio. La

---

<sup>15</sup> SAN MARTÍN CASTRO. Derecho Procesal Penal, cit., V. II., p. 840. 67

audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El juez dictará resolución inmediatamente o dentro de las 48 horas de su celebración. Todas las decisiones adoptadas por el juez como la libertad, la revocatoria o prolongación preventiva se deben informar a la Sala Penal obligatoriamente (Art. 277). De esta situación, se pueden derivar procesos disciplinarios si se han adoptado las decisiones fuera de un debido proceso.

## **2.10. LA IMPUGNACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

La decisión del juez de aceptar o denegar la prisión preventiva puede ser materia de impugnación por parte del afectado con la decisión, y el plazo para presentar la apelación es de tres días de notificado (Art. 278), debiendo elevarse los actuados dentro de las 24 horas. La apelación se concede con efecto devolutivo y sin efecto suspensivo, por lo que la prisión debe ejecutarse. La Sala se pronunciará previa vista de la causa. Este debe realizarse dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación del fiscal superior y del defensor del imputado. La resolución puede expedirse el mismo día o dentro de 48 horas bajo responsabilidad. Dependerá de la organización de la Sala, y de las causas que maneja para cumplir dentro de este plazo, pues la idea que se ha ofrecido con el NCPP es la celeridad. La Sala entre sus opciones puede revocar o confirmar, pero también puede declarar nulo el auto y disponer que otro juez sea el que dicte la resolución previa audiencia. La medida cautelar conforme a las reglas *rebus sic stantibus* puede variar para mayor aflicción del imputado. Si en el curso de la investigación se dan los supuestos de *fumus commissi delicti* y *periculum in mora*, el fiscal podrá requerir que el juez dicte prisión preventiva. Por ejemplo, el imputado se muestra reacio a acudir a las diligencias programadas por el fiscal o trata de huir. La decisión se toma en audiencia con citación de las partes.

## **2.11. VARIACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR**

En esta línea de variación, también el imputado está legitimado para solicitar el cese de la prisión preventiva, petición que deberá resolverse igualmente en audiencia (Art. 283). Si bien se deben valorar los nuevos actos de investigación que debiliten los

presupuestos de la prisión preventiva, también se establece que el juez adicionalmente considere las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la prisión de libertad y el estado de la causa, eso fundamentalmente para medir la proporcionalidad y temporalidad de la prisión; de tal forma que no se convierta en una pena anticipada. Si decide variar la prisión por comparecencia, le impondrá reglas para arraigarlo al proceso penal. El auto puede ser apelado dentro de tercer día de notificado. La excarcelación se debe ejecutar inmediatamente. Si un imputado logró su libertad lo ideal es que cumpla con las reglas impuestas, de lo contrario se puede volver a dictar prisión. Un dato objetivo para revocar es la infracción de las reglas, o no asiste a las diligencias injustificadamente, o trata de fugar. Si se le ha impuesto una caución, está ya no es recuperada, porque se ejecuta la garantía ingresándola a los fondos del sistema de administración de justicia.

## **2.12. MARCO CONCEPTUAL**

**2.12.1. Prisión preventiva:** Prisión preventiva constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos, y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada. Aquí hace referencia al aseguramiento del desarrollo del proceso penal y también al cumplimiento de la pena futura, es decir, una perspectiva procesal y una sustantiva. Cuando se indica que no puede devenir en una pena anticipada, por lo que sería violatoria de la presunción de inocencia, consideramos que es debido a que esta medida está limitada por reglas de legalidad, proporcionalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad.

### CAPITULO III

#### EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Tal como está estipulado universalmente, la prisión preventiva es una medida de precaución, no de sanción. Aunque debiera imponerse únicamente para neutralizar un riesgo de fuga o de obstaculización del proceso, su utilización generalizada como castigo anticipado sigue siendo uno de los retos pendientes de la reforma procesal penal en la región. Concretamente, en Perú, más del 50% de la población penitenciaria está en calidad de procesados esperando sentencia. Muchos de ellos serán inocentes, otros muchos son primerizos de poca importancia. Algunos están acusados de incumplir con el pago de asistencia familiar a su ex pareja. Todos o casi, sin embargo, eventualmente saldrán de la cárcel graduados en delincuencia, la consecuencia inevitable de hacer lo que haga falta para sobrevivir *adentro* y, a la vez, de haber perdido el empleo, los vínculos sociales y familiares y ganar el estigma de presidiario – todo ello antes de y sin importar si al final son o no condenados.

