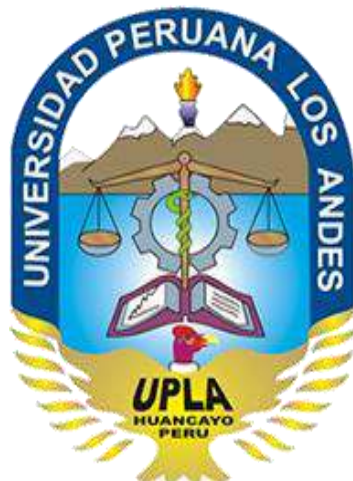


“Año de la Diversificación Productiva y Fortalecimiento de la Educación”

## UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES



### FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO

***“LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ROGACIÓN Y  
ACUSATORIO DEL ARTÍCULO 137° DEL CÓDIGO  
PROCESAL PENAL DE 1991, REFERIDO A LA  
PROLONGACIÓN DE OFICIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA  
BAJO LOS ALCANCES DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL  
DEL 2004 Y LA LEY N° 30076”***

PRESENTADO POR:

**BACH. DAVID JOSÉ LIMAYMANTA SALAZAR**

**BACH. GILBERTH JOSÉ LAURA ROMERO**

Huancayo – Perú

2015

**ASESOR:**  
**ABOG. PAULO CESAR CASTRO FLORES**  
**Docente de la Universidad Peruana Los Andes**

***“A nuestra familia, ya que sin el apoyo de ellos, no habiérámos logrado alcanzar este peldaño...el ser profesionales y ejercer esta noble profesión, les estaremos eternamente agradecidos...”***

### **Agradecimientos:**

*“En especial a nuestro señor todopoderoso por iluminar nuestro camino y por brindarnos la oportunidad de ejercer tan noble profesión”*

*“A nuestros Docentes de nuestra gloriosa Universidad, de quienes aprendimos las diversas lecciones relativas a esta noble profesión y los cuales nos servirán cuando empecemos a ejercerla”*

## INDICE

<b>TEMA</b>	<b>PÁGINA</b>
Carátula	Pg. 01
Dedicatoria	Pg. 03
Agradecimientos	Pg. 04
Resumen	Pg. 10
Introducción	Pg.11
Capítulo I Metodología de la Investigación	Pg. 14
1. Planteamiento del problema	Pg.14
1.1. Descripción o caracterización del problema	Pg.14
1.2. Formulación del problema	Pg.19
1.2.1.1. Problema general	Pg.19
1.2.1.2. Problemas específicos	Pg.19
1.3. Justificación de la investigación	Pg.19
1.3.1. Justificación teórica	Pg.19
1.3.2. Justificación práctica	Pg. 20
1.3.3. Justificación social	Pg. 20
1.3.4. Justificación metodológica	Pg. 21
1.4. Delimitación del problema	Pg.21
1.4.1 Delimitación temporal	Pg.21
1.4.2 Delimitación especial	Pg.21
1.4.3 Delimitación social	Pg.21
1.4.4. Delimitación conceptual	Pg. 21
2. Objetivos de la investigación	Pg.22
2.1. Objetivos generales	Pg.22
2.2. Objetivos específicos	Pg.22
3. Marco teórico	Pg. 22
3.1. Antecedentes de la investigación	Pg. 22
3.2. Marco histórico	Pg. 23

3.3. Bases teóricas de la investigación	Pg. 25
3.3.1. La institución de la prisión preventiva	Pg. 25
3.3.2. El derecho a la libertad individual y la presunción de inocencia como límites para imponerse una prisión preventiva	Pg.26
4. Hipótesis	Pg. 28
A) Hipótesis general	Pg.28
a) Variable independiente	Pg.28
b) Variable dependiente	Pg.28
B) Hipótesis específica	Pg.28
a) Variable independiente	Pg.28
b) Variable dependiente	Pg.28
5. metodología de la investigación	Pg. 29
5.1. Método de investigación	Pg.29
5.1.1. Métodos generales	Pg.29
A. Método histórico	Pg.29
B. Método sociológico y funcional	Pg.29
C. Método dogmático	Pg.29
5.1.2. Métodos específicos	Pg.30
A. Método literal	Pg.30
B. Método sistemático	Pg.30
C. Método teológico	Pg.31
6.1. Tipo de investigación	Pg. 31
6.2. Diseño de investigación	Pg.32
6.3. Población y muestra	Pg.32
6.4. Técnicas de investigación	Pg.32
6.4.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	Pg.32
6.4.2. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	Pg.32
7. Administración del plan	Pg.32
7.1. Cronograma	Pg. 32
7.2. Presupuesto	Pg. 33
Capítulo II La prisión preventiva desde una perspectiva general	Pg.35
1. Generalidades	Pg.35

2. Las posturas justificativas y abolicionistas de la prisión preventiva como medida coercitiva	Pg.54
3. El ministerio público y su función requirente para el dictado de la prisión preventiva	Pg.59
4. El derecho internacional de los derechos humanos y su influencia en las medidas coercitivas referencia a la prisión preventiva	Pg.61
a) El principio de progresividad	Pg.65
b) El principio de irreversible	Pg.66
c) El principio de interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos	Pg.67
5. ¿Puede el derecho penal material “proteger” la libertad personal castigando al sujeto “privándolo” precisamente de su libertad personal?	
6. Algunas cuestiones sobre la prisión preventiva	Pg.69
A. El preso preventivo tiene que ser necesariamente una persona natural	Pg. 72
B. La influencia de los principios del sistema acusatorio-garantista en la admisibilidad de la prisión preventiva	Pg.73
C. El dictado de la prisión preventiva en el marco de delitos complejos ¿Existe un concurso procesal de prisiones preventiva?	Pg.75
D. El delito culposo en la prisión preventiva	Pg.80
E. La flagrancia delictiva en la detención policial	Pg.82
F. Algunas reflexiones finales en torno a la prisión preventiva	Pg.86
Capitulo III Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el NCPP del 2004	Pg.90
1. Definición de las medidas cautelares	Pg.90
2. La prisión preventiva en el Perú	Pg.94
A) ¿Qué es la Prisión Preventiva?	Pg.94
B) La naturaleza y finalidad de la prisión preventiva	Pg.100
C) Principio Rogatoria	Pg.106

D) Perspectiva política y dogmática sobre la prisión preventiva	Pg.108
3. El control judicial de los presupuestos formales y materiales	Pg. 117
A) La constitucionalidad y convencionalidad de la orden judicial de prisión preventiva	Pg. 117
B) Control de los presupuestos y límites para la legitimidad de la orden judicial de prisión preventiva	Pg. 123
C) Control de legalidad de las exigencias formales en el código procesal penal de 2004 para la procedencia de la prisión preventiva	Pg. 128
D) El plazo razonable de la prisión preventiva para ser investigado y juzgado	Pg. 140
E) La duración de la prisión preventiva	Pg. 149
F) La ineficacia de la investigación y su incidencia en el plazo razonable de la prisión preventiva	Pg. 154
Capítulo IV La prisión preventiva como institución procesal perteneciente al código procesal penal del 2004 y su incorporación a través de la promulgación de la Ley N° 30076 en el código de procedimientos penales de 1940 y código procesal penal de 1991	Pg. 157
1. La naturaleza y fines que persigue la Ley N° 30076	Pg. 157
2. La prisión preventiva en el código de procedimientos penales de 1940 y código procesal penal de 1991	Pg. 159
3. La prolongación de la prisión preventiva en el código Procesal Penal de 1991	Pg. 161
4. Los Principios procesales que vulnera la prolongación de oficio de la prisión preventiva en el código procesal Penal de 1991 y crítica desde la óptica del investigador	Pg. 162
Capítulo V Contratación de hipótesis	Pg. 165
1. Contratación de la Hipótesis general	Pg. 165
2. Contratación de la Hipótesis específica	Pg. 166
Capítulo VI Propuesta, conclusiones y recomendaciones	Pg.168
1. Propuesta	Pg. 168



2. Conclusiones	Pg. 169
3. Recomendaciones	Pg. 170
Bibliografía	Pg.171
Anexos	Pg. 180

## **RESUMEN**

En el presente trabajo de investigación se realizó un análisis de la institución de la prisión preventiva, medida coercitiva personal que durante estos años ha venido generando posturas divergentes respecto a su imposición, duración, modificación o prolongación en los procesos penales que se ventilan a nivel nacional. Sin embargo, nuestro estudio centra su objeto en los alcances de esta institución en los procesos que se ventilan aún con el Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal de 1991, D. Leg. N° 124 y las modificatorias generadas por la Ley N° 30076. Tal es así que la Ley N° 30076 adelantó la vigencia de las reglas contenidas en el NCPP del 2004 cuando el juez decida imponer la prisión preventiva en contra de cualquier procesado y asegurar así su permanencia en un proceso penal.

Pero el problema se genera cuando el juez penal de oficio postula la prolongación de la prisión preventiva atribución que se encuentra prevista en el artículo 137° del Código Procesal de 1991, situación que definitivamente vulnera los principios de rogación y acusatorio que son los pilares sobre los que se cimienta la institución de la prisión preventiva, esta anomalía ha sido estudiada por los recurrentes y hemos postulado como solución el adelanto de la vigencia del artículo 274° del NCPP del

2004, para evitar arbitrariedades, incorporación que se realizara a través de la promulgación de una ley especial.

## **INTRODUCCIÓN**

El objetivo de todo proceso penal es lograr averiguar la verdad de los hechos, es decir, durante el proceso penal se busca a través de las pruebas incorporadas legalmente conocer la verdad de *¿cómo se suscitaron los hechos materia de incriminación?*, cargos que pesan sobre cualquier procesado.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que durante la búsqueda y averiguación de la verdad, muchos procesados suelen sustraerse del proceso, es decir, pierden interés en solucionar su situación jurídica y por dicha situación originan que el proceso penal se dilate y no logre el objetivo antes referido, inclusive se desconoce su paradero actual.

También debe tenerse en consideración que en otros casos, las primeras averiguaciones así como el acopio de graves elementos de convicción, los cuales con posterioridad se convertirán en pruebas que se discutirán en el juzgamiento, permiten concluir primigeniamente que el procesado es el que cometió el delito materia de imputación.

Estos hechos citados en los dos párrafos anteriores a nivel judicial generan la necesidad de que los jueces decidan restringir la libertad del procesado de manera preliminar, es decir, se busca a través del uso de

medidas cautelares de naturaleza personal lograr la permanencia del procesado durante todo el proceso penal y que éste no eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria.

Es así que nuestro sistema legal al consagrar en nuestra Constitución el derecho a la libertad, también reconoció que éste derecho no es absoluto, sino que puede ser restringido y limitado cuando la ley y las circunstancias del caso lo determinen. Es frente a estos hechos que se reconoció y se legisló sobre la institución de la prisión preventiva, instituto procesal que permite limitar la libertad de la persona dentro de un proceso penal.

En nuestro sistema judicial relativo a los procesos penales aun a la fecha co-existen varias legislaciones sobre las vías procesales en las que deben de tramitarse los delitos cometidos por cualquier ciudadano, esta anomalía se debe a que a la fecha el NCPP del 2004 aún no se encuentra vigente en todos los distritos judiciales, por ejemplo en nuestra ciudad recién se incorporó su vigencia para todos los delitos éste 1 de julio del 2015. Sin embargo, hasta antes de dicha fecha muchos delitos materia de instrucción y procesamiento aún deben ser tramitados por los procesos y procedimientos que se encuentran pre-establecidos en el Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal de 1991 y D. Leg. N° 124. Este hecho generó gran confusión cuando nuestros legisladores decidieron que se adelante la vigencia de los artículos 268°, 269°, 270° y 271° del NCPP a través de la Ley N° 30076, para que los Jueces evalúen la posibilidad de imponer la prisión preventiva de un procesado, dejando así de lado las disposiciones contenidas en el artículo 135° y siguientes del Código Procesal Penal de 1991, con los cuales el Juez de oficio decidía la comparecencia o detención de cualquier procesado a propio criterio, dando paso a la posibilidad de que los principios de igualdad de armas, derecho a la defensa, contradicción, principio acusatorio, rogación, etc. Sean los que determinen a través de una audiencia previa la posibilidad de que un procesado sea recluido en un establecimiento penitenciario, audiencia que sólo se llevará a cabo siempre en cuando el Ministerio Público es el que haya solicitado la imposición de prisión preventiva en contra del procesado.

Si bien es cierto gracias al adelanto de los artículos ya citados del NCPP del 2004 se evitó arbitrariedades en cuanto a la imposición de la prisión preventiva y la limitación del derecho a la libertad del procesado, aún subsistieron artículos como el 137° del Código Procesal Penal de 1991, el cual permite al juez de oficio prolongar la prisión preventiva en contra del imputado, pero a criterio de los investigadores éste artículo también debe ser derogado y permitir que a través de una ley especial se adelante la vigencia del artículo 274° del NCPP, para que la prolongación de la prisión preventiva en contra de un imputado sea sólo a solicitud del Ministerio Público, lográndose así que los roles de los sujetos procesales y los principios procesales relativos a la actuación de cada sujeto procesal sean los que dirijan este procedimiento, pues la prolongación de oficio, definitivamente vulnera el principio de rogación, sobre el cual se cimienta la institución procesal de la prisión preventiva.

Esta tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera: Capítulo I, en el cual abordamos todo lo concerniente a la metodología de la presente investigación, en el Capítulo II se tratará “LA PRISION PREVENTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL” en el cual analizaremos sus antecedentes históricos, desarrollo y posición respecto algunos juristas de dicha institución procesal, en el Capítulo III analizaremos “LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NCPP 2004”, haremos un estudio sobre las medidas cautelares pero nos enfocaremos en la prisión preventiva que es el objeto de estudio de la presente investigación, en el Capítulo IV se desarrollo “LA PRISION PREVENTIVA COMO INSTITUCION PRECESAL PERTENECIENTE AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004 Y SU INCORPORACION A TRAVES DE LA PROMULGACION DE LA LEY N° 30076 EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991” ésta parte es la parte medular de la investigación, pues nosotros como investigadores realizamos nuestros aportes y analizamos la incorporación de dicha institución a través de la Ley N° 30076 y su coexistencia con los otros dispositivos legales, en el Capítulo V se encuentra la “CONTRATACIÓN DE HIPÓTESIS”, la cual está relacionada a las vigencia y afirmación de nuestras hipótesis que

fueron planteadas en nuestra investigación, por último en el último Capítulo V se encuentran “LAS PROPUESTAS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES” a las que hemos arribado producto de la presente investigación.

Los Autores.

## **CAPITULO I**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

##### **1.1. DESCRIPCIÓN O CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA.**

Debemos mencionar que durante estos años nuestro sistema procesal penal siempre se ha preocupado por lograr la efectividad del proceso penal, es decir, que el proceso penal logre su objetivo “el castigo a través de la pena a imponerse al procesado” siempre en cuando existan

pruebas de cargo que lo vinculen con la comisión del hecho delictuoso materia del proceso.

Es así que entre los diversos modos de lograr dicho objetivo se dio creación a las medidas cautelares personales, las cuales limitan o restringen los derechos de libre tránsito del procesado en sí. Entre las medidas cautelares personales que nuestra legislación incorporó la más grave de todas es “la prisión preventiva”, institución procesal por la cual el procesado es recluido en un centro penitenciario mientras dure el proceso en sí, pero a veces dicha medida cautelar se convierte prácticamente en una pena anticipada para el procesado, situación que debe evitarse, toda vez que una de las características de dicha medida cautelar es su variabilidad, lo que a nivel doctrinario se conoce como la “*rebus sic stantibus*”.

La prisión preventiva es una medida coercitiva personal de naturaleza provisional. Se trata de la privación de la libertad que formalmente decide un juez, dentro de un proceso penal, con el fin de cerciorarse que el procesado este sometido al proceso y no eluda la acción de la justicia o no la perturbe en su actividad probatoria.

La prisión preventiva, llamada también encarcelamiento preventivo, representa un grado de complejidad y gravedad en la privación de la libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás Estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Ella es, precisamente por esa razón, la injerencia más grave en la libertad personal y, al mismo tiempo, la más evidente contradicción con el principio de inocencia que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio*). Prisión preventiva quiere decir, en principio, que desconfiamos del imputado en grado sumo, pues él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone

mantenerlo prisionero durante el procedimiento o consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional –definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal [sic].<sup>1</sup> Al haberse definido de manera preliminar la institución de la prisión preventiva, a la fecha en nuestro sistema jurídico coexisten: el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal del 2004; normatividad que es aplicable para los diversos procesos penales que se vienen ventilando en los diversos Distritos Judiciales, a la cual no es ajena el Distrito Judicial de Junín.

Sin embargo, debemos enfatizar que en lo que respecta al antiguo modelo del Código de Procedimientos Penales el cual regula el Proceso Penal Ordinario así como al D.Leg. N° 124, el cual regula el Proceso Penal Sumario, se le aplican las reglas del Código Procesal Penal de 1991 en lo que respecta a las medidas cautelares personales, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 135° y siguientes de dicho cuerpo normativo.

Es así que a través de la Ley N° 30076 “Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana”, ley que modificó el Código Procesal Penal entre otros Códigos, la cual fue publicada el 19 de agosto del 2013 en el Diario El Peruano, a través de su primera disposición complementaria final se adelantó la vigencia de los artículos 268°, 269°, 270° y 271° del Código Procesal Penal del 2004 que se mantenía en *vacatio legis* para que pueda complementar las decisiones

---

<sup>1</sup>Cfr. MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, T. III, Parte General, 1° ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pg. 415-416.



respecto a las medidas cautelares personales que no eran tan claras y precisas para el Código de Procedimientos Penales, D.Leg. N° 124 y Código Procesal Penal del 1991, pues esta institución de la “prisión preventiva” solamente era aplicable para los Distritos Judiciales en los cuales se encuentra vigente el Código Procesal Penal del 2004 o en su defecto a nivel nacional para los procesos sobre delitos contra la administración pública.