La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia<sup>16</sup> es uno de los principales límites de la prisión preventiva. Ese derecho implica que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible sea considerada inocente y tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme debidamente motivada. Es por esta razón que la legitimidad de toda tutela preventiva en el orden penal depende del contenido que se asigne a la presunción de inocencia.

En tal virtud, es necesario acudir a la triple acepción de la presunción de inocencia: 1) principio informador de todo el proceso penal de corte liberal,

---

<sup>16</sup>. El derecho de presunción de inocencia [arts. 2.24.e) de la Constitución peruana<sup>8</sup> y II.1 del TP NCPP9 ]

2) regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso y 3) regla de juicio fáctico de la sentencia con incidencia en el ámbito probatorio<sup>11</sup>. El derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado, como regla de tratamiento del proceso penal, comporta la prohibición de que la prisión preventiva pueda ser utilizada como castigo. La contradicción material, consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, solo puede salvarse si se le considera como una medida cautelar y no como una pena. De ahí que el factor fundamental para que la prisión preventiva respete el derecho a la presunción de inocencia radica en los fines o funciones que se le atribuyen. La prisión preventiva solo puede ser utilizada con objetivos estrictamente cautelares: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad. Si se admite el uso de la prisión preventiva para obtener fines distintos a los estrictamente cautelares, como los que se asientan en razones de derecho penal sustantivo u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad y naturaleza. En un Estado democrático de derecho, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo de la instrucción. Cualquier función que no sea estrictamente procesalcautelar es ilegítima. Por esta razón, las funciones que pueden atribuirse a la prisión preventiva guardan una estrecha relación con su concepción como una medida instrumental. La prisión preventiva ha sido definida como un instrumento del instrumento, porque su propósito consiste en asegurar la eficacia del proceso, que constituye a su vez, un instrumento de aplicación del derecho sustantivo. Entonces, el proceso principal es el instrumento para aplicar el derecho penal y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho proceso. Si a la prisión preventiva se le atribuyen funciones propias del derecho penal, se afecta el derecho a la presunción de inocencia. Así, se desconoce además

su índole instrumental, en tanto pierde toda naturaleza accesoria para transformarse en un fin en sí misma.

**Prisión preventiva y libertad personal** La prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad personal. Las resoluciones que la impongan deben, por tanto, respetar los requisitos esenciales de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación de las resoluciones que la impongan. Probablemente, el requisito más desarrollado por el TC ha sido el de proporcionalidad. Este principio exige que cualquier limitación de derechos fundamentales debe ser idónea para alcanzar o favorecer el fin perseguido legítimamente por el Estado; necesaria en la medida en que solo debe ser utilizada si su finalidad no puede ser alcanzada por otro medio menos gravoso, pero igualmente eficaz; y, finalmente, proporcional en sentido estricto, lo que supone apreciar de manera ponderada, en el caso concreto, la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican. La necesidad de la prisión preventiva requiere evaluar que se está ante un instrumento que «convive» con otras medidas cautelares destinadas, también, a proteger el desarrollo y resultado del proceso penal (comparecencia simple y restringida, detención domiciliaria, impedimento de salida, suspensión preventiva de derechos). Por lo que siendo la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Debe ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el resultado y desarrollo del proceso penal. El TC señala respecto a la prisión preventiva como último recurso lo siguiente: [...] Si bien la detención judicial preventiva [prisión preventiva] constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria. Ello en ningún caso supone que cuando un determinado ordenamiento jurídico no regule auténticas alternativas, la prisión preventiva se convierta en la «regla general». Un Estado de Derecho