Situación que en la práctica ha generado que cuando se determine la medida cautelar de detención o internamiento del procesado al Establecimiento Penitenciario, **primigeniamente se lleve a cabo una audiencia de prisión preventiva, audiencia que se lleva a solicitud del Ministerio Público, tal como lo establece el artículo 268° del NCPP 2004**, cabe mencionar que en dicha audiencia tanto el Ministerio Público como el Abogado defensor del procesado, discutirán los diversos requisitos o presupuestos para determinar la “prisión preventiva” del procesado, prisión que se extenderá mientras dure el proceso en sí, cabe mencionar que el plazo de detención dependerá del plazo máximo establecido por cada legislación (Código de Procedimientos Penales, D.Leg. N° 124 Código de Procesal Penal de 1991 o Código de Procesal Penal del 2004). Sin embargo, como lo hemos mencionado con anterioridad, el plazo de detención puede ser modificado, cuando no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal o en su defecto cuando nuevos actos de investigación (pruebas) determinen que ya no es necesario continuar teniendo detenido al procesado.

Es ante dicha situación que la presente investigación tornará su estudio e interés, **toda vez que al momento de dictarse la prisión preventiva definitivamente se establece el plazo de duración de dicha prisión**, la cual guarda relación con los actos investigación que se llevarán a cabo mientras

el procesado permanezca recluido en el penal, cabe mencionar que muchas veces se adopta tal decisión porque el procesado puede obstaculizar y perjudicar los actos de investigación porque eludirá la acción de la justicia. **Pero que sucede ¿cuándo el plazo de duración de la prisión preventiva ha vencido?**, definitivamente según lo dispuesto por el Artículo 274° del NCPP del 2004 se establece que la prolongación de la prisión preventiva será a solicitud del Fiscal, situación que guarda estrecha relación con los **principios de rogación y acusatorio**, sobre los cuales se cimientan las labores del Ministerio Público como titular de la acción penal, hecho que permite al procesado poder objetar y cuestionar dicha prolongación, pues la decisión se efectuara previo debate, definitivamente dicho procedimiento guarda respeto a las garantías mínimas de un debido proceso formal y material, el respeto al derecho a la defensa y sobre todo respetando los roles de cada sujeto procesal ostenta dentro del proceso penal.

Sin embargo dichos atributos y derechos que nuestra legislación otorga en el NCPP no son aplicados ni respetados por el Código de Procedimientos Penales, D.Leg. N° 124 y sobre todo por el Código Procesal Penal de 1991, el cual como lo hemos mencionado se aplica de manera supletoria a las dos normas jurídicas ya citadas, los cuales al regir y coexistir de manera conjunta para los delitos comunes en los Distritos Judiciales en los que no está vigente el NCPP del 2004, vulneran de manera flagrante los principios ya citados y la naturaleza de la institución procesal de la “prisión preventiva”, **pues cuando se encuentran ante el vencimiento del plazo de la prisión preventiva no respetan las reglas de la prolongación de la prisión preventiva ya señaladas**, toda vez que no existe un mecanismo para dicha situación, **ya que el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, posibilita al Juez de**

**oficio prolongar la detención del procesado**, situación que a criterio del investigador atenta con la naturaleza de dicho sujeto procesal, ya que prácticamente estaría litigando en contra del procesado, pues inclusive estaría apoyando y adoptando el rol del Ministerio Público, quien en muchas veces al ser el titular de la acción penal, incluso ha perdido interés por el proceso en sí, **situación que nos permite concluir que dicha situación regulada por el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 debe ser eliminada de manera definitiva o en su defecto debe procederse a aplicar los principios y reglas de la institución de la “prisión preventiva”**, institución que como lo hemos señalado entro en vigencia por ser parte del NCPP del 2004, **por lo que en todo caso también debería procederse con el adelanto de la vigencia del artículo 274° de dicho cuerpo normativo para respetar las garantías que le asisten al procesado en los procesos que se rijan bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales y Código Procesal Penal de 1991.**

En consecuencia nuestro análisis se centrará en el estudio y contradicciones generadas por las normas ya citadas.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.**

### **1.2.1.1. PROBLEMA GENERAL.**

¿Debe modificarse el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 respecto a la posibilidad del Juez de prolongar de oficio la prisión preventiva del procesado?

### **1.2.1.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.**

¿Qué principios de la institución de la prisión preventiva vulnera el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 respecto a la prolongación de oficio por

parte del juez de la prisión preventiva del procesado?

### **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

#### **1.3.1. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA.**

A través de la presente investigación se pretende consolidar los principios de la institución de la prisión preventiva, la cual viene siendo aplicada a nivel nacional al momento de determinar la detención del procesado en los diversos modelos procesales, centrando nuestro estudio tanto en el Código de Procedimientos penales así como el Código Procesal de 1991.

También se pretende conocer de manera concreta las facultades, atribuciones y derechos que ostenta cada sujeto procesal dentro del proceso penal, sobre todo cuando nos encontramos ante la discusión de la prisión preventiva que puede recaer sobre el procesado dentro de un proceso judicial.

Asimismo queremos construir y consolidar las bases dogmáticas de la institución de la prisión preventiva en atención al desarrollo doctrinario y jurisprudencial existente a nivel nacional como internacional.

#### **1.3.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA.**

A través de la presente investigación pretendemos que los operadores jurídicos puedan conocer con profundidad los principios sobre los cuales se cimienta la institución de la prisión preventiva, resaltando la labor de cada sujeto procesal, para de esta manera evitar la vulneración de derechos fundamentales como a la libertad locomotora, debido proceso, presunción de inocencia, etc. Pues solo a través de una correcta administración

de justicia se podrá reivindicar la protección de los derechos humanos y fundamentales que nuestro sistema legal contempla y protege.

### **1.3.3. JUSTIFICACIÓN SOCIAL.**

La justificación social de la presente investigación va del lado de que en la actualidad gracias a la prolongación de oficio de la prisión preventiva muchos ciudadanos se encuentran detenidos de manera arbitraria, pues si bien es cierto existe una ley que lo justifica, pero dicha ley atenta contra los principios y naturaleza de la institución por la cual fueron detenidos, es decir, la prisión preventiva. En consecuencia pretendemos que a través de esta investigación se protejan los derechos fundamentales y a la vez exista una mejor administración de justicia, la cual debe ser imparcial y con sujeción a los atributos, derechos y facultades que como sujeto procesal ostenta en nuestra legislación.

### **1.3.4. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA.**

Con la presente investigación lograremos entrelazar las técnicas y métodos de la investigación jurídica con los métodos de análisis e interpretación de la norma jurídica, para así aportar una solución al problema planteado sobre la base del análisis dogmático, doctrinario, jurisprudencial y legal de las instituciones materia de conflicto.

## **1.4. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.4.1. DELIMITACION TEMPORAL.**

Esta investigación abarcará el periodo comprendido entre Diciembre 2014 hasta Junio de 2015.

### **1.4.2. DELIMITACION ESPACIAL.**

La investigación se realizará en la Provincia de Huancayo, Distrito de Huancayo.

**1.4.3. DELIMITACION SOCIAL.**

Al ser una investigación netamente dogmática no se analizara un grupo de personas.

**1.4.4. DELIMITACION CONCEPTUAL.**

En la presente investigación efectuaremos un estudio sesudo de la institución de la prisión preventiva como medida limitativa de derechos, en la cual abordaremos sus principios, naturaleza, requisitos, exigencias, entre otros. Asimismo analizaremos los derechos que son vulnerados por la imposición de dicha medida cautelar, centrandó nuestro análisis al problema materia de investigación.

**2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.**

**2.1. OBJETIVOS GENERALES.**

Determinar la modificación del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 respecto a la posibilidad del Juez de prolongar de oficio la prisión preventiva del procesado.

**2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

Analizar que principios de la institución de la prisión preventiva vulnera el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 respecto a la prolongación de oficio por parte del juez de la prisión preventiva del procesado

**3. MARCO TEÓRICO.**

**3.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION.**

Debemos mencionar que respecto al tema que estamos tratando no existe una investigación que aborde los problemas actuales generados por la vigencia de la institución de la prisión preventiva la cual se encuentra normada por el NCPP del 2004 y que adelanto su vigencia a

partir de la promulgación de la Ley N° 30076 “Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana” y su coexistencia con las disposiciones legales prescritas por el Código de Procedimientos Penales, D.Leg. N° 124 y el Código Procesal Penal de 1991 que en la fecha todavía se encuentran vigentes para los diversos delitos comunes en los Distritos Judiciales en donde el NCPP del 2004 aún no se encuentra vigente en su totalidad para todos los delitos, como es el caso del Distrito Judicial de Junín.

Sin embargo, en la actualidad, existen diversos tratados y estudios dogmáticos sobre la “*Institución de la Prisión Preventiva*”, toda vez que al ser la medida cautelar personal más grave que existe en nuestro sistema legal siempre ha llamado la preocupación y atención a lo diversos juristas<sup>2</sup> de nuestro país por la vulneración constante que esta genera a la libertad individual que inclusive existen pronunciamientos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional al respecto. Asimismo debemos mencionar que dicha institución no sólo es utilizada por nuestra legislación como mecanismo de lucha contra el peligro procesal generado por el proceso sino que ésta también ha sido adoptada por otros países de nuestra región como: Chile, Colombia, México, etc.<sup>3</sup>

### **3.2. MARCO HISTORICO**

---

<sup>2</sup>Conf. QUIROZ SALAZAR, William y ARAYA VEGA, Alfredo G., “La prisión preventiva. Desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad”, ed. Ideas Soluciones, 2014; DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, “La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal”, Ara Editores, 2008; BURGOS MARIÑOS, Víctor y otros, “Estudios sobre la prisión preventiva Perú y América Latina”, BLG Ediciones, 2010.

<sup>3</sup>Ver: INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS, en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

Respecto a la historia legislativa de la “prisión preventiva en el Perú” debemos señalar que esta medida personal está debidamente regulada en los artículos 135° y siguientes del Código Procesal Penal de 1991. Si bien la norma, siguiendo el precedente del Código de 1940, la denominó simplemente detención (el citado Código la llamo “detención definitiva”, pues estableció como medida previa la “detención provisional”, institución indebidamente eliminada por la reforma operada por la Ley N° 24388), lo correcto es – diferenciándola de la detención imputativa en todas sus modalidades- llamarla “prisión preventiva” siguiendo la nomenclatura establecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ex Art. 9.3° PIDCP), según el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales de 1940 la oportunidad en que debe dictarse es el momento de expedir el Auto de Apertura de Instrucción como es obvio quien la dicta es el Juez Penal.

Cabe mencionar que en la actualidad a través de la promulgación de la Ley N° 30076 “Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana” en agosto de 2013, dicha atribución del juez de determinar de oficio la detención o no de un procesado ha quedado de lado, al haberse adelantado la vigencia de los artículos que instauran dicha institución en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004.

El 29 de julio del 2004 se promulgo en nuestro país el Decreto Legislativo N° 957 “Nuevo Código Procesal Penal”, cuerpo normativo en el cual se incorporó la institución procesal de “*la prisión preventiva*”, institución por la cual de manera específica se establecieron los requisitos, plazo, duración, impugnación, etc. Por las cuales se puede dar una prisión o detención a un procesado, mientras dure dicho



proceso con el objetivo de asegurar su presencia en el proceso por el cual se encuentra investigado y así evitar su fuga o su no presencia durante las diversas etapas del proceso, cabe mencionar que la aplicación de dicho cuerpo normativo se fue implementando de manera progresiva en todo nuestro país y a la fecha, dicho cuerpo aún no se encuentra vigente para todos los delitos contemplados en nuestro Código Penal, pues sólo se ha adelantado su vigencia para los delitos de corrupción de funcionarios.

Por último el 19 de agosto del 2013, en nuestro país entró en vigencia la Ley N° 30076, por la cual se modificaron diversos artículos relativos tanto al derecho penal, procesal penal entre otros, es así que en su **PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA final se adelantó la vigencia parcial de los artículos relativos a la institución de la “prisión preventiva”**. Sin embargo, no todos los artículos de dicha institución se encuentran vigentes como el relativo a la “prolongación de la prisión preventiva”, situación que ha generado mucha controversia al coexistir de manera conjunta el Código de Procedimientos Penal de 1940, D. Leg. N° 124 Código Procesal Penal de 1991 y Código Procesal Penal del 2004.

### **3.3. BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACION**

**3.3.1. La Institución de la prisión preventiva.-** La prisión preventiva es un acto procesal dispuesto por una resolución jurisdiccional, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena.

Es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede

adoptar en el transcurso del proceso penal, porque mediante la adopción de esta medida cautelar 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 (Arts. 2º.24.e) de la Constitución y II.1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004) que obliga a 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.

Asimismo, se puede afirmar que es una medida en contra de un ciudadano que tiene la calidad de imputado, la decisión corresponde a la actividad del juez, siendo esta muy sensible.

También debemos señalar que en lo que respecta a la decisión del Juez de prolongar de la prisión preventiva, ésta se efectúa bajo el análisis de los diversos presupuestos de la prisión preventiva (*elementos de convicción que vinculen al imputado con la comisión del hecho delictuoso, peligro de fuga y obstaculización así como la prognosis de pena*) y la cual se debe a que muchas veces durante el transcurso de la investigación no se ha podido recabar caudal probatorio que determine la posibilidad de imponer una medida cautelar menos gravosa a favor del imputado o hacer una prognosis sobre la no participación de este en el ilícito materia de investigación. Debemos precisar que la prolongación de la prisión debe efectuarse previo debate, en el que exista contradictorio entre las

partes e igualdad de armas, solo así podría el juez determinar la prolongación de dicha prisión.

Siendo ello así, en la prolongación definitivamente se tomaran en cuenta los fundamentos por el cual se decidió que el imputado se encuentre privado de su libertad, así como el estado actual del proceso y la posibilidad de que el procesado pueda sustraerse de la acción de la justicia, decisión que será debidamente motivada y la cual guarda estrecha relación con la “institución de la prisión preventiva” al ser una consecuencia de esta.

**3.3.2. El Derecho a la libertad individual y la presunción de inocencia como límites para imponerse una prisión preventiva.-**

Al respecto debemos señalar que en la actualidad existe una gran cantidad de juristas que están en contra con el objetivo que persigue la prisión preventiva, toda vez que limita el derecho a la libertad individual del procesado antes de que se haya determinado su responsabilidad, situación que muchas veces genera que la detención del procesado se convierta en una pena anticipada, cuando en sí ni siquiera se ha determinado la responsabilidad penal de éste, hecho que contraviene el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad individual.

Además debe tenerse en consideración que a través de las disposiciones contenidas por nuestra Constitución, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sentencias del Tribunal Constitucional, Corte Suprema, etc. La prisión preventiva es una excepción y la regla general es

la libertad del procesado, situación que origina el descontento y que inclusive se haya propuesto la inconstitucionalidad de dicha medida cautelar, pues al limitarse el derecho a la libertad en un proceso en el que ni siquiera se ha determinado la responsabilidad penal del imputado definitivamente genera la vulneración de dicho derecho fundamental.

Es por ello que en el presente caso la problemática planteada tendrá como punto de análisis cual es la norma más beneficiosa para el procesado al momento de determinarse la prolongación de su detención, toda vez que la regla es la libertad de este para que pueda comparecer en el presente proceso, es por ello que al existir varias normas jurídicas relativas a la prolongación de la detención, deberá emplearse la norma más conveniente para dar solución a los problemas planteados en la presente investigación teniendo en cuenta la naturaleza y principios de la institución de la prisión preventiva. Institución en la que definitivamente se respetan los derechos antes citados.

#### **4. HIPÓTESIS.**

##### **A) HIPÓTESIS GENERAL.**

El artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 debe ser modificado respecto a la posibilidad de que el Juez de oficio pueda prolongar la “prisión preventiva” del procesado, toda vez que atenta contra el principio de rogación de dicha institución procesal, para tal efecto debe promulgarse una ley derogando dicho atributo del Juez.

##### **a) VARIABLE INDEPENDIENTE.**

El artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 debe ser modificado respecto a la posibilidad de que el Juez de oficio pueda prolongar la “prisión preventiva” del procesado

**b) VARIABLE DEPENDIENTE.**

Atenta el principio de rogación de institución de la “prisión preventiva”

**B) HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

El artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 respecto a la prolongación de oficio de la prisión preventiva del procesado vulnera los principios de rogación, acusatorio, derecho al defensa, debido proceso entre otros.

**a) VARIABLE INDEPENDIENTE.**

El artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 respecto a la prolongación de oficio de la prisión preventiva del procesado

**b) VARIABLE DEPENDIENTE.**

Vulnera los principios de rogación, acusatorio, derecho al defensa, debido proceso entre otros.

**5. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

**5.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN**

**5.1.1. MÉTODOS GENERALES**

**A. Método Histórico.-** Este método nos permitirá conocer el pasado, comprender el presente y tratar de predecir el futuro.

**B. Método Sociológico y funcional.-** Se centra en lo social, estudiando la aplicación de la norma jurídica en el campo fenomenológico. En consecuencia una investigación que opte por la metódica funcionalista partirá siempre del trato

directo con la realidad concreta, que es la materia de sus análisis, hasta lograr una generalización. En materia jurídica, el método funcional es, pues eminentemente inductivo: sus dos columnas son la casuística y la jurisprudencia.

**C. Método Dogmático.-** Este método nos ayudara a comprender que el Derecho está conformado por instituciones las cuales son explicadas en términos jurídicos, es decir, nos permitirá averiguar y comprender la naturaleza jurídica de una determinada institución. Este método consiste en realizar un trabajo de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual y que aparecen expresadas en términos conceptuales, y, como tales, han de reconstruirse y entenderse.