—que es el escenario en el que se manifiesta el principio de proporcionalidad— está obligado a regular un catálogo de medidas cautelares que permita satisfacer la necesidad de proteger el proceso. al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, en el caso concreto, para neutralizar el peligro procesal que se presenta. Aquí opera el principio de proporcionalidad y la necesaria aplicación excepcional y subsidiaria de la privación cautelar de libertad. La aplicación de una medida cautelar personal afecta el derecho a la presunción de inocencia cuando persigue fines espurios, ajenos a su carácter procesal, instrumental y cautelar (vgr. alarma social). Sin embargo, puede suceder que la prisión preventiva persiga un fin legítimo (vgr. evitar el peligro de fuga) pero su aplicación sea desproporcionada, porque, por ejemplo, la función que persigue puede lograrse mediante una medida menos grave (vgr. comparecencia restringida). Esto supone a su vez que las medidas distintas a la prisión preventiva también deben perseguir fines compatibles con la presunción de inocencia (evitar el peligro de fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad), pues en un Estado de derecho, a pesar de que nos encontremos frente a medidas menos intensas, no se justifica ninguna restricción de derechos fundamentales de orden penal, sin una sentencia firme previa y debidamente motivada que acredite la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida. Si se admite que la prisión preventiva solo respeta la presunción de inocencia cuando se utiliza de manera excepcional y subsidiaria, no podríamos sostener lo mismo respecto de las demás medidas cautelares personales que constituyen también una limitación de derechos fundamentales y que sin embargo son prioritarias frente a la prisión preventiva. La presunción de inocencia no es más o menos afectada según la

intensidad de la medida que se elija, cuando el ordenamiento jurídico regula distintas medidas cautelares que implican una limitación de la libertad personal, y todas ellas respetan la presunción de inocencia (en razón a los fines que persiguen). En consecuencia, la intensidad de la intervención del derecho La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fundamental debe revisarse, en realidad, en el ámbito del principio de proporcionalidad. Será desproporcionada la medida que persiga fines que también pueden ser satisfechos a través de una medida menos intensa pero igualmente eficaz. Así mismo, lo serán aquellas medidas aplicadas sin una motivación suficiente. La sentencia del TC que probablemente mejor ha desarrollado el criterio de necesidad respecto a la prisión preventiva es la 1091-2002/HC, de 2 de agosto (Caso «Silva Checa»). En ella, se dice: [...] Su aplicación [se refiere a la prisión preventiva] no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que solo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal. [...]. El principio de favor libertatis impone que la detención judicial [prisión preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional [...]. El carácter subsidiario de la medida impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado [...]. La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar [de prisión preventiva]. En esta sentencia se describe claramente cómo en nuestro ordenamiento el principio de proporcionalidad, en consideración a su necesidad, obliga a que la prisión preventiva sea considerada como una medida excepcional y subsidiaria. Tales presupuestos se coligen con el tratamiento de la prisión preventiva como una limitación de un derecho fundamental, la libertad personal. Además, en ella se destaca un factor fundamental vinculado a la

noción instrumental de la prisión preventiva, la provisionalidad. Esta exige que la privación cautelar de libertad [en tanto accesoria al proceso penal] solo dure lo que dure el proceso principal. El carácter provisional de la prisión preventiva también encuentra su fundamento en la regla *rebus sic stantibus*, que significa que no solo la adopción sino también el mantenimiento de la prisión preventiva está supeditado a las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto. Solo debe mantenerse la prisión preventiva mientras permanezca inalterada la situación que dio lugar a su adopción. Si los presupuestos varían o si se confirma en un determinado estadio procesal que la información hasta el momento obtenida ha quedado desvirtuada, es obligatorio que se disponga su cese inmediato o, en su caso, que se la sustituya por otra medida cautelar personal menos estricta<sup>17</sup>De ahí que una lógica consecuencia de la provisionalidad de la prisión preventiva es su variabilidad. El juez no solo debe elegir una medida necesaria o indispensable para neutralizar el peligro procesal, también, debe variar la prisión preventiva por otra menos intensa en el mismo instante procesal en el que se verifique que los presupuestos que justificaron la privación cautelar de libertad han variado o no eran lo que se pensaba. Esto queda claramente establecido en la sentencia citada cuando se menciona que: «[...] la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegítima e inválida que se dicte o mantenga la medida cautelar [...]»

---

<sup>179</sup>. 19 Gutiérrez de Cabiedes, P. 2004: 83. Gonzalo Del Río Labarthe 106

## **CAPITULO IV**

### **METODOLOGIA**

#### **4.- TIPO DE INVESTIGACIÓN**

##### **4.1 Métodos Jurídicos-Método Doctrinario**

En la presente investigación ha sido necesaria la aplicación del método jurídico-doctrinario para poder analizar diversas posturas dogmáticas, tanto de autores nacionales como extranjeros sobre el tema de investigación como es el uso desmedido e irregular de la prisión preventiva, entre otros temas relacionados a la presente investigación.