#### **5.1.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS.**

**A. Método Literal.-** Se realizará el análisis gramatical de la normas contenidas en el Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal de 1991, Código Procesal Penal del 2004 y la Ley N° 30076 relativas a la prisión preventiva, prolongación de prisión preventiva, etc. Sobre todo a las que son materia de investigación, para determinar la solución respectiva al problema jurídico planteado a través del estudio del sentido y naturaleza de las normas jurídicas materia de controversia. Marcial Rubio Correa entiende por el método literal “[...] el procedimiento de interpretación consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que

se haya producido la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma. Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario”<sup>4</sup>.

**B. Método Sistemático.-** Se realizará el análisis de los artículos relativos a la prisión preventiva y a la prolongación de la prisión preventiva tanto el Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal de 1991 y Código Procesal Penal, teniendo en consideración que el ordenamiento jurídico es un todo ordenado, jerarquizado y por ende correlativo en sus normas. Para Marcial Rubio Correa este método “[...] reposa en la concepción del Derecho como un sistema estructurado y discrimina la interpretación en función de ello y no del “cuerpo legislativo” en el que se halla la norma jurídica [...]”<sup>5</sup>.

**C. Método Teleológico.-** Así mismo se hace necesario que para la presente investigación se realice una interpretación de los artículos materia de controversia, toda vez que se encuentra en discusión la libertad o detención del imputado, por lo que el análisis de dichas normas bajo la característica de este método es importante porque se trata de la restricción de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad individual. Para Marcial Rubio Correa mediante este criterio “[...] el intérprete asume que la interpretación

---

<sup>4</sup> RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 8ª Edición Septiembre 2004. p. 264.

<sup>5</sup>Ib. Ídem. p. 270.

debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible se obtenga una finalidad predeterminada de la aplicación de la norma jurídica. Este criterio supone, naturalmente, que el propio interprete ha establecido previamente los objetivos a lograr mediante el derecho, o que en todo caso dicha predeterminación ha sido realizada por una persona o autoridad que se la impone”<sup>6</sup>

### **6.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

La presente investigación es básica, también denominada pura o fundamental, porque tiene por finalidad descubrir, describir y explicar nuevos conocimientos teóricamente hablando.

### **6.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

**Nivel Descriptivo**, porque busca especificar las características, aspectos, variables o propiedades del fenómeno de estudio que será analizado, tal y como se encuentran en la realidad.

### **6.3. POBLACIÓN Y MUESTRA**

Por ser una investigación eminentemente doctrinaria solo se recurrirá a la bibliografía relativa, necesaria y argumentativa para el tema de investigación, y no a encuestas ni cotejos con la realidad.

### **6.4. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

---

<sup>6</sup>Ib. Ídem. p. 261.



### 6.4.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La que he decido aplicar es la del fichaje de libros, monografías, artículos, revistas, jurisprudencias, comentarios, folletos, etc. que estén relacionados con el tema de investigación.

### 6.4.2. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Para lograr el procesamiento de datos utilizaremos las fichas de comentario.

## 7. ADMINISTRACIÓN DEL PLAN

### 7.1. CRONOGRAMA

FASE DE ACTIVIDADES (2014 - 2015)	OCT.	NOV.	DIC.	ENE.	FEB.	MAR.	ABR.	MAY.	JUN.
DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	X								
ACOPIO DE BIBLIOGRAFÍA	X	X							
SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA		X	X						
ELABORACIÓN DEL PLAN			X	X					
REDACCIÓN DEL ANTEPROYECTO DE INVESTIGACIÓN				X	X				
EVALUACIÓN Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN				X	X	X			

EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN					X	X			
REDACCIÓN PRELIMINAR DEL INFORME FINAL						X	X	X	
PRESENTACIÓN DE LA TESIS PARA SU APROBACIÓN								X	
SUSTENTACIÓN									X

## 7.2. PRESUPUESTO

PRESUPUESTO	
RECURSOS	GASTOS
<b>RECURSOS HUMANOS</b>	
- Consulta a expertos (x 4 cesiones)	S/. 400.00
- Viajes (pasajes)	S/. 400.00
<b>RECURSOS MATERIALES</b>	
- Material de escritorio	S/. 250.00
- Material Bibliográfico	S/. 4,000.00
- Internet	S/. 200.00
- Copias	S/. 300.00
<b>GASTOS ADMINISTRATIVOS</b>	S/. 200.00
<b>UNIVERSIDAD</b>	S/. 800.00
<b>Total Recursos</b>	<b>de S/.6,550.00</b>

## **CAPITULO II**

# LA PRISION PREVENTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL

## 1. GENERALIDADES

Sabido es que todo proceso –siguiendo a Binder- tiene fundamentalmente cinco fases: una de investigación o instrucción, una intermedia de control de la investigación, el juicio, una fase de impugnaciones y una de ejecución de la pena. Tal es la lógica de cualquier proceso penal<sup>7</sup>. En todas estas etapas procesales puede transitar una persona privada de su libertad, primero detenido policialmente y luego convalidado bajo la prisión preventiva, con la cual la problemática del “encierro cautelar” y su prolongada utilización, se acrecienta.

A la forma de encarcelar a las personas para asegurar los objetivos dentro de un proceso penal, la doctrina y la jurisprudencia lo han denominado indistintamente. “detención judicial”<sup>8</sup>, “encarcelamiento preventivo”. “prisión provisional”, “prisión preventiva”, “prisión cautelar”, en el presente trabajo utilizo la expresión “prisión preventiva” y no por ejemplo “encarcelamiento preventivo” por dos razones fundamentales: primero porque es la que sigue el nuevo Código Procesal Penal 2004 y segundo, porque además el encarcelamiento preventivo es una expresión comprensiva de todas aquellas medidas cautelares de privación de la libertad, aun aquellas dictadas sin orden judicial como la flagrancia delictiva. Así, el encarcelamiento preventivo abarcaría la “detención” en todas sus facetas: la detención policial, el arresto ciudadano, la detención preliminar judicial u por su puesto, la prisión preventiva.

La libertad del imputado está seriamente comprometida cuando se inicia un procesamiento penal por un delito donde se establece una sanción de

---

<sup>7</sup> BINDER, Alberto; ideas y materiales para la reforma de la justicia penal, Buenos Aires, 2000, pág. 95

<sup>8</sup> En el Derecho procesal Peruano, según el artículo 135° del Código Procesal Penal (Modificado por la ley 27753 de fecha 9 de junio del 2002), “el juez puede dictar mandato de detención”.

pena privativa de libertad<sup>9</sup>. Ello implica circunscribirla, no solamente, a aquella etapa decisoria (por ejemplo, la sentencia condenatoria), sino también a aquella etapa provisional es decir cuando se tenga que decidir sobre las medidas cautelares personales durante el desarrollo del proceso penal (por ejemplo, la prisión preventiva), en otras palabras hablar de “imputado” en el proceso penal, es hablar de un progresivo y latente riesgo que recae sobre la libertad ambulatoria riesgo que cobra vigencia en dos momentos definidos uno referido a un estatus temporal, es decir a las medidas de aseguramiento cautelar que puede verse mermada por la actitud que tome el imputado en el desarrollo del proceso, y el segundo, que llamamos de estatus definitivo, referido a la posible imposición de una sanción penal al momento de la sentencia.

El problema de la prisión provisional, no es tanto el de su existencia ya que lo deseable sería que la libertad se mantuviera hasta el momento de dictarse la sentencia sino el de su regulación positiva en la forma más acorde con los derechos constitucionales a la libertad y a la presunción de inocencia<sup>10</sup>. **En líneas generales la prisión preventiva supone la restricción de la libertad ambulatoria de un sujeto mediante el ingreso a un centro penitenciario en tanto se encuentre pendiente un proceso penal contra él y siempre que se encuentre ajustado a ley, la prisión preventiva es la modalidad más radical de la intervención del estado puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización practica pues del principio hasta el final la prisión preventiva es siempre y ya definitivamente una pena aunque sea provisional preventiva o como se pretenda llamar constituye un encierro al fin y al cabo.**

El deterioro institucional de la prisión preventiva está íntimamente ligado al deterioro que padece la sociedad así los clientes de la prisión

---

<sup>9</sup> NEUMAN, Elías; “Aspectos penológicos”, en: Neuman/Irurzun, La sociedad carcelaria, Buenos Aires, 1994, pág. 12.

<sup>10</sup> ASENSIO MELLADO, José María; La prisión provisional, Madrid, 1987, Pág., 30.

preventiva caracterizaban siempre a los sectores sociales marginales un caso particular resulta ser lo establecido por la Constitución Política, en relación a la prisión por incumplimiento de asistencia familiar<sup>11</sup>.

La prisión preventiva enfrenta una situación “crítica”, dentro de la temática del derecho procesal penal como sistema de procesamiento penal. La prisión preventiva es un problema conjunto no solamente del derecho procesal penal sino también del derecho penal sustantivo del derecho de organización judicial y del derecho del Ministerio Público así el proyecto de Código Procesal Penal de la nación, (llamado “Proyecto Maier”<sup>12</sup>) prescribía que el sistema nacional de enjuiciamiento penal tampoco cumple acabadamente su función garantizadora, la utilización arbitraria del encarcelamiento preventivo, es un claro ejemplo de un sistema procesal que, más allá, de declaraciones bien entendidas no respeta al hombre concreto y singular, en otras palabras la prisión preventiva implica desde el inicio del procedimiento roces inevitables no solo con los derechos fundamentales de las personas (principalmente con los de presunción de inocencia y libertad ambulatoria) sino también con los derechos estatales de persecución de los delitos (primordialmente con el principio de oficialidad de la acción penal y la búsqueda de la verdad material, en el proceso penal) ahora bien el citado enfrentamiento no solo es un tema que se resuelve desde el plano estrictamente jurídico legal, es decir dentro de una reglamentación procesal sino que el mismo trasciende a nivel jurídico constitucional sin temor a equivocarme desde el derecho constitucional a través de la constitución hasta el derecho internacional de los derechos humanos a través de tratados y convenios el tema ha sido motivo de preocupación .

En tal sentido a mi entender la dimensión conceptual de la prisión preventiva y su efecto a veces irreversible sobre la efectiva vigencia de los principios de protección del ciudadano, puede presentarse bajo tres rubros a los que bien podría denominarse “cegueras estructurales”: a) un

---

<sup>11</sup> El párrafo “c” del inc. 24 del artículo 2, de la Constitución Política establece que no hay prisión por deudas, excepto por mandato judicial y por incumplimiento de obligaciones alimenticias.

<sup>12</sup> Publicada en la Revista: Doctrina Penal, N 33 a 36, Buenos Aires, 1986, Pág. 651.

primer momento está dado por lo que ha de llamarse la “ceguera fáctica”, que consiste en ocultar los efectos y la verdadera dimensión que acarrea la aplicación de la prisión preventiva, existen muchas formas y maneras de ocultarla quizá la más significativa sea desconociendo las cifras que en la década del ochenta se dieron a conocer en Latinoamérica (“preso sin condena”) sobre la prisión preventiva esto que parece algo sin mayores problemas suele utilizarse como la herramienta predilecta que soluciona tantos problemas al sistema penal que los encargados de autorizar o ejercerla prefieren cerrar los ojos ante su existencia. b) como complemento de este ocultamiento factico existe otro factor más efectivo y peligrosamente extendido que podría llamarse, “ceguera académica”, me explico el hecho de considerar que el problema de la prisión preventiva no sea un problema del derecho penal sino fundamentalmente del derecho procesal penal no cambia en nada su esencia pues no altera la naturaleza de la violencia los barrotes no se transforman en otras cosas y las cárceles no se convierten automáticamente en lugares distintos por tal motivo, debe replantearse el problema de la prisión preventiva en el sentido que debe formar parte de la agenda del derecho penal material<sup>13</sup>, de ahí que no sea descabellado decir que “...la prisión preventiva – según Binder- es una cuestión de todo el sistema penal y un desafío para todo el sistema de garantías en su conjunto así que el derecho procesal penal, el derecho penal y el derecho de ejecución penal ( es decir el derecho penal en sentido amplio), se debe ocupar de ella”<sup>14</sup> ; y c) por último el ocultamiento se completa cuando el derecho procesal penal pretende aplicar a este problema las mismas categorías que se utilizan para otras instituciones procesales, (en especial si se reflexiona desde la teoría general del proceso) entonces la prisión preventiva se convierte en una medida cautelar al igual que el embargo, la clausura preventiva, la

---

<sup>13</sup> El hecho que la prisión preventiva forme parte del problema del derecho penal sustantivo no quiere decir que la prisión preventiva cumpla también sus mismos objetivos y fundamentos. En la presente investigación se dejara establecido, ojala sea así, que la prisión preventiva es una institución exclusivamente 2procesal” y que sus efectos mediatos colindan definitivamente con la institución “sustantiva” (con su ejecución, para el computo de la pena, etc.,).

<sup>14</sup> BINDER, Alberto M,; Introducción al derecho penal , Buenos Aires, 2004, Pág. 291(Las cursivas son del texto).

inhibición de bienes, y otras medidas asegurativas del resultado del proceso obviando que en este caso se trata en la práctica, de la aplicación directa de violencia a la persona por fuera del marco del sistema de garantías.

No es un secreto que al legislador peruano le agrada la extensión de la prisión preventiva y tampoco lo es que a través de él pretenda resolver los múltiples problemas tanto sociales como jurídicos una clara muestra de la ineficacia de nuestro sistema penal.

Carnelutti ha dicho que “El delito no, es proceso; pero la pena sí; el delito, si, se puede concebir sin proceso, o mejor, sin juicio; pero la pena no, sin juicio no se puede concebir. La pena resulta de la combinación de dos actos, uno del castigador y otro del castigado, y esos dos actos son en primera línea, el acto de quien juzga y el de quien es juzgado: juicio por consiguiente; ¿o que otra cosa? El concepto de la pena, pues, en la jerarquía de definiciones que constituye la dogmática, se resuelve en el del juicio”<sup>15</sup>, La evidente asimilación conceptual y filosófica entre la pena y la prisión preventiva que se esconde bajo determinadas redacciones pseudo representativas de sectores sociales y políticos todo ello en perjuicio del mantenimiento de la libertad durante el proceso penal es el principal escollo a sortear en los intentos de reforma procesal, en esta misma línea habrá que romper el paradigma acerca de que el otorgamiento de la libertad en el proceso penal es un, “beneficio”, será todo un esfuerzo ideológico que definitivamente demandara tiempo erradicarlo.

Nuestra realidad carcelaria nos indica que los presos en Latinoamérica en su mayoría son procesados, es decir, presos sin condena este fenómeno al que cabe agregar el lastimoso estado de muchos de las cárceles latinoamericanas que son muy parecidos a los campos de concentración converge en la producción del proceso de deterioro que el sistema penal produce al procesado, desde el momento mismo de tomar contacto con el

---

<sup>15</sup> CARNELUTTI, Francesco; Cuestiones sobre el proceso penal, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, Pág. 394.



mismo<sup>16</sup>. los centros de detención con que contamos en América latina son sin duda alguna reproductora del delito y luego salen – para desgracia de todos- generalmente peor de lo que entraron, la situación de los presos preventivos en la actualidad es muy similar e incluso más grave que los mismos penados, cuando debiera, en base al derecho a la presunción de inocencia el preso preventivo debe reunir todos los beneficios de los que debe gozar una persona aun inocente, y la restricción de la libertad únicamente sería conveniente que incidiera en aquellos aspectos que pudiera frustrar en proceso penal, la privación de la libertad decretada como consecuencia de una medida preventiva generalmente se cumple en centros penitenciarios que técnicamente son lugares destinados al cumplimiento de las penas pero que sirve en la mayor medida de lo posible para albergar a los presos preventivos, siendo que sobre estos no han recaído todavía una sentencia condenatoria, de este modo y aunque nuestro código de ejecución penal no contempla nada con respecto a los presos preventivos en efecto el hecho de que exista un mínimo de diferencia entre una prisión preventiva y una pena, en la práctica se configure que la prisión preventiva sea una verdadera pena privativa de libertad y peor aún llegue a ser más grave que la propia pena ya que tiene todos sus inconvenientes pero ninguna de sus ventajas.

También la realidad judicial latinoamericana está demostrando que las cárceles están colmados de procesados que la prisión preventiva es la regla, no hay proceso penal sin detenido, hasta el punto de que la detención pasa a ser un trámite más e ineludible, del proceso una de las etapas procesales viene a estar constituido por la motivación del auto de prisión preventiva y todo el trabajo de los abogados se reduce a discutir, revocar o confirmar el auto de prisión preventiva en eso consiste en a menudo la defensa y hay países donde incluso una vez revocada el auto de prisión ¡se archiva el proceso porque ya no interesa!<sup>17</sup>, la estadística a

---

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “Derecho Humanos y sistemas penales en América Latina”, en: Criminología crítica y control social, N 1, El poder punitivo del Estado, Rosario, 2000, Pág. 65.

<sup>17</sup> BINDER, 2000, Pág. 87.

nivel internacional demuestra que sobre 18 países (entre ellas Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, Bolivia, etc.) existe una cantidad de presos sin condena que oscila entre el 47.40% y el 94.25% o sea que el promedio siempre en esos dieciocho países es de 67.28% de estos datos encontramos que 8 países (Argentina, Antillas holandesas, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, y Panamá) se ubican entre el 50 y el 70% de los países sin condena, y otros (Bolivia, Colombia, El Salvador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) con un porcentaje mayor al 70% entre estos últimos, tres de ellos Bolivia, Paraguay y El Salvador, registran más del 80%<sup>18</sup>.

La prisión preventiva no tiene defensa ni defensores solo ejecutores, que nos hacen recordar a los verdugos del Medioevo, que en nombre de la justicia aniquilaban y cercenaban la existencia en efecto, guerra morales al respecto anota que no es vana la consideración de que la detención preventiva se presenta en la praxis y en la teoría del derecho penal tanto sustantivo como adjetivo, como un **arcaísmo jurídico** que ha sido utilizado solapadamente y se ha presentado como un fiel instrumento de opresión y de injusticias, desplegadas por sistemas y regímenes totalitarios y en las aparentes democracias también ha sido un **ardid jurídico** con el que se ha pretendido aparagar tantas privaciones de libertad **ausentes de todo fundamento racional y científico**<sup>19</sup>.

La historia nos ha enseñado que la evolución de la prisión preventiva ha dependido siempre de la finalidad atribuida al proceso penal y de la situación jurídica en que se colocó al imputado como el sabido, en el sistema acusatorio (por ejemplo, el griego, romano republicano germánico) resultaba extraño que el acusado quedara privado de su libertad durante el desarrollo del proceso pues se esperaba la sentencia condenatoria, luego en el imperio romano en razón del remplazo de la acción pública del estado se sostuvo esta idea, pero recién comenzaba el

---

<sup>18</sup> Véase: TIZON, Alejandro; “La prisión preventiva. Su constitucionalidad. Aplicación como instrumento de la política criminal”, en: Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, El sistema penal ante las exigencias del presente, Santa Fe, 2004, Pág. 273.

<sup>19</sup> GUERRA MORALES, Silvio; Presunción de inocencia y detención preventiva, Panamá, 1992, Pág. 3. (las negritas son del texto).

otro régimen el inquisitivo, en el derecho canónico se adopta las modalidades de la época es decir la **cognitio extra ordinem**, este régimen termina casi por completo con la aniquilación de la posición del sujeto (el imputado), en el proceso penal convirtiéndolo en un mero objeto más adelante la experiencia inquisitiva laica, perfecciona aún más este modelo, resultando así que la prisión preventiva sea una regla durante el proceso. Finalmente, vendría la revolución francesa que en cierto modo no se desarraiga del modelo inquisitivo pero si establece límites formales al estado en el sistema inquisitivo, el inicio del proceso penal es el inicio del castigo la filosofía liberal del siglo XVIII implicó una reacción al modelo inquisitivo ya que proclamó que la libertad y personalidad humana eran bienes esenciales del ordenamiento jurídico posteriormente el modelo mixto establecido a partir del código napoleónico (1808) que se expandió por toda Europa continental legitimó ciertas arbitrariedades a los derechos de las personas sometidas al proceso, de este modelo la prisión preventiva fue considerado un mal necesario, un sacrificio a la libertad individual, en holocausto del derecho de la colectividad se confirmaba una vez más que el interés público pudo más que el privado.

Para algunas posturas lo que está en juego con la prisión preventiva en orden al *fumus delicti commissi*, no es la presunción de inocencia – cuya exigencia en relación con las medidas coercitivas es que no persigan los fines de la pena, ni que se transforme en una pena anticipada sino en principio de intervención indiciaria, como dato independiente del principio de proporcionalidad<sup>20</sup>, sin embargo para la mayoría de la ciencia procesal la existencia de la prisión preventiva indica tensión por una parte entre derechos y garantías (principio garantístico de inocencia y libertad ambulatoria, aunque este sería una consecuencia de aquella), y por otra con la necesidad estatal concretada en el derecho de alcanzar los fines procesales (investigar la verdad material y actuar la ley penal). Al respecto, Gimeno Sendra indica que *“en este conflicto entre el ius puniendi y el derecho constitucional a la libertad consustancial al proceso penal la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el momento del juicio*

---

<sup>20</sup> SAN MARTIN CASTRO, volumen II, 2003, Pág. 1125.

*a inclinar la balanza de este inestable equilibrio en beneficio del primero y detrimento del segundo lo que hace convertir a la prisión provisional en una triste necesidad social*<sup>21</sup>.

La prisión preventiva desde una perspectiva ex ante, implica que el estado limite o atenué los objetivos de prevención en caso de que el imputado sea hallado responsable, y eso obedece como no podía ser de otra forma, a una concepción utilitaria tanto del proceso como de la pena el Estado tiene la oportunidad de perseguir la prevención a través de la pena, pero para ello presume que el imputado sea condenado, sin embargo, cuando este presupuesto peligra (peligro procesal), se hace necesario la aplicación de la detención preventiva por lo tanto es razonable sacrificar una parte de la pena y sus fines en orden a asegurar que el procedimiento permita develar si la pretensión punitiva estatal tiene suficiente fundamento para determinar una condena<sup>22</sup>.

La prisión preventiva tiende a evaluar siempre la peligrosidad procesal y nunca la cuestión de fondo. La prisión preventiva solo debe existir por dos razones, una de seguridad, para impedir la fuga de quien se presume que ha cometido el delito, y otra procesal, inherente a los fines del proceso, impedir la búsqueda de la verdad, hay que distinguir la prisión relacionada con la declaración de peligrosidad procesal y la prisión relacionada con la declaración de culpabilidad penal. Evidentemente, si hay peligrosidad procesal se necesitara cautelar la futura y probable sentencia condenatoria y para ello se utiliza el encierro preventivo, en cambio, habrá prisión con declaración de culpabilidad penal, cuando ha existido una sentencia condenatoria impuesta por un órgano jurisdiccional con todas las garantías que le asisten al sentenciado, entre la prisión con declaración de peligrosidad procesal, y la declaración de culpabilidad penal, hay un espacio que hay que recorrer normalmente en un proceso penal, aunque finalmente terminen confundándose el uno y el otro, la

---

<sup>21</sup> GIMENO SENDRA, Vicente; “Prologo” al libro de Asencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, Madrid, 1987, Pág. 21.

<sup>22</sup> En este mismo sentido: CARO CORIA, Carlos; “El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena”, en: *Problemas actuales de Derecho Penal y Derecho procesal penal (Lecturas y casos seleccionados)*, Maestría de Derecho Penal PUCP, Lima, 2005, Pág. 249.

prisión por peligrosidad procesal termina tarde o temprano siendo minimizada y hasta eliminada por una implícita declaración de culpabilidad del imputado que lleva ínsita toda prisión preventiva. Concretamente la prisión preventiva resulta similar a la prisión condenatoria, porque ambas se encaminan hacia un mismo objetivo o, mejor dicho, a u mismo centro de reclusión; la cárcel, con todos los efectos criminógenos que contiene, el mas, el mismo concepto de prisión preventiva implica ya una auténtica “prisión”, en términos similares a una prisión con declaración de culpabilidad penal, la afectación a la libertad ambulatoria es igual de intensa en la detención preventiva y en la pena privativa de libertad, el distinto fundamento procesal (aseguramiento) y material (culpabilidad) respectivamente, no altera de modo alguno la afectación del contenido esencial de esa libertad. Concretamente el imputado encarcelado termina por “prisonalizarse”. Sobre la realidad del preso, es elocuente Carnelutti cuando expresa que.

*“cada uno de nosotros tiene sus preferencias en materia de compasión, los hombres son diversos entre sí, incluso en modo de sentir la caridad. También este es un aspecto de nuestra insuficiencia. Los hay que conciben al pobre con la figura del hambriento, otros con la del vagabundo, otros con la del enfermo, para mí, el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado, digo el encarcelado, obsérvese bien, no el delincuente ... el delincuente mientras no está preso es otra cosa... apenas esposado, la fiera se convierte en hombre”<sup>23</sup>.*

El pleno jurisdiccional del tribunal constitucional que se llevara acabo el 21 de julio del 2005, ha establecido en relación a la ley Nº 28586 lo siguiente, “empero, mas allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de u lado, de una detención provisional, y de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No solo resulta que ambas son cumplidas en un centro penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que

---

<sup>23</sup> CARNELUTTI, Francesco; Las miserias del proceso penal, Buenos Aires, 1959, Pág. 32 y 33.

conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y , en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión”, en otras palabras, “ gracias” a la prisión preventiva el imputado queda en la misma situación que un condenado, pero con agravantes: sin el juicio previo que atrae como consecuencia, el no trato como inocente, no hay todavía acusación fiscal, no actos de “prueba”, solo de investigación sin defensa para rebatir la acusación, cuando teóricamente debería ser todo lo contrario,

En consecuencia existen dos funciones, que suelen atribuirse a la prisión preventiva: una de naturaleza preventiva y otra de naturaleza cautelar, cuando se dice que la medida es preventiva se alude a carácter provisorio, y no ha adjetivos de pena “anticipada”, ni mucho menos que la prisión preventiva vaya a “prevenir”, las futuras comisiones delictivas por parte de su autor. Con respecto a su carácter cautelar la prisión preventiva se transforma en una cautelar de tipo instrumental, en orden al desarrollo del proceso y otra de tipo final, en orden a la ejecución eventual condena, la función “por excelencia” de la prisión preventiva ha sido y es la de servir de “medida cautelar personal del proceso penal”<sup>24</sup>.

Precisamente el agregado del adjetivo “preventiva” a la prisión es para señalar que esta ha de señalarse hasta antes del dictado de la sentencia definitiva, porque después de esta no hay “prisión preventiva”, sin una auténtica “pena” que si bien es aplicada por un juez penal (juez natural) también lo es no por una sentencia condenatoria, sino impuesta durante el mismo proceso, durante el juicio previo. De ahí que tenga razón Pierre Lambert cuando expreso que; “bajo el ansien régimen, para obtener confesiones los jueces torturaban, hoy ya no torturan más... disponen de

---

<sup>24</sup> BARONA VILAR, Silvia; Prisión provisional y medidas alternativas, Barcelona, 1988, Pág. 20. Igualmente: PESSOA, NELSON R; Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación, Buenos Aires, 1992, Pág. 33.

prisión preventiva”<sup>25</sup>, es cierto que las condiciones concretas de ejecución penal convierten a la prisión preventiva todavía más claramente, en una pena ello ocurre cuando se aplica el mismo régimen de los penados a los encarcelados bajo el fundamento exclusivo de que no se fuguen, si se limitan otros derechos que no sean aquellos indispensables, (de un modo estricto) para evitar la fuga, entonces la prisión preventiva ya constituye una pena anticipada y no prevista, violatoria de varios principios, entre ellos el de la legalidad de las penas<sup>26</sup>.

La prisión preventiva es una medida privativa de la libertad con prescindencia del juicio previo, porque a través de la prisión preventiva se priva de la libertad a un individuo sometido a un proceso penal, sin juzgamiento, y solo con indicios racionales y no con pruebas, porque todavía no han sido realizadas en un debate contradictorio. Como dice Vásquez Rossi, lo que ocurre es que se presentan casos en lo que la “apariencia”, de delito es de tal índole que puede verosilmente, presentarse una presunción de culpabilidad, lo que exige una profundización inicial de la cuestión cuando se trata de justificar medios duros de coacción limitativos de la libertad, los que en todo supuesto deben ser de carácter restrictivos, excepcionales y debidamente avalados por el material probatorio existente”<sup>27</sup>.

De cualquier manera nunca podría dejar de considerarse que la prisión preventiva limita las posibilidades de realización de una defensa adecuada, el imputado es una persona sometida al proceso penal para que pueda defenderse, pero si está encerrado preventivamente las limitaciones a su derecho de defensa son evidentes, a todo imputado se le hace mucho más difícil comunicarse con posibles testigos, analizar las pruebas en su contra y colaborar con su defensor en la atención a su caso, si se encuentra privado de su libertad. ¿Será correcto que el derecho a la defensa deba ceder a las pretensiones del estado de

---

<sup>25</sup> Citado por: FALCONE, Roberto A.; “La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la ley procesal penal”, en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N 1, 2004, Pág. 181.

<sup>26</sup> BINDER, Alberto M.; Introducción al Derecho Penal, Buenos Aires, 2004, Pág. 293.

<sup>27</sup> VAZQUEZ ROSSI, Derecho procesal penal, tomo II, Santa Fe, 1997, pág. 253.

cautelar la presencia del imputado y asegurar la producción probatoria? Aparentemente sí. La aplicación de ley penal y la búsqueda de la verdad supuestamente son. “intereses superiores”, que concierne a toda la comunidad, en cambio, el derecho a la defensa concierne a “intereses particulares”.

El derecho penal material tiene como máximo estandarte la aplicación de la pena privativa de la libertad para solucionar los conflictos más extremos de la sociedad. En cambio. El derecho procesal penal tiene, dentro de las opciones de medidas coercitivas personales, como máximo estandarte a la prisión preventiva, esta medida soluciona más fácil la “sujeción”, del imputado al proceso penal, la prisión preventiva constituye la medida más grave que puede sufrir el ciudadano en el proceso penal antes de su condena. De tal manera que como sucede con la pena privativa de la libertad en el derecho penal. También se intenta limitar la prisión preventiva en el derecho procesal penal, además una de las clásicas cauciones económicas a la libertad como la obligación de representarse ante el tribunal a una autoridad designada por el, soportar la vigilancia periódica en su domicilio o no ausentarse de un determinado radio ciudadano o rural, han resultado eficaces para sujetar al imputado al procedimiento y a las decisiones que en él se dicten<sup>28</sup>. En tal virtud. Es necesario poner de relieve que estas medidas alternativas a la prisión preventiva son un “avance”, y no un “retroceso”, una parte de la opinión pública la mayoritaria asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Muchos de los magistrados se ven presionados por la inevitable opinión pública, (“demandas sociales de seguridad”), que por los presupuestos legales y materiales que se exigen para la aplicación de la prisión preventiva, pero lo que no sabe la opinión pública es que dentro de las medidas coercitivas, la prisión preventiva debe ocupar el último lugar en la aplicación de dichas medidas. Debe preferirse otra alternativa menos lesiva a los derechos individuales y aquella que resulte estrictamente necesaria a los fines procesales y no a

---

<sup>28</sup> MAIER, Julio B.J.; “Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX”, en: Poder penal del Estado. Libro Homenaje a HildeKaufmann, Buenos Aires, 1985, Pág. 294.



los fines populistas de seguridad ciudadana, por eso resulta incorrecto que el Código Procesal Penal de 1991 iniciara el desarrollo de las medidas coercitivas con la detención preventiva como medida extrema (artículo 135), como si se tratara de la primera medida judicial, ahora el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 inicia las medidas coercitivas con la detención (policial), como medida menos grave y luego con la prisión preventiva, aunque continua con el mismo error al ubicar la comparecencia después de la prisión preventiva.

En definitiva, no debemos escapar de la realidad lamentable de la prisión preventiva es la “regla”, cuando se investiga judicialmente un delito “serio”, circunstancia que le ha ocasionado la perdida de cierta legitimidad en el marco de las medidas coercitivas, por eso, siguiendo a Maier<sup>29</sup> pensamos que si el derecho penal se cuestiona la aplicación del encierro como reacción frente a los delitos, mayor razón debe cuestionarse en el derecho procesal penal el encierro preventivo aplicado a una persona que – se declara- es inocente con el único objetivo de impedir que se frustren los fines del procedimiento, es decir, vivimos en un constante cuestionamiento institucionalizado de la “privación de la libertad”, de la persona, no solo en el derecho penal, sino también en el derecho procesal penal, en el mejor de los casos sería conveniente y sincero llamar a la prisión preventiva, la “prisión de presuntos inocentes”<sup>30</sup>, la realidad ha demostrado lamentablemente que la prisión preventiva, cautelarmente no previene absolutamente nada, porque siempre existirá un “adelantamiento”, o una “presunción”, a favor del estado, de los fines procesales hacia los fines sustantivos<sup>31</sup>, en otras palabras jurídicamente, y en esto no hay dudas, es una prisión preventiva pero empíricamente es

---

<sup>29</sup> MAIER, Julio B, J.; “Limite temporal del encarcelamiento preventivo”, en: Doctrina Penal, N 9 a 12, Buenos Aires, 1980, Pág. 294.

<sup>30</sup> VITALE, Gustavo; en Revista de Derecho Procesal Penal, Excarcelación, Santa Fe, 2005, Pág. 106.

<sup>31</sup> CARO CORIA, Carlos; “el abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena”, (lecturas y casos seleccionados), Maestría en Derecho Penal, PUCP, Lima, 2005, Pág. 248.

una prisión definitiva<sup>32</sup>, muchas veces ayudado por la misma ley procesal que prescinde de toda verificación en el caso concreto de los peligros procesales, por eso debería agregarse a la lista de limitaciones de la prisión preventiva, aquella que exige un tratamiento adecuado, para el preso preventivo: durante la prisión preventiva se tendrá derecho a la asistencia médica, a las visitas íntimas periódicas sin distinción de sexo, y a los medios de correspondencia. El tratamiento adecuado se funda en el hecho que la prisión preventiva debe ser lo menos semejante posible a una verdadera pena, aunque resulte imposible decirlo desde que hablamos de una persona privada de su libertad dada las pésimas condiciones materiales en las que dicha medida se cumple.

El rechazo expreso a una “interpretación sustantivista de la prisión preventiva”, está receptado en el artículo 4 del Proyecto de Principios sobre el Derecho a no ser Arbitrariamente Detenido o Preso, instrumento elaborado en 1962 por un Comité Técnico de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Dicho artículo 4 dispone: “la detención o la prisión provisional no son pena ni deberán emplearse nunca para lograr fines que legítimamente corresponda al ámbito de las sanciones penales”. Asimismo, las consideraciones político-criminales. Deben estar ausentes de cualquier decisión judicial, más aun cuando se trata de medidas coercitivas<sup>33</sup>, el pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 21 de julio del 2005 en relación a la ley N° 28586 manifestó lo siguiente, este colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso ser concebida como una sanción punitiva, es decir como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2º de la constitución), en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso, y la tutela jurisdiccional, efectiva, reconocidas en la norma fundamental, principalmente en su artículo 139º.

---

<sup>32</sup> Cuando hablo de prisión “definitiva” no me estoy refiriendo que la prisión como pena sea de cadena perpetua, sino que lo definitivo está en función a la terminación definitiva del juicio, mediante una sentencia.

<sup>33</sup> SANCINETTI, Marcelo, en “prologo”, al Libro de Daniel Domínguez Henain, La Ley 24.390, Prisión preventiva, Santa Fe, 1996, Pág. 89.