Este método nos ha resultado necesario porque a partir de ello se ha podido recabar de las diversas posiciones doctrinarias y con ello el investigador ha podido fijar las razones jurídicas y fácticas y los alcances que van a permitir, que la privación cautelar de libertad constituya un instrumento legítimo, deben respetarse sus presupuestos.

## CONCLUSIONES

PRIMERA: La prisión preventiva constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos, y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse.

SEGUNDA: Subsisten prácticas inquisitivas que vienen usando o abusando de la prisión preventiva, vulnerando el principio de excepcionalidad, de proporcionalidad y de plazo razonable dejando en jaque su legitimidad y efectividad.

TERCERA: Sin duda se concluye que dichas prácticas deben ser desterradas en la medida que dichas influencias obstaculizan el fin criminológico que tiene la prisión preventiva, y así también el proceso penal, que como ya se ha visto, se sigue utilizando medidas que estigmaticen aún más a los procesados, que son presentados como delincuentes natos, sin ninguna oportunidad más que el destierro o aislamiento que el internamiento penitenciario.

CUARTA: Se suma la presión de la prensa o mediática, tanto de la sociedad que se vuelve menos tolerante frente a diversos tipos de delitos; y, hasta la presión política, como instrumentos vagos y de utilidad oportunista para llegar al poder.

QUINTA: Sin duda se concluye que dichas prácticas deben ser desterradas en la medida que dichas influencias obstaculizan el fin criminológico que tiene la prisión preventiva, y así también el proceso penal, que como ya se ha visto, se sigue utilizando medidas que estigmaticen aún más a los procesados, que son presentados como delincuentes natos, sin ninguna oportunidad más que el destierro o aislamiento que el internamiento penitenciario.

## RECOMENDACIONES

PRIMERA: Incentivar a los magistrados para que tomen conciencia de la importancia del interés general de la sociedad y de la víctima frente al derecho de libertad de los imputados, así como de los principios básicos de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares, con el objeto que los pongan en práctica a la hora de fundamentar el mandato de prisión preventiva y la prolongación de la misma.

SEGUNDA: Se sugiere no hacer un abuso excesivo del mandato de prisión preventiva, toda vez que algunas personas a quienes se les debería considerar la presunción de inocencia, han sido enviadas a un penal a la espera de su juicio. En este caso, según las leyes peruanas y las normas internacionales, la prisión preventiva debe ser una medida excepcional y adoptarse solo cuando se juntan tres factores: el indicio de culpabilidad, una pena mayor a cuatro años y el peligro de fuga.

TERCERA: Se sugiere que de acuerdo a los estándares internacionales, la política penitenciaria del país debe ser parte de una política criminal global, enfocada primordialmente en prevención delictiva, entre ellos, el rol del Poder Judicial es importante en cuanto se refiere a la calificación de los presuntos autores de un delito. El tema de la política criminal tiene que ser un tema de Estado. Es necesario y fundamental contar con un plan coherente, sostenido, con metas claras y mensurables, para lograr una reforma penitenciaria seria y profunda, como lo requiere la actual crisis que encara nuestro sistema penitenciario

CUARTA: A pesar que la prisión preventiva es una medida fundamental para que el proceso penal pueda alcanzar sus objetivos, es urgente, no solo desde el punto de vista legislativo, sino también del sistema judicial y penitenciario, que sea implementada una política de tratamiento de los detenidos antes de la sentencia firme que sea capaz de protegerlos de los conocidos efectos deteriorantes del encarcelamiento, garantizándoles el disfrute de todos los derechos fundamentales que no fueron afectados por la medida.

## REFERENCIAS

- Hurtado, M. (2011). Coerción Procesal Penal. *Revista de la Academia de la Magistratura*, 10,65-100.
- Peña, A. R. (2007). *Exegis Del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Rodhas.
- Prado, S. V. (2006). *Criminalidad Organizada*. Lima: Imdesa.
- San Maartin Castro, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley, Pag. 1072
- Sanchez, P. (2004). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa Pag. 289--297.
- YATACO, J. R. (2009). *Manual de derecho Procesal Penal*. Lima : Juristas editores. Pag.245-345