Existen posturas que indican una inversión en el enfoque de proyección de determinadas instituciones que tradicionalmente están ubicadas en el ámbito del derecho procesal y que desempeñan un importante papel para el cumplimiento de las funciones propias de todo el sistema penal. Lo que debe proponerse según esta concepción es una suerte de integración que tiene que verificarse en todos los sectores que componen el sistema penal, y en especial entre lo procesal y lo sustantivo. Una prueba de ello, lo constituye la presencia y fundamentación de la prisión preventiva, así RaguesiValles sostiene que “no cabe encontrar un fundamento plausible para la prisión preventiva sin tener en cuenta su contribución al cumplimiento de la función del derecho penal”<sup>34</sup>.

Sin embargo muchas veces es frecuente observar que el fin social-seguridad colectiva- justifica la pérdida del verdadero fin procesal – búsqueda de la verdad histórica- que debe orientar a la prisión preventiva. Así, en el derecho argentino es imposible jurídicamente que una norma procesal pueda perseguir fines propios del proceso, y simultáneamente fines políticos-criminales. Pretender convertir a la prisión preventiva y a la excarcelación en instrumentos político-criminales constituye un grave error, ya que a las provinciales les está completamente prohibido ejercer el poder delegado (art. 126, Constitución Nacional Argentina). Tal concepción y utilización resulta en consecuencia, violatoria de la forma federal de organización del estado argentino (art. 1, art. 75 inc. 12 y art. 126 constitución nacional argentina), si se reconociera la naturaleza claramente procesal de ambos institutos (prisión preventiva y excarcelación) y se concluyera además que ambos persiguen objetivos y estimaciones político-criminales, estaremos en un intento de avance de la legislación local, por sobre la exclusiva jurisdicción federal en materia legislativa de fondo (delegada por las provincias), que es el único lugar, constitucionalmente, por donde debe transitar la política criminal.

---

<sup>34</sup> RAGUES I VALLES, Ramón; “Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: hacia una visión integradora”, disponible en: [www.unifr.ch/derechopenal/anuario/04/A-4-rangues/pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/04/A-4-rangues/pdf). (las cursivas son del texto).

La prisión preventiva está vinculada a situaciones de prohibición para la búsqueda de la verdad en el proceso, ahora, una persona detenida policial o judicialmente merece ser tratada, en este contexto, como inocente de los cargos que se le imputan, si bien una detención policial puede fundarse en una flagrancia delictiva con prueba de cargo evidente, su responsabilidad deberá estar sujeta a la correspondiente formalidad jurídica, pues mientras ello no suceda mantiene su condición de “imputado”, y debe ser, por lo tanto, beneficiario de todas las garantías constitucionales que rodean al proceso penal, una de esas garantías, como dijimos es la prohibición de la tortura y malos tratos de una persona detenida. Así, el art.2º inciso 24 letra h) de la Constitución Política 1993 establece la prohibición de toda afectación de la integridad física, psíquica o moral y de la dignidad humana cuando tenga por finalidad la restricción o privación de la libertad y seguridad personales o se cometa durante una detención legalmente realizada.

En consecuencia queda prohibida la violencia en todas sus manifestaciones sea moral, física o psíquica, la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como toda forma de humillación<sup>35</sup>. En particular, estas prohibiciones deben de considerarse durante la detención dentro y fuera del proceso de ahí las consecuencias procesales que establece la Constitución y las garantías para el respeto de la libertad y seguridad personales, la doctrina ha discutido sobre los alcances de esto que denominamos “derecho a la prohibición a la tortura”, así la tortura, no ha sido considerada como un crimen internacional, consideración que si la tienen por ejemplo, el genocidio, trata de personas, tráfico de drogas, piratería, entre otros, pues estaba en cuestión el principio de extraterritorialidad. Generalmente las víctimas son de la misma nacionalidad que el estado que lo practica, sin embargo si existe una definición de carácter internacional sobre la tortura, prevista en el artículo primero de la Convención contra la tortura, (Ley 23.338 del 26 de febrero de 1987) que textualmente establece. *“a los efectos de la presente*

---

<sup>35</sup> La Constitución Nacional Argentina en su art. 18 precisa lo siguiente (parte pertinente): “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de **tormentos y azotes**”.

*convención, se entenderá por el término “tortura “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideraran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.*

**La prisión preventiva, desde el sistema inquisitivo estuvo del lado del estado, ahora, desde el sistema acusatorio, deberá estar de lado del imputado, haciendo de la prisión preventiva un instrumento estrictamente limitado a fines procesales y compatibles con el respeto de la libertad del imputado durante el proceso, sin embargo la finalidad procesal-cautelar de la prisión preventiva ha sido siempre la “piedra en el zapato”, del derecho procesal penal, ya que la prisión preventiva es violatoria de los derechos humanos aunque sea por un día, entonces, no se cuestiona ya la duración excesiva sino los presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva, ¿Qué protege entonces la presunción de inocencia, si no es que nadie puede ser privado de la libertad antes de la sentencia condenatoria?. ¿Debería desaparecer como medida de coerción o debería limitarse a un tiempo prudencial?,** creo que en uno y otro caso, resulta incompatible conciliar el principio de inocencia y al mismo tiempo mantener la prisión preventiva.

Si bien la prisión preventiva requiere la presencia de un hecho punible tipificado en la ley sustantiva, este no constituye su justificación sino uno de sus presupuestos necesarios, se trata de un componente de la prisión preventiva pero que jamás opera por si solo como su legitimación, la cautela que ofrece la prisión preventiva , es precisamente hacer efectiva la ley penal, en base a la existencia probable de un delito y un autor, y

esto, si se quiere, sería un criterio sustantivista que resulta inevitable. Si no hay delito ni autor posible no puede haber prisión preventiva ni mucho menor proceso penal, sin embargo, la “gran”, crítica de la prisión preventiva no está representado en la sospecha sustantiva al momento de aplicar la prisión preventiva, sino en la duración excesiva de la misma, que parece pena, “sustantiva”, adelantada.

Un proceso penal con prisión preventiva de por medio produce una “inversión”, en los objetivos procesales, primero se ejecuta la pena (a través de la prisión preventiva), y después se ejecuta la sentencia condenatoria (si hubiere), que convierte prácticamente a la sentencia en una especie de recurso extraordinario de revisión puesto que la pena ya viene cumpliéndose y si la sentencia es condenatoria (si hubiere), dice “la seguimos cumpliendo”, o si la sentencia es absolutoria (si hubiere, dice “paramos”, no importa, el estado ya se aseguró la efectividad de la ley penal al comienzo del proceso, encarcelando preventivamente al imputado.

Cuando más efectivamente participe el imputado en el desarrollo y la finalización del procedimiento, tanto más se podrá contar con un control de poder estatal, en el procedimiento penal<sup>36</sup>, en este contexto de control de la prisión cautelar no puede escaparse a la garantía de la “doble instancia”, en el sentido de la posibilidad de su revisión por el tribunal superior. Así lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 2, apartado”) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.14, numero5). Por otro lado, si bien la denegatoria de la libertad o el dictado de una prisión preventiva adquieren una trascendencia puperlativa para el imputado, justificando su legitimación en todas las instancias para interponer los medios de impugnación (apelación) eficaces a su disposición, tal trascendencia también lo será para el Ministerio Público, reconocido como el representante de la sociedad en la defensa de la legalidad instituida, quien bajo dicha facultad puede también exhibir agravios por la falta de dictado de una medida de

---

<sup>36</sup> HASSEMER, 1998, Pág. 93.

coerción personal como la prisión preventiva o de su cese mediante el otorgamiento de cesación.

## **2. LAS POSTURAS JUSTIFICATIVAS Y ABOLICIONISTAS DE LA PRISION PREVENTIVA COMO MEDIDA COERCITIVA**

En la ciencia procesal penal se pueden encontrar una dualidad de posturas que intentan legitimar la aplicación de la prisión preventiva. Por un lado, están aquellas posturas que establecen que la prisión preventiva es un instrumento jurídico-procesal, de difícil justificación y legitimación desde el punto de vista de las garantías personales concebidas en su momento por el pensamiento liberalista del siglo XVIII. Mientras, que por otro lado, están aquellas posturas extremistas que pregonan la expulsión de la prisión preventiva dentro del marco de medidas coercitivas de un proceso penal.

En la primera opción puede citarse a Beccaria quien de todos modos justifico la prisión preventiva. Este autor decía que “el riesgo de la cárcel debe ser solo el necesario para impedir la fuga o para que no oculten las pruebas de los delitos”<sup>37</sup>. En principio, la prisión preventiva ha sido objeto de violentos ataques, especialmente por Francesco Carrara. Este autor decía que es injusto encarcelar a los imputados antes de la condena; que afecta a la economía carcelaria, que desalienta al honrado, pues termina por despreciar las leyes, odiar a la sociedad, familiarizarse con la prisión y arruinarse moralmente por la vida promiscua que deteriora y corrompe en la cárcel<sup>38</sup>. Sin embargo, el profesor de Pisa termino justificando la prisión preventiva bajo la óptica de las siguientes necesidades. *“1.- de justicia, para impedir la fuga del reo; 2.- de verdad. Para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos.; 3.- de defensa publica, para impedirles a ciertas*

---

<sup>37</sup> BECCARIA, Cesar; De los delitos y las penas, introducción, notas y traducción de Francisco Tomas y Valiente, Madrid, 1982, Pág. 129.

<sup>38</sup> LEVENE, Ricardo (h); voz: “Prision Preventiva”, en: Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XXIII, Buenos Aires, Pág. 172.

*facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno*<sup>39</sup>.

Hobbes por su parte, sostenía que la prisión preventiva “...no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable, por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación, más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza. Ahora bien, esto último constituye pena porque implica un mal infligido por la autoridad pública en razón de algo que la misma autoridad ha juzgado como transgresión de la ley”<sup>40</sup>. Por otra parte Feuerbach decía que, “con la prisión no puede asociarse para el prisionero un mal mayor que el necesario para impedir la fuga o la colusión con sus coincurpados”<sup>41</sup>. Hasta el mismo Ferrajoli terminó justificando la prisión preventiva para delitos más graves, pero a partir de exigencias debidamente motivadas y muy limitadas<sup>42</sup>. Como puede verse, desde distintos puntos de vistas, la prisión preventiva acaba siendo justificada en el pensamiento penal clásico, de ahí que la teoría del riesgo procesal, como criterio fundante para la prisión preventiva, solo sea legítima en la medida que se ajuste a dicho pensamiento liberal, o sea, aquella que sea ajustada al peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la búsqueda de la verdad.

Las diferencias entre las justificaciones de la doctrina liberal de la prisión preventiva y la justificación actual son diversas. En primer lugar, parece claro que se conocía el carácter excepcional a la prisión preventiva. Solo esa conclusión es posible si tenemos en cuenta la crítica que antecede a la aceptación del encierro anticipado, por otro lado, el reconocimiento de Beccaria del carácter penal de la medida cautelar representa al menos un acto de honestidad, que evita recurrir al eufemismo de distinguir

---

<sup>39</sup> CARRARA, Francesco; Programa de derecho criminal. Parte general, vol. II, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1957, Pág. 375 (las cursivas son del texto).

<sup>40</sup> HOBBS, Thomas; Leviatán, traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sarto, México, 1980, Pág. 258 y 259.

<sup>41</sup> FEUERBACH, 1989, Pág. 331 y 332.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, 1997, Pág. 560.



nominalmente aquello que para el imputado significa una medida punitiva, tal reconocimiento, por paradójico que parezca solo puede producir el efecto de reconocer el carácter necesariamente excepcional la detención cautelar<sup>43</sup>, finalmente y lo que resulta más relevante la justificación de los ilustrados, por el contexto histórico en la que surgió, está condicionada por un concepto de proporcionalidad de mucho mayor poder limitador que el utilizado en la actualidad, es esta profunda diferencia, la que hoy exige una reformulación del principio de inocencia, lo que, a su vez, torna absolutamente ilegítimo el instituto del encarcelamiento preventivo tal como lo conocemos en el derecho procesal penal vigente<sup>44</sup>.

La opinión de los iluministas sobre la prisión preventiva surgió en un contexto en el cual las penas más comunes eran sustancialmente más graves que la prisión, y esta no era considerada una pena sino excepcionalmente. La privación de la libertad no se afirmó como pena dominante sino hasta la primera mitad de siglo XIX. Por este motivo los pensadores de la Ilustración concentraron especialmente su atención en la práctica de la tortura, pues ésta si resultaba materialmente similar, por su naturaleza y gravedad, a las penas del antiguo régimen.

En cuanto a los presupuestos según Maier *“...la decisión de encarcelar preventivamente debe fundar, por una parte, la probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible, y, por la otra, la existencia o bien del peligro de fuga, o bien del peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria. Tan solo en esos casos se justifica la privación de libertad del imputado”*<sup>45</sup>. La prisión preventiva para San Martín Castro es *“...la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad personal del imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente*

---

<sup>43</sup> BOVINO, “Contra la Inocencia”, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

<sup>44</sup> BOVINO, Alberto; “Contra la inocencia”, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

<sup>45</sup> MAIER, tomo I, 19, Pág. 524. Este criterio también ha sido asumido por el pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 21 de julio de 2005, en relación a la ley N° 28586.

*que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral o en peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria suficiente para poner en peligro el deber social de esclarecimiento impuestos a los órganos de persecución*<sup>46</sup>.

En dirección contraria están aquellas posturas extremistas que indican la desaparición de la prisión preventiva. Según Zaffaroni la prisión preventiva. *“...es una manipulación de coerción estatal, como tal es un hecho político, en la medida que más extensa sea, en la medida de menor gravedad del hecho que está investigando será más violatoria, constituirá un injusto jus humanista más grave y viceversa. Cuando se habla en nuestro derecho de los términos razonables de la prisión preventiva están hablando de ciertos límites de tolerancia a ese injusto jus humanista. Estamos hablando de límites en los que la prisión preventiva, sin lugar a dudas, es un absurdo*<sup>47</sup>. Así mismo Vítales que indica la *“...necesaria deslegitimación y abolición de la propia prisión de no condenados (es decir, de la conocida con el engañoso nombre de prisión “preventiva”)*<sup>48</sup>. Una postura radicalista de extinción de la prisión preventiva como medida coercitiva traería como consecuencia lógica la desaparición de medidas excarcelatorias como la cesación de la prisión preventiva y vencimiento del plazo.

La prisión preventiva no puede desaparecer porque es muy importante que la ley penal pueda aplicarse y la prisión preventiva lo que procura es lograrlo. Si no aplicamos la prisión preventiva cuando se necesite aplicar, es poder punitivo estatal, expresado en la vigencia y respeto de la ley penal como en la averiguación de la verdad, resultaría una mera y simple utopía. **Concebiríamos una sociedad en la que reinara el caos y la ausencia de “orden jurídico”, si bien la prisión preventiva debe ser utilizada como última ratio. También es *conditio sine quanon* del**

---

<sup>46</sup> SAN MARTIN CASTRO, Cesar; “la privación cautelar de la libertad en el proceso penal peruano”, en: CDP, N 3, Casación, Buenos Aires, 2003, Pág. 196.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “Límites al poder coactivo del estado” en: AAVV, Protección internacional de los Derechos Humanos, Buenos Aires, 1999, Pág. 37.

<sup>48</sup> VITALE, Gustavo; “Inconstitucionalidad de una ley sobre “Excarcelación” (una brecha hacia la deslegitimación de la prisión durante el proceso)”, en: DP, N° 49 A 52, Buenos Aires, 1990, Pág.

**proceso penal. Ultima ratio porque a ella solo puede recurrirse cuando ninguna otra medida de aseguramiento de los fines del proceso pueda remplazarla eficazmente de un modo menos cruento y *conditio sine qua non* porque sin ella el derecho procesal penal no podría en casos extremos, cumplir sus objetivos**<sup>49</sup>. Sin embargo a mi entender, las razones que justifican su todavía permanencia en el sistema procesal penal resulta incuestionable para algunos hechos punibles donde se busca justicia (piénsese en peligrosos homicidas y violadores sexuales, o terroristas). Muchos de los procesalistas si bien reniegan de la prisión cautelar en el proceso penal por su colisión irremediable con los derechos fundamentales, terminan expresa o tácitamente aceptando dicha medida coercitiva por diversas razones<sup>50</sup>. Por ejemplo, las mismas razones que sostienen los procesalistas sobre el cuestionamiento que se plantean los penalistas cuando encaran el tema de la “abolición” de la pena privativa de la libertad como sanción punitiva.

En tal sentido, el día en que desaparezca la pena privativa de libertad ese día también debería desaparecer –por lógica consecuencia – la prisión preventiva como medida coercitiva dentro del proceso penal, porque si no se admite la prisión de la libertad como sanción penal mucho menos debe permitirse la privación de libertad durante el proceso, sabiendo que en la sentencia condenatoria no habrá prisión definitiva. Pero esto parece muy difícil actualmente porque, entre otras razones, en la otra cara de la moneda existe un derecho constitucional de toda sociedad civilizada – o mejor dicho del estado o a través del estado- a defenderse del delito o de quienes incumplen las reglas de convivencia social, en todo caso, debe tenerse en consideración la postura de la Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina, manifestada en el fallo “Mattei”, del 29/11/68. *“el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito debe conjugarse con el del individuo procesado, de modo que no se sacrifique ninguno de ellos*

---

<sup>49</sup> PASTOR, 2002 Pág. 482.

<sup>50</sup> BINDER, 1999, Pág. 125 dice que “...cuando una persona ingresa al foco de atención de las normas procesales, conserva su situación básica de libertad, salvo algunas restricciones (...) (especialmente las medidas de coerción). PASTOR, 2004, Pág. 186 establece que “No es posible el proceso penal sin prisión preventiva, pero ella debe ser realmente la última ratio de la coacción procesal...”.

*en aras del otro*". Por eso, adelanto mi posición de que el cuestionamiento no sería en la estructura misma de la prisión preventiva como medida coercitiva porque resulta inevitable su aplicación –si se cumple sus presupuestos- a los propios objetivos del proceso penal: la aplicación de la ley penal y la búsqueda de la verdad material.

### **3. EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU FUNCION REQUIRENTE PARA EL DICTADO DE LA PRISION PREVENTIVA.**

Se pudiera hablar de una posición de parte en el proceso penal del Ministerio Público únicamente si existiera *"igualdad de tareas e igualdad de medios"*, o simplemente *"igualdad de armas"*, con respecto a la parte contraria: imputado y defensor. Pero la realidad no es así. El defensor y su imputado son parte esencial en el proceso penal, pero él debe defender tan solo los intereses de su defendido. No está facultado –por no estar obligado- a contribuir con la prueba en el proceso. Mientras el Ministerio Público sea el director de la investigación preliminar el defensor no cuenta con un dispositivo semejante en el CPP91 ni en el CPP2004. Esa posición adversaria del Ministerio Público, crea una situación de duelo práctica con el imputado que debe llevar a reflexión aún más la posición del defensor en el proceso penal. La función del Ministerio Público es de garantizar la libertad, inherente al estado de derecho, alcanzar ciertamente su más pura expresión<sup>51</sup>.

La separación entre los tribunales y fiscalías la atribución de diferentes funciones, el equilibrio práctico en el proceso de las diferentes competencias y derechos de intervención, concreta un momento importante de la división de poderes en el proceso penal el Juez no puede usurpar funciones propias del fiscal. **El Estado ya organizó la división de las tareas en el sistema penal, donde el fiscal es el persecutor penal de los hechos punibles.** Ello significa que el Estado se ocupa de la persecución penal y reconoce límites para realizar tal actividad. El Juez

---

<sup>51</sup> ROXIN, Claus, "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", en: AAVV, El Ministerio Público en el proceso penal, traducción de julio B.J. Maier y Fernando J. Córdoba. Buenos Aires, 1993, Pág. 48.

es el órgano decisor en base a los requerimientos que realiza el Ministerio Público. La actual ley procesal peruana es clara al respecto. El art. 268 estipula que *“el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva...”*. **CUANDO EL JUEZ PENAL “EJERCE” LA ACCIÓN Y ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA DE OFICIO TOMA POSICIÓN MANIFIESTA A FAVOR DE LA PERSECUCIÓN PENAL Y CONTRA EL IMPUTADO, CIRCUNSTANCIA QUE IMPIDE TODA POSIBILIDAD DE QUE ACTÚE IMPARCIALMENTE.** La imparcialidad es un valor que tiene mayor jerarquía normativa que la del principio que establece la obligación de perseguir todos los delitos. En consecuencia, si existe un mecanismo que obliga a ejercitar de oficio la acción por parte del juez, debe desestimarse, en este punto Bovino sostiene que *“el juez no está obligado, y mucho menos facultado, para ejercer la acción penal por sí mismo. Le necesidad de controlar, al menos en cierta medida, que el Ministerio Público cumpla su obligación legal de perseguir todos los hechos punibles, solo significa eso, es decir, solo significa que los tribunales pueden controlar la actuación del Ministerio Público. Ahora bien, “controlar”. No significa “actuar en lugar de”, es decir que controlar el ejercicio de la acción del Ministerio Público no significa actuar en lugar del Ministerio Público”*<sup>52</sup>.

Definitivamente este es el punto neurálgico de la presente investigación, pues debemos entender que en un estado constitucional de derecho en el que se respeten los derechos fundamentales, que no le son ajenos a un proceso penal, el Estado está en la obligación de que se respeten los roles de los diversos sujetos procesales, pues de ésta manera existirá igualdad de armas y se evitarán arbitrariedades. Definitivamente el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 debe ser eliminado, pues es imposible que el juez instructor, quien es imparcial de oficio pretenda prolongar la prisión del procesado, cuando dicha atribución de solicitar la prolongación y continuación de su detención es obligación y facultad del sujeto que se encarga de la carga de la prueba –El Ministerio Público– quien con el objetivo de que sean castigados los imputados solicita la

---

<sup>52</sup> BOVINO, Alberto; Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, Buenos Aires, 1998, Pág. 27 y 28.

prisión preventiva y definitivamente debe también hacerlo en la prolongación de prisión preventiva.

#### **4. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN LAS MEDIDAS COERCITIVAS ESPECIAL REFERENCIA A LA PRISION PREVENTIVA.**

En la sociedad moderna, compete primordialmente al estado la protección de los derechos humanos, en tanto posea el monopolio del poder coactivo, cuya legitimidad se basa, precisamente, en esa protección. La persona humana debe ser objeto de protección de todos los estados, más aun si estos son estados democráticos. **Dicha protección que los estados deben brindar a toda persona, debe orientarse también, a quienes son sometidos al sistema penal en condición de procesados por un hecho delictivo.** No cabe duda alguna que la libertad –como derecho humano- constituye piedra angular sobre la cual se construye los demás bienes jurídicos fundamentales, y es que solo a partir de la libertad personal se puede tener “derechos” hacia los demás.

La naturaleza y contenido de “derecho” de los derechos humanos, constituye en la convergencia de los aportes del iusnaturalismo, derecho constitucional de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos. Es una fuente de derecho común con el objetivo de otorgarle mayor protección a la persona. Si los derechos humanos son parte de la justicia conmutativa, si el derecho de una persona aparece solo en la medida que otro lo respete y si esto se logra en un estado donde la ley surge de la voluntad de las partes, y donde sea más provechoso aceptar la ley que no hacerlo, es obvio que el derecho cumple una función de suma importancia<sup>53</sup>.

El derecho internacional de los derechos humanos se sitúa en el campo del derecho internacional público<sup>54</sup>. Con la irrupción del derecho

---

<sup>53</sup> DONNA, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena, tomo 1, 1996, Buenos Aires, Pág. 112.

<sup>54</sup> HERRENDORF, Daniel E./ BIDART CAPOS, Germán J.; Principios de Derechos Humanos y garantías, Buenos Aires, 1991, Pág. 245.

internacional de los derechos humanos se viene a positivizar toda una gran cantidad de principios de los que antes se decía que correspondían a un derecho natural, a un derecho supra legal. Ahora no podemos decirlo porque, en su gran mayoría, es una cuestión positivizada. El derecho internacional de los derechos humanos ha quedado integrado al ordenamiento positivo fundamental. Este es el sistema normativo que proyecta su marco de garantías individuales en lo atinente al derecho penal material y procesal<sup>55</sup>. Siempre que un ciudadano tiene un derecho fundamental – y aquí vendría la diferencia con el concepto de derechos humanos- es porque existe una disposición en el texto del ordenamiento constitucional que confiere reconocimiento positivo explícito o implícito, a tal configuración normativo fundamental. Tanto es la influencia de la doctrina de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal que cualquier vulneración a los mismos con el objeto de preparar un medio probatorio no tiene valor legal en el proceso<sup>56</sup>.

Los derechos humanos son prerrogativas inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a cada una de las persona, por su sola condición de tal, de las que no pueden ser privado por la actividad estatal ni por particulares. La noción de derechos humanos conlleva incita la relación estado-individuo. Si el último es el titular de los derechos protegidos, el primero es su garante, el límite al poder del estado que buscaron las declaraciones de derechos desde fines del siglo XVIII, se mantiene vigente en la era de los derechos humanos<sup>57</sup>. Los derechos humanos no son solo una utopía sino un programa de transformación

---

<sup>55</sup> Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de 1991 se decía lo siguiente: “Todos sabemos también que desde que se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se suscriben pactos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles Y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, el sistema inquisitivo pierde validez y la tendencia general es adoptar el acusatorio modernizado”.

<sup>56</sup> Así, lo estipula el art. VIII CPP2004 del Título Preliminar: “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

<sup>57</sup> PINTO, M ONICA, Temas de Derechos Humanos, Buenos Aires, 1998, Pág. 10.

para la humanidad<sup>58</sup>. Los derechos humanos ha dejado de ser una cuestión puramente doméstica, como podrían ser doscientos años atrás en el origen del constitucionalismo clásico, para transformarse en una temática que a la vez compromete e interesa al bien común internacional, y a su correspondiente ámbito resolutivo, la jurisdicción internacional<sup>59</sup>. En el marco de los organismos de estados americanos (OEA), existen dos órganos que llevan adelante la protección de los derechos humanos: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), creada en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 1979 y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Suprema reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es la interprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sin embargo, se debe tener en cuenta que su función principal es la de *“promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la organización (de los estados americanos) en esta materia”*<sup>60</sup>. Así, las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana no han de pasar inadvertidas por los tribunales nacionales a la hora de aplicar la doctrina elaborada por la Corte Interamericana, pues esta no será válida en caso de resultar contraria con una posición de la Corte Interamericana sobre el mismo tema.

Los tratados de derechos humanos se encuentran bajo jurisdicción de los estados-partes y contienen obligaciones a cargo de estos. Las obligaciones son de hacer: promoviendo el respeto de los derechos humanos a través de conductas positivas del estado. También abarca obligaciones de no hacer: protegiendo al individuo a la par que limitan el

---

<sup>58</sup> CARRIO, Genaro R.; los Derechos Humanos y su protección, 1990, Buenos Aires, Pág. 14.

<sup>59</sup> BIDART CAMPOS, Germán / CARNOTA. Walter F.; Derecho Constitucional Comparado, tomo II, Buenos Aires, 200, Pág. 7.

<sup>60</sup> ALBANESE, Susana; “El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales”, en: La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los tribunales Locales, Buenos Aires, 1997, Pág. 260.



accionar del Estado<sup>61</sup>. Tanto en uno como otro caso, el estado ha asumido internacionalmente una obligación y sobre él pesa el deber jurídico de cumplirla; de otro modo el estado asumirá su responsabilidad internacional. **Cuando un estado viola los derechos reconocidos en la convención, queda abierta y expedita la posibilidad de que el ciudadano acuse al estado ante un organismo o ante un tribunal supra-estatal por haber violado uno o más de sus derechos reconocidos en la convención.**

Si hacemos una comparación con el derecho interno, en el que la constitución escrita de cada estado ocupa el vértice supremo de un sistema jurídico, podemos decir que el vértice del derecho internacional público se sitúa junto a los derechos humanos integrantes del “iuscogens” –que significa un derecho internacional inderogable, imperativo, indisponible- y a los principios generales del derecho internacional<sup>62</sup>, que generalmente son dos: el **principio de prohomine**<sup>63</sup> –si hay contradicción se preferirá aquel texto que tutela de mejor manera a la persona- y el principio de la buena fe. El derecho de los derechos humanos contiene principios no solo de interpretación y aplicación. Sino también de contenido, que no dependen de la voluntad de los estados. **La diferencia de los derechos de los derechos humanos con el derecho internacional común está en que la interpretación de los derechos humanos no se limita a comprender el sentido de las normas positivas. Sino que apuntan igualmente a crear normas a partir de una situación que, en sí misma, no se halla conceptualizada jurídicamente**<sup>64</sup>. Por tal motivo. Me referiré solo a tres principios que sirven para fundamentar cualquier medida cautelar:

---

<sup>61</sup> GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., “consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del ejercicio de las libertades y los derechos individuales”, en: lecciones y ensayos, N 56, 1992, Buenos Aires, Pág. 21.

<sup>62</sup> HERRENDORF / BIDART CAMPOS; 1991, Pág. 247.

<sup>63</sup> PINTO, Mónica; “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, Buenos Aires, 1997, Pág. 163.

<sup>64</sup> FAPPIANO, Oscar L.; El Derechos de los Derechos Humanos, Buenos Aires, 1997, Pág. 39.

a) **El principio de progresividad**, que en el derecho internacional, los derechos humanos han sido reconocidos como un mínimo común aceptado por la generalidad de naciones susceptibles de expansión, como ha pasado con los derechos sociales, económicos y culturales. La misma Constitución Política del Perú señala en el artículo 3 la cláusula implícita de derechos con potencialidad de crecimiento, así, se ha dicho que ofrece una “garantía mínima”, una suerte de “piso” que no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce en sus instrumentos, derechos, libertades y garantías mínimas, esto es, una suerte de **orden público internacinalmínimo**. Los estados signatarios de los convenios internacionales de derechos humanos pueden ampliar este marco mínimo de derechos y garantías en ellos reconocidos, pero nunca reducirlos<sup>65</sup>. Por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos a través de su jurisprudencia incorpora doctrina vinculante para los estados miembros en lo que respecta a la fundamentación del peligro procesal para el dictado de la prisión preventiva. Muchas veces la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se desvincula – lamentablemente – de la doctrina liberal que debe inspirar a todo el peligro procesal cautelar. **Así, en lo que respecta a nuestro objeto de investigación el informe 1/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos incluye dos nuevos supuestos de peligro que pueden ser neutralizados por la prisión preventiva**. El primer supuesto, es **el peligro de reiteración delictiva**. Se sostiene en el **párrafo 32** lo siguiente: *“cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reintegración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal*

---

<sup>65</sup> FALCONE, Roberto A; “La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la ley procesal penal, N 1, 2004, Pág. 183.

*efecto, resulta importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como gravedad”,* asimismo en el mismo Informe 1/97 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce otro peligro que puede ser neutralizado por la prisión preventiva. **Se habla ahora del peligro por la repercusión social del hecho.** En el **párrafo 36** de dicho Informe se dice lo siguiente: *“la Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado”.* **Se puede interpretar que la Comisión ha ido interpretando “progresivamente”.** La doctrina del peligro procesal, en el sentido que antes se hablaba solo del peligro de fuga y entorpecimiento de la búsqueda de la verdad. Ahora, se incorporan dos modalidades de peligro, que a mi modo de ver, en vez de progresar involucramos en el tema de la fundamentación de la prisión preventiva. En este sentido, si bien la Comisión ha implantado esta doctrina jurisprudencial, esto no quiere decir que desconozca principios fundamentales como el respeto a la dignidad de la persona humana y garantías procesales que los mismos instrumentos internacionales reconocen.

- b) El principio de irreversible,** que significa que si un derecho reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos, su inviolabilidad debe respetarse. **Se vuelve irreversible, y no puede ser derogado por ninguna autoridad.** Por ejemplo aquellos países que abolieron la pena de muerte no pueden restablecerla. Asimismo la Comisión Interamericana reconoce la legitimidad de la víctima en el proceso penal como “derecho

fundamental”, aunque no esté así reconocida explícitamente por la convención americana, sino tan solo por el derecho interno.

**c) El principio de interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos,** concretamente con el debido cumplimiento por parte de los jueces. El artículo 1.1 de la Convención Americana no acepta ni impone ninguna condición o requisito previo para su aplicación. La falta de reglamentación de las normas del pacto no obsta al cumplimiento de dicha garantía por parte de los jueces<sup>66</sup>. La advertencia acerca de la falta de obligatoriedad en la fijación de un plazo no impide que el legislador procesal establezca pautas objetivas. Merece la pena destacar que la interacción entre el ámbito del derecho externo como interno, entre las obligaciones asumidas por los estados al ratificar los tratados, se incorpora la necesidad de reconocer a las recomendaciones emanadas de la Corte Interamericana un carácter obligatorio. Los estados entran a formar parte del derecho interno en un estado cuando dicho estado, los radica o adhiere a ellos, a partir del acto de ratificación o adhesión, el derecho interno recibe al derecho internacional en forma directa y automática. No hace falta más, no hace falta una fuente del derecho interno (la ley) que de recepción en el al tratado, con lo cual asumo la postura del denominado monismo<sup>67</sup>. En sintonía con aquella postura que indica un rigor lógico de los ordenamientos jurídicos expresados por Hans Kelsen. En materia de derechos humanos, las obligaciones no solo encuentran un respaldo constitucional, sino su explicación y desarrollo en el derecho internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad

---

<sup>66</sup> FAPPIANO, 1997, Pág. 51. MONCAYO, Guillermo R; “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los Derechos Humanos en el Derecho Argentino”. En: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, 1997, Pág. 94.

<sup>67</sup> HERRENDORF, Daniel E./ BIDART CAMPOS, Germán J, Principios de Derechos Humanos y garantías, Buenos Aires, 1991, Pág. 236.

pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales en las que el Perú se encuentra suscrito.

Aunque –como afirma Quiroga Lavie- habría que tener en cuenta que la generación de gran parte del derecho internacional positivo se halla condicionada por intereses de sectores, como lo está el nacimiento del derecho interno<sup>68</sup>. Sin embargo, en definitiva, será el derecho interno de cada estado el que decida, por ejemplo, entre una doctrina monista o dualista en la incorporación del derecho internacional a su orden normativo. Es el estado el que elegirá si el derecho internacional ingresa automáticamente al orden normativo local o si, por el contrario, resulta en todos los casos necesaria una legislación interna que recepte la normativa internacional para su aplicación local. Pero lo que es cierto es que existe un principio general del derecho internacional que debe respetarse un estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de derecho internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27º y 53º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N°029-2000-RE de fecha 14 de septiembre del 2000.

Asimismo la doctrina sostiene que las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (*por ejemplo el art.7 punto 5*) resulta operativa y no programática y consecuentemente, para tornarla ejecutoriable no necesita ser reglamentada mediante una ley del derecho interno. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos derivadas del art. 1 de la Convención Americana gozan de una presunción de ejecutividad<sup>69</sup>. Por eso existe una

---

<sup>68</sup> QUIROGA LAVIE, Humberto, Lecciones de Derechos Constitucional, Buenos Aires, 1995, Pág. 113, y 114.

<sup>69</sup> Véase, el fallo “Suarez Rosero” del 12 de Noviembre de 1997 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta corte dicto Sentencia sobre el fondo en el caso “Suarez Rosero” condenando al esta do de Ecuador por diversas

permanente relación de ida y vuelta entre el derecho interno y el internacional. Por ese motivo, las reglas de interpretación e integración de derechos humanos en un estado democrático gozan de una completitud abarcativa<sup>70</sup>. Por ello su invocación por la parte en el proceso, no es *conditio sine qua non* para su aplicación por el juez, que puede traerla al caso mediante la aplicación del principio *iuria curia novit*<sup>71</sup>.

En cuanto a la prisión preventiva se refiere, el derecho internacional impone ciertas obligaciones a diversos órganos del estado, entre los cuales el más importante es el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así, el artículo 253, inciso 1 del CPP2004 señala que los derechos fundamentales también son “...*los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú...*”. Así, se exige a los legisladores que regule las disposiciones nacionales en conformidad con las normas internacionales, y a los tribunales que apliquen las normas y convenciones internacionales en los casos en que la legislación nacional no proteja adecuadamente los derechos del detenido<sup>72</sup>.

## **5. ¿PUEDE EL DERECHO PENAL MATERIAL “PROTEGER” LA LIBERTAD PERSONAL CASTIGANDO AL SUJETO “PRIVANDOLO” PRECISAMENTE DE SU LIBERTAD PERSONAL?**

La prisión preventiva, principal arma de aseguramiento de la persona dentro del proceso penal, encuentra su punto crítico en el objetivo esencial que persigue el derecho material: la protección exclusiva de bienes jurídicos fundamentales, siendo uno de ellos, el de la libertad ambulatoria. Así las cosas, el sistema penal tiene una disyuntiva

---

violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos relacionados con la detención y posterior encarcelamiento preventivo. El fallo “Suarez Rosero” es un precedente importante y tiene carácter vinculante a los Estados-partes, es un deber ineludible de los Jueces aplacarlo.

<sup>70</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés; En busca de una interpretación constitucional (nuevos enfoques de la reforma de 1994), Buenos Aires, 1997, Pág. 165.

<sup>71</sup> BOVINO, “El fallo “Suarez Rosero”, cit, Pág. 656.

<sup>72</sup> BOVINO, Alberto; “El encarcelamiento Preventivo en los tratados de los derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, 1997, Pág. 467.

insalvable, ya que fomenta el enjaulamiento preventivo de las personas, sobre la base de ciertos requerimientos legales, en post de conseguir la tan ansiada verdad histórica, en perjuicio, si se quiere, de esa libertad personal de la que se jacta el derecho penal de tutela en sus textos normativos. A mi juicio, creo, que al margen de que el sistema penal proteja en general los bienes jurídicos, lo más relevante y preocupante es que el derecho procesal penal, focaliza a través de la prisión preventiva, la afectación de un derecho fundamental: libertad personal.

Efectivamente, el derecho penal se ocupa de situaciones graves (por ejemplo: asesinatos, secuestros bajo extorsión, violaciones sexuales, etc.) y la respuesta también debe ser grave, aunque esta sea acosta de un valor incorporado intrínsecamente a su propio cuerpo (privar la libertad). Se conoce que el derecho positivo existen también otras posibilidades de respuesta punitiva para las conductas disvaliosas (por ejemplo: multa para empresarios o ejecutivos, inhabilitación para profesionales, etc.), pero son para delitos generalmente económicos en sentido amplio. **Lo que habría que precisar es que la función del derecho penal, como parte del control social<sup>73</sup>, dependerá de la función que se le asigne a la pena y a la medida de seguridad, como los medios más característicos de la intervención del derecho penal;** por ejemplo, en el derecho penal peruano como parte del modelo constitucional según el art. 43<sup>o</sup> de la Constitución Política se encuentra dentro de un estado social y democrático y de derecho, y como tal el derecho penal, deberá legitimarse como un sistema de protección efectivo de los bienes jurídicos de los ciudadanos, en el

---

<sup>73</sup> El termino control social, que proviene de la sociología norteamericana, puede ser definida como la influencia que ejerce la sociedad sobre los comportamientos de las personas, que a su vez responde a las exigencias de poder de cada modelo social. El control social son los diferentes mecanismos que se vale la sociedad para regular su conducta. Ahora el control social se divide en dos: Control Social informal o difuso que esta integrado por la familia, la educación, la profesión, los grupos sociales. Control Social Formal que esta integrado por las normas jurídicas, en la cual el Derecho Penal es el medio de control jurídico altamente formalizado (Sistema Penal), es decir tiende a evitar los comportamientos sociales que se consideran indeseables, acudiendo a la amenaza de imposición de penas o medidas de seguridad.

contexto argentino, Spolansky sostiene que “...nuestro derecho penal se constituye sobre la base de proteger al individuo o grupo de individuos. Para decirlo con palabras ajenas: la existencia humana es, pues, el centro del cual irradian todos los bienes y los intereses que la ley penal protege”<sup>74</sup> teniendo en consideración, en todo momento, el principio del derecho penal como ultima ratio<sup>75</sup>. En ese sentido, Hassemer decía que “cuando el derecho penal es un pasaporte hacia la solución de conflictos sociales de dejan de hacer plausibles las exquisitas formalidades del derecho penal procedimental”<sup>76</sup>.

El principio jurídico “libertad” es de carácter universal y se concretiza en el derecho penal a través del denominado principio de lesividad, en virtud del cual la aplicación de penas solo puede habilitar con relación a una acción humana que afecta la libertad de los demás ciudadanos<sup>77</sup>, no cabe duda alguna que la libertad constituye piedra angular sobre la cual se construye los demás bienes jurídicos fundamentales, y es que solo a partir de la libertad personal se puede tener “derechos” hacia los demás. Entonces, como el derecho penal puede interrumpir ese proceso de formación progresiva hacia los demás derechos, precisamente privando de ese valor fundamental, cual es la libertad personal, será acaso, que como la privación de la vida humana, inmerso actualmente en una cultura humanista. De respeto, no puede ser concebida como pena criminal. Y por eso, tengamos que acudir, como segunda posibilidad, el de privar de la libertad. En otras palabras: la paradoja radica en que pretende tutelar la libertad privando la libertad, garantizador de bienes jurídicos, privando de bienes jurídicos<sup>78</sup>. Este hecho fue expresado hacia finales

---

<sup>74</sup> SPOLANSKY, Norberto Eduardo; “contrabando, divisas y robo. Aspectos comunes: el bien jurídico protegido y la Constitución Nacional”, en. La Ley 1991-A, Buenos Aires, Pág. 77.

<sup>75</sup> Principio de fragmentariedad, subsidiariedad e idoneidad.

<sup>76</sup> HASSEMER, “Los Derechos Humanos en el proceso penal”, CIT., Pág. 204 y 205.

<sup>77</sup> SILVESTRONI, Mariano; Teoría Constitucional del delito, Buenos Aires, 2004, Pág. 145.

<sup>78</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas, Buenos Aires, 1992, Pág. 22.



del siglo XIX en forma certera y concisa por el importante político-criminal alemán Franz Von Liszt. *“la pena es una espada de doble filo: protección de bienes jurídicos mediante lesión de bienes jurídicos”*.

## **6. ALGUNAS CUENTIONES SOBRE LA PRISION PREVENTIVA**

### **A. EL PRESO PREVENTIVO TIENE QUE SER NECESARIAMENTE UNA PERSONA NATURAL.**

La coerción procesal personal tiene que ejercitarse necesariamente contra una persona natural. Dicha persona tendrá que tener la calidad de “imputado”, la misma que habrá de ser una persona física y viva, capaz de comprender la acusación que se le hace en su contra y correlativamente ejercitar su derecho irrestricto de defensa en todas las instancias, obviamente que la muerte del imputado determina la paralización de las acciones judiciales en su contra. Se trata de un acontecimiento que determina en forma anormal la culminación del ejercicio de la acción penal, si la muerte es una de las formas de extinción de la acción penal y de la pena como pretensión principal, todas las medidas cautelares que se dicten en ella – como pretensiones accesorias- necesariamente siguen la suerte del principal. Así mismo, contra la persona jurídica no puede dictarse encierros preventivos durante el proceso penal ya que, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico-penal euro-continental las personas jurídicas no tienen capacidad delictiva de asumir el papel protagónico de sujeto activo (*societasdelinquere non potest*)<sup>79</sup> constituyendo, por el contrario, la parte pasiva, porque ocupa la posición contraria a quien ejercita la acción persecutoria del hecho punible necesaria en el proceso; se puede decir que sin él no sería posible la finalidad del mismo, desde que no existe a quien sancionar.

---

<sup>79</sup> REATEGUI SANCHEZ, James; “La presencia de las personas jurídicas en el moderno Derecho Penal. ¿Hacia un Derecho Penal de las personas jurídicas?”, en: Actualidad Jurídica, tomo 144, noviembre, 2005, Pág. Y ss.

No existe vulneración de libertad individual en el caso de personas jurídicas. Así la sentencia del tribunal constitucional, en el Expediente N° 917-2000-HC/TC de fecha 13 de Octubre 2000, establece que: *“...en ese sentido, el tribunal constitucional debe recordar que el proceso de habeas corpus no tiene por finalidad proteger derechos constitucionales de las personas jurídicas, sino concretamente la libertad individual y los derechos conexos a ella, que como ya se ha tenido oportunidad de recordar en anteriores pronunciamientos, no titularizaran a las personas jurídicas, sino únicamente a las personas naturales; por lo que no cabe emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia”*. Aun cuando la persona jurídica sea considerada como una ficción o una realidad social, no puede ser catalogada como titular de derechos subjetivos inherentes a la persona humana como la libertad ambulatoria. Así, como la teoría general del delito está diseñada para comprender solamente a las personas naturales, de la misma manera la prisión preventiva y los mecanismos que permiten su recuperación, ontológicamente están diseñadas para privar de la libertad a una persona natural. **En realidad el “gran” patrimonio de la persona humana es su libertad ambulatoria y como tal, las medidas coercitivas solo atacan a la persona humana, por eso se llaman “personales”**.

## **B. LA INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO – GARANTISTA EN LA ADMISIBILIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA**

**Los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción también deben de tenerse en consideración para el dictado de la prisión preventiva.** Todos estos principios deben ventilarse bajo una audiencia judicial, tal como lo establece el artículo 271 del CPP 2004, cuyo tenor prescribe lo siguiente: *“el juez de la investigación preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizara la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La*

*audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado `por el defensor de oficio`".* La razón del artículo en comentario, responde a una lógica sencilla: si casi todos los incidentes y cuestiones procesales tienen en cuenta los principios del sistema acusatorio-garantista, con mayor razón se le debe aplicar a una medida coercitiva que coarta la libertad ambulatoria. Estos principios procesales se aplican en toda su magnitud cuando el imputado apela el mandato de tenencia judicial (etapa impugnativa de la prisión preventiva), lo cual se da en una etapa posterior a la de su admisión. Desde nuestra óptica dichos principios deben invocarse cuando se decide la medida coercitiva (etapa de postulación de la prisión preventiva).

Se trata, en otras palabras, de establecer una especie de “*mini*” juicio oral, de un debate contradictorio con la presencia de los principales sujetos procesales mediando entre ellos un único objetivo: determinar la procedencia o improcedencia de la prisión preventiva. Lo que se quiere evitar es que la decisión de admisibilidad de la prisión preventiva provenga del silencio. Solo de esta manera puede hablarse de un cambio radical en el sistema procesal peruano en materia coercitiva. Tiene que dejarse atrás la época del oscurantismo y ocultamiento para el dictado de la prisión preventiva propio del régimen inquisitivo, para dar cabida a las reglas orales, públicas y contradictorias que son propias del régimen acusatorio-garantista. La posibilidad de prevalencia viene determinada en este extremo en que el imputado tenga la posibilidad de defensa técnica. Se podría decir que estas reglas solo deben aplicarse en la etapa del juicio oral, pero nada obsta a que en cuestiones coercitivas –como parte integrante de todo proceso- se apliquen, más aun cuando dichas medidas tengan como finalidad privar de la libertad ambulatoria.

### **C) EL DICTADO DE LA PRISION PREVENTIVA EN EL MARCO DE DELITOS COMPLEJOS ¿EXISTE UN CONCURSO PROCESAL DE PRISIONES PREVENTIVA?**

Hasta aquí solo he tratado el tema de la prisión preventiva en el marco de una criminalidad normal, es decir, de un solo sujeto que ha cometido una sola infracción penal como su respectiva víctima. Sin embargo, esto no siempre es así en la mayoría de veces, la Comisión de un hecho punible está envuelta en un conjunto de complejidades, que no solo tiene relevancia desde el punto de vista sustantivo, sino también desde lo procesal y específicamente en el marco de la teoría de la coerción personal.

Así como existe en el derecho penal material la temática referida a los concursos de hechos punibles, asimismo debe existir en materia de medidas cautelares-personales y reales- del derecho procesal penal la concurrencia de prisiones preventivas, de comparecencias simples, de impedimentos de salidas, etc., con sus respectivos procesos penales en contra de un mismo imputado. Al margen de que puedan presentarse casos de procesos conexos, nos preguntamos lo siguiente: ¿Qué criterios debe aplicarse cuando a un mismo imputado se le abre proceso penal en dos o más juzgados simultáneamente con medidas cautelares personales de por medio?. En otras palabras. ¿Qué prisión preventiva debe prevalecer la del primer proceso o la del segundo proceso; o en su defecto deben acumularse las dos prisiones preventivas? Al respecto nuestro ordenamiento jurídico-procesal solo contiene normas jurídicas referidas a los procesos de tramites en los procesos penales- ya sean públicos o privados – (artículo 33, inciso 1 y 2 del CPP2004), pero grande silencio sobre el concurso de medidas cautelares y específicamente sobre el concurso de prisiones preventivas.

La pregunta sería ¿Cuál será el efecto de los concursos delictivos (reales o ideales) cuando se tiene que dictar la prisión preventiva?. En principio estamos en un concurso ideal de delitos (artículo 48 código penal), cuando en una unidad de acción se viola a su vez varios tipos penales, en cambio en el concurso real de delitos (artículo 50 del código penal), se da cuando con varias acciones del sujeto se violan varios tipos penales, que a su vez se consideran delitos

independientes. Ahora bien, en ambos supuestos se está ante varios hechos punibles, que puede tener repercusiones en la coerción personal; dependiendo, entre otras cosas, de la aptitud del procesado, otro tema será cuando el juez tenga que dictar la prisión preventiva a todos los sujetos activos.

La Comisión de varios delitos puede llevar a su vez, a la “comisión”, de varias prisiones preventivas durante un mismo proceso penal existe en este caso lo que se llama los supuestos de conexión procesal, que según el art. 21 del Código de Procedimientos Penales, existe entre otros: “1.- cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos, aunque cometidos en ocasiones y lugares diferentes “.El impacto de los delitos complejos en la prisión preventiva es la multiplicación de los requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva. Se produce varias, “pruebas suficientes”, varias, “prognosis de pena” y varios, “peligros procesales”, en tal sentido resulta importante que la legislación procesal penal haga la distinción entre autor (directo, indirecto coautor) y participe (inductor o cómplice) ya que el autor principal puede estar mucho más comprometido en el hecho investigado y amerite, si se dan los requisitos, en el dictado de la prisión preventiva, que la de sus partícipes, que solo merecían una comparecencia simple. Por el contrario, quizá el cómplice secundario represente un mayor peligro procesal corroborado con los demás requisitos materiales, con lo cual amerite el dictado de la prisión preventiva, que la de sus autores principales del hecho punible. Reitero, mientras más complejo sea el hecho criminal enjuiciado (numerosos sujetos activos, delitos investigados y victimas), más individualizable tiene que ser el dictado de la prisión preventiva. En argentina el anteproyecto del Código Procesal Penal de la nación presentado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del 2004 (art. 196) *“dispone que: las resoluciones que decreten una medida de coerción, deberán de individualizar al imputado...”*.

Las pruebas que vincules al autor y al participe tiene que ser diferentes y esto obviamente, tiene un efecto de la valoración de la

prognosis de la pena. Este mismo razonamiento debe emplearse para valorar el plazo razonable de la prisión preventiva. La resistencia y justificación de la prisión preventiva en el tiempo tiene que ir en función a aspectos individuales, para cada autor o partícipe, por más que se trate de un solo hecho criminal.

Si se verifica una relación concursal en el dictado de la prisión preventiva no se percibirá mayores problemas aplicativos, siempre y cuando se esté hablando de un solo sujeto. Sin embargo, el problema se agrava cuando las relaciones concursales se manifiestan en el marco de la criminalidad compleja, donde hay varios sujetos procesados pero varias infracciones penales que resulta a su vez agravando varias víctimas. En este punto pueden presentarse varios supuestos: la prisión preventiva para varios sujetos en concurso ideal de delitos, es decir, cada sujeto individualmente considerado realiza (unidad de acción) varias infracciones penales; la prisión preventiva para varios sujetos en concurso real de delitos, es decir, cada sujeto individualmente considerado realiza varias acciones con lo cual violó varias infracciones penales. Aquí puede encontrarse también los casos de delito continuado y delito masa<sup>80</sup> (art. 49 CP).

Con el peligro de fuga quizá no habrá mayores inconvenientes ya que la peligrosidad es personal y siempre se juzgará al mismo sujeto por más infracciones penales que haya cometido. Empero, la pluralidad de infracciones también puede perjudicar al imputado ya que la probabilidad de que sea condenado es bastante probable, sobre todo si se juzga delitos que tienen un tipo máximo de 4 años de pena privativa de libertad. Aquí en juez debe realizar una prognosis de la pena, en función a las reglas generales de determinación de la relación concursal de que se trate. Sabido es que el problema del

---

<sup>80</sup> El delito masa entra en nuestra normatividad penal a raíz de la modificatoria introducida por la ley 26683 del 11 de Noviembre de 1996. El delito masa, aparece como un sub caso del “delito continuado” en que se parte de una unidad de ideación delictiva y de una serie de medidas de ejecución del unitario propósito criminal, en el que figuran como destinatarios y sujetos pasivos una masa de personas en principio indeterminadas a las cuales son identidad de medios se intenta defraudar. Sus elementos generales son: a) Realización de un delito continuado y b) Pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

concurso de delitos en el derecho material es un problema de determinación de la pena, y trasladado a la prisión preventiva, se convierte en un problema de prognosis será la regla de “absorción” de la pena, si es un concurso real de delitos la prognosis será la regla de “exasperación” de la pena, la prognosis de la pena está íntimamente ligado al peligro de fuga del imputado. Una prognosis de la pena bien realizada, traerá como resultado una disminución del peligro de fuga, ya que la pena a imponerse será menor a cuatro años de pena privativa de libertad, como lo cual existe la probabilidad de que el imputado quiera hacer frente a la imputación penal sabiendo que no correrá riesgo de ser encarcelado preventivamente. Una prognosis que no tome en cuenta las reglas del concurso de delitos (ya sea real o ideal) para el dictado de la prisión preventiva, dará como resultado una probabilidad de fuga del imputado muy alta, pues erróneamente se creará que se suman todas las penas de los delitos imputados, con lo cual la terminación del proceso penal es muy probable que culmine con sentencia condenatoria y la pena de efectivo cumplimiento.

Si existen varios procedimientos penales dictados contra una misma persona llevada bajo la competencia de distintos jueces, es lógico de que exista el riesgo del dictado de varias medidas coercitivas, entre ellas la prisión preventiva. El riesgo de existir varios tipos penales (atenuantes o agravantes) imputables a una misma persona viene determinada por la creación de varios “riesgos” de peligro procesal. En los mega-procesos debe haber una especie de simplificación para el dictado de las medidas coercitivas, en el cual debe unificarse todos los procesos penales para un solo dictado de medidas coercitivas. Lo que debe impedirse a toda costa es que existan varios mega-procesos penales que a su vez pueden dar ocasión a varios mega-prisiones preventivas. Generalmente, las mega-prisiones preventivas en este contexto terminan excediéndose en la duración del plazo en cada uno de los procesos pendientes. Creo además que si no tenemos cuenta – o desconocemos – por ejemplo temas como el concurso aparente de delitos, daría pie a múltiples procesamientos penales con posibles mandatos de detención en cada uno de ellos.

Así, muchas veces los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad pueden determinar la improcedencia de varios procesos penales y por tanto detenciones judiciales, cuando el hecho, el sujeto y la calificación jurídica sean idénticos. Asimismo también, el principio de *ne bis in ídem*<sup>81</sup> no solamente prohibiría la doble condena y persecución penal, sino que también prohibiría, implícitamente, el doble dictado de la prisión preventiva o cualquier medida coercitiva. Aquí debería hablarse *ne bis in ídem procesal* que prohibiría la dualidad de medidas coercitivas. En definitiva. Un buen conocimiento sobre temas de derecho material traerá como consecuencia un correcto pronunciamiento penal sobre las medidas coercitivas.

Como ya se efectivizó la prisión preventiva en el primer proceso penal, en un segundo proceso aperturado en contra el mismo imputado, no podrá fundamentarse un prisión preventiva argumentando por ejemplo un peligro de fuga, ya que el imputado precisamente se encuentra detenido. Las posibilidades de fuga o del riesgo de fuga se ven anuladas en todo sentido teniéndolo al imputado detenido y bajo custodia. Asimismo, tampoco podía fundamentarse la prisión preventiva del segundo proceso penal en un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, ya que el imputado, por obvias razones, no podría manipular o presionar a los demás sujetos procesales-coimputados, testigos, peritos, etc. de este segundo proceso penal. En suma, en el segundo proceso seguido contra un mismo imputado no puede “acumularse” la prisión preventiva que se viene cumpliendo en el primer proceso por más que

---

<sup>81</sup> En este sentido, existen tres niveles de análisis del *ne bis in ídem* como principio fundamental dentro del proceso penal. En primer lugar esta el *ne bis in ídem* material, que anuncia que nadie puede ser sancionado penalmente dos veces. Sobre el mismo hecho (principio de cosa juzgada). Luego esta el *ne bis in ídem* procesal, que es un sentido amplio, que indica que ante un fallo definitivo, luego nadie puede ser procesado nuevamente por el mismo hecho donde precisamente ya existe un fallo (prohibición de la múltiple persecución penal). Por ultimo, y el mas discutido existe el caso de la litispendencia, que indica nadie puede ser procesado paralelamente en dos procesos penales cuando los hechos y el sujeto sean los mismos (prohibición del múltiple procesamiento paralelo).



existan –en el segundo proceso- los requisitos materiales para aplicar la prisión preventiva, ya que, como habíamos dicho, debe individualizarse y por tanto debe tener un efecto solamente particular y no extensible para fundamentar un encierro preventivo. De alguna manera, entonces, el primer proceso penal con prisión preventiva debe “consumir” al peligrosismo procesal de la prisión preventiva del segundo proceso penal.

En efecto, el análisis que se haga de la prisión preventiva debe perfilarse bajo su doble sentido: en su aspecto interno, es decir, que los requisitos materiales para su procedencia solo debe tener efecto por parte de quien lo ha padecer –ya sea autor o participe- y no puede ser entendible a los demás co-imputados comprendidos en el mismo proceso penal; y en su aspecto externo, en el sentido que la prisión preventiva y sus requisitos para su procedencia no pueden ser entendibles hacia los otros procesos penales abiertos contra el mismo imputado. Solo así se podrá evitar que la prisión preventiva cumpla, dentro del proceso penal, una desnaturalizada pena anticipada.

#### **D) EL DELITO CULPOSO EN LA PRISION PREVENTIVA**

Tradicionalmente sea entendido –al menos en el derecho peruano- que solo el delito doloso objetivado en el tipo penal, por su gravedad era objeto de su encarcelamiento preventivo. Pero ahora, con la proliferación de la delincuencia imprudente (sobre todo el tráfico automotor) el legislador peruano ha creído conveniente dejar la posibilidad que se aplique también a los delitos culposos, muestra clara, una vez más, que son más importantes las valoraciones político-criminales imperantes que las reglas jurídico-dogmáticas. En la legislación peruana, como es sabido, a través de la ley N° 27753 del 09 de junio de 2002 se incorporaba la prisión preventiva para los delitos culposos. Esto va en consonancia con la decencia registrada en el derecho comparado que se orienta en no distinguir entre un delito doloso o culposo cuando se dicta el mandato de prisión preventiva. Así por ejemplo el Código Procesal Penal de Costa Rica,

El Salvador, Bolivia, Chile, que en general siguen la tendencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1989. Dentro de un enfoque jurídico-procesal debe desecharse aquella postura que indica que no debe imponerse prisión preventiva en los delitos culposos en base a la entidad del ilícito ya que eso implica aceptar que el presupuesto fundamental para la detención es el quantum de la pena, criterio ya desterrado de la teoría procesal penal<sup>82</sup>. Asimismo, resulta evidente que puede verificarse una situación de peligro procesal (de fuga o de obstrucción) en los delitos culposos, ya que el peligro para fines del proceso es independiente si el delito se cometió con intención o no. Por el contrario, la última versión del Código de Procedimientos Penales de 1940 disponía que la detención solo procede en delitos intencionales. En esta misma lógica se enmarcaba el Código Procesal Penal de 1991 y el Proyecto del Código Procesal Penal de 1995.

En principio, de legeferenda no debería procederse la prisión preventiva en delitos culposos, ya que estos, en teoría, son más leves que los delitos intencionales. Sin embargo, habrá que hacer el siguiente razonamiento. Un sujeto puede haber cometido un injusto penal por negligencia, y puede ser procesado por este delito. Ya en el transcurso del proceso el imputado, por ejemplo, no se presenta a las diligencias judiciales, obstruye la actividad probatoria, y en algunos delitos culposos la pena sobre pasa los cuatro años de pena privativa de libertad, y además existe una vinculación probatoria en los hechos imputados, con lo cual, a mi juicio, no habría ningún impedimento para decretar la prisión preventiva. Es que una cosa son las características que inciden en la configuración típica del delito culposo y su falta de gravedad con relación al delito doloso (falta de intención, es imposible la tentativa, no hay complicidad criminal, etc.) y otra cosa, son las características que inciden en la fundamentación de la

---

<sup>82</sup> ALCOCER POVIS, Eduardo/ESPINOZA GOYENA, Julio/REATEGUI SANCHEZ, James; “Apuntes dogmáticos y político-criminales de la ley 27753 que modifica los alcances de los tipos de homicidio culposo, lesión culposa y permite la detención preventiva en casos de delitos culposos”, en: Foro Jurídico, N 3, Lima, Pág. 233.

prisión preventiva, ya que en esta lo que se cautela es la presencia del imputado en el proceso penal para una posible aplicación de condena, es decir, lo que cautela es la aplicación “mediata” de la ley penal, cuyos tipos penales pueden ser delitos dolosos o culposos.

No resulta criticable que se articule determinados mecanismos coercitivos para complementar la lucha contra la delincuencia imprudente, lo que si resulta criticable es que se utilice exageradamente a la prisión preventiva para contener dicha delincuencia. Así como en la dogmática jurídico-penal los delitos culposos están cada día más cerca en penalidad que los delitos dolosos, esto también tendrá un efecto de “equiparadas” para el dictado de la prisión preventiva. El efecto de la unidad que debe regir al derecho sustantivo y procesal se ve más palpable en esta cuestión. Si reformamos el derecho sustantivo también deberíamos reformar el derecho procesal, aun cuando esta última tenga como objetivo articular la prisión preventiva para fines exclusivamente político-criminales. El razonamiento del legislador peruano es así: *¿si aumentamos las penal para los delitos culposos de accidentes de tránsito también deberíamos aumentar las posibilidades de detención judicial por estos delitos una vez abierto el proceso penal?*

#### **E) LA FLAGANCIA DELICTIVA EN LA DETENCION POLICIAL.**

Las medidas cautelares personales no solamente pueden ser concretadas al inicio del proceso penal con la prisión preventiva, para garantizar los efectos de la probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia, también la privación de la libertad de la persona de un modo inmediato y si se quiere sorpresivo, puede tener su justificación procesal ante la urgencia de las investigaciones y el aseguramiento de las pruebas y del sospechoso. En el derecho peruano, por ejemplo, se estableció una detención en la fase pre-procesal. En tal sentido, un primer supuesto de privación de la

libertad, por razones vinculadas a la persecución penal, es la denominada “detención imputativa”<sup>83</sup>.

Las medidas cautelares de la policía consiste en un conjunto de poderes que la misma Constitución Política del Perú autoriza (art. 2° inciso 24, letra f)) para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. La carta política establece que “...*las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al ministerio público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término*”. Dicha medida encuentra aquí su fundamento constitucional. Pero el objetivo del Código Procesal Penal 2004 parece ir más lejos y utilizar la detención preventiva para un mayor número de delitos. Se advierte, en principio, que la detención policial en términos genéricos es menor gravosa que la prisión preventiva judicial; y temporalmente se diferencian, porque la primera es anterior a la definición de su situación jurídica en el proceso, y la segunda es una consecuencia de esa definición por resolución fundada (Auto Apertorio de Instrucción).

La medida coercitiva que a estos fines se aplica, se llama, según el Código Procesal Penal del 2004, “detención”, que a su vez comprende tres clases: la detención policial (art. 259); todas estas medidas “preventivas” de prisión de la libertad se dan fundamentalmente en la etapa policial y tiene como soporte común la flagrancia delictiva<sup>84</sup>, que es requisito *sine qua non* antela ausencia de

---

<sup>83</sup> En el Perú, se dispuso mediante las leyes N 27379 (art. 2.19 y 27935 (art. 2). SAN MARTIN CASTRO, Cesar ; Derecho procesal penal, Lima, 2003, Pág. 1099, “Se trata de toda privación de Libertad de ambulatoria de duración muy breve dispuesta por la autoridad judicial-que, entendida en sentido lato, comprende al Poder Judicial y a la Fiscalía (que en el Perú esta excluida de dictarla<sup>9</sup> o la Policía en Funciones de Policía Judicial-, en los casos previstos legalmente y que tiene como única finalidad asegurar la persona del presunto responsable de una infracción penal investigada”.

<sup>84</sup> Ley N 27937 (12-02-2003) “Ley que regula la intervención de la policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar”, en el art. 4 establece que la flagrancia es: ...cuando la realización del acto punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido

mandato judicial. La Constitución Política del Perú (art. 2.24,f) autoriza la detención preliminar policial siempre que el afectado sea capturado en flagrancia de delito. La Constitución no reconoce a otra autoridad, fuera del juez y de la policía, que pueda ordenar la privación de la libertad de una persona. La policía tiene el deber de capturar a los sospechosos en flagrancia, mientras que los particulares se le reconoce solo una facultad a modo de una colaboración ciudadana con la justicia, no se les impone capturar todos por los riesgos que pueda acarrear. La detención policial es una medida cautelar de carácter transitorio que tiene como finalidad fundamental la presencia del imputado para que sea interrogado acerca del hecho punible. Se aprecia así que la detención policial o el arresto ciudadano es una facultad puramente material, pues se reduce a la mera captura, que será seguido de la presentación del capturado a quienes tienen que impartir la orden de detención.

Debemos decir que siempre la primera intervención policial se realiza dentro de un marco factico de probabilidad de delito, lo que lleva a la autoridad policial a ejercer sus facultades constitucionales de prevención y combate de la delincuencia, a ello se agrega, de existir mayor verosimilitud del evento delictivo, las facultades de investigación y detención, este último se aplica si hay flagrancia. La flagrancia es una prueba más directa del delito<sup>85</sup>. etimológicamente el término “flagrante”, proviene del latín “*flage*”, que significa en sentido técnico - jurídico que un delito lo sea cuando se comete públicamente y ante testigos, siendo así un delito flagrante es el que encierra en sí la prueba de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción sensorial directa del hecho delictivo. La finalidad de la flagrancia es impedir que el delito sea llevado a consecuencias ulteriores. Persigue asegurar la presencia del sospechoso y las pruebas del hecho. La flagrancia delictiva es la condición previa que legitima una detención

---

inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo”.

<sup>85</sup> CAFFERATA NORES, José I.; Medidas de coerción en el Nuevo código procesal penal de la Nación (ley 23.934), Buenos Aires, Pág. 28.

preliminar policial. En suma, sin fragancia no hay detención policial posible y su infracción constituye delito contra la libertad (art. 152 inc., CP). Sería una detención arbitraria. El C de PP no definía la fragancia y el CPP lo definía en el art. 8, segunda parte.

La actualidad de la comisión delictiva está representada por la “inmediatez temporal”. El otro requisito es la “inmediatez personal”, que está representado por la presencia del imputado en el lugar de los hechos. Sin embargo, para efectos de verificar la flagrancia delictiva se suele recurrir a dos puntos de vista: uno de carácter objetivo en el cual debe apreciarse que el delito: a) se está cometiendo o acaba de cometerse; b) que el supuesto autor del hecho es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o por el clamor popular; y c) el sujeto tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar, y por otro lado subjetivo, en que el agente de policía, o cualquier otra persona, deben poder reconocer por esas conductas externas que el delito se está cometiendo o acaba de cometerse, dado que el agente es “*sorprendido in fraganti*”.

La ausencia de una definición legal de flagrancia, es sin duda el principal problema que existe en nuestro país, pues de un lado la ley Orgánica de la Policía establecía supuestos que traspasaban la definición doctrinaria de flagrancia, yendo en contra de la Constitución y de otro lado, el Código Procesal Penal de 1991 definía el concepto de flagrancia, pero al no estar vigente no surtía efecto vinculante a los operadores penales, generando en muchos casos, la afectación indebida de la libertad personal de los investigados policialmente.

No puedo aquí ocuparme de modo exhaustivo y críticos de las calidades funcionales de la policía, solo compete diferenciar dos situaciones en función al tema que nos ocupa: a) cuando actúa como policía de seguridad o función preventiva y b) cuando actúa como policía judicial<sup>86</sup>. La separación entre ambas se tornó un tanto difícil,

---

<sup>86</sup> GARCIA, Luis M.; “Dime quien eres, pues quiero saber en que andas”. Sobre los límites de las facultades de la policía para la identificación de personas. Los claroscuros del caso “tumbeiro”, en: La Ley, 2003-A, Buenos Aires, Pág. 475.

por ejemplo: en la facultad para detener en fragancia. Así, también en las facultades de investigación de la policía, en las llamadas “*tareas de inteligencia*”, o reunión de información concerniente a un delito, pueden perseguir al mismo tiempo, funciones policiales de prevención y de persecución. Existen definitivamente “riesgo de desvío”, es decir, la policía judicial aprovecha de datos no solo para un proceso penal determinado, sino para integrar una base de datos personales. Lo mismo pasa con las escuchas telefónicas donde puede aprovecharse no solo a las finalidades de un proceso penal, sino a una labor mucho más amplia de prevención general del delito. Muchas de las funciones persecutorias del delito terminan en el proceso penal. Muchas veces en las actividades de vigilancia y seguridad pública resulta el conocimiento de un delito o de identificación de un probable autor.

#### **F) ALGUNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA PRISION PREVENTIVA**

La prisión preventiva y los presupuestos para su realización, serán necesarios en la medida en que existan figuras delictivas “peligrosas” que se reclamen, y esto se debe a una razón de naturaleza histórica: **el hombre al vivir en compañía de otros hombres, debió ceder parte de su libertad en aras de la organización que posibilite su vida en sociedad.** Así, se puede observar que el poder y la libertad son dos fenómenos sociales contradictorios, que tienden a anularse recíprocamente, ambos son, en todo caso, protagonistas de ese diálogo tremendo y perpetuo que es – y será – el motor de la historia de la humanidad. Se trata, en definitiva, de dos intereses en juego: por un lado, el derecho del imputado a no soportar consecuencias desfavorables mientras no se pruebe su culpabilidad judicialmente y, por otro, la expectativa social –y del estado- de no frustrar la aplicación de la ley penal. Por eso, existen en los ordenamientos procesales, causas para el otorgamiento de libertad (excarcelación). El principio de la libertad personal de puente entre el derecho que tiene toda persona de ejercer su libertad ambulatoria y la prohibición

de aplicar una pena antes de obtener una sentencia judicial que declare su culpabilidad. La prisión preventiva no puede tener fines carcelarios propios de la pena criminal (tesis sustenta vistas), sino que debe circunscribirse a objetivos procesales incursos dentro de la teoría cautelar (tesis procesalistas). Por ende, resulta completamente ilegítimo y arbitrario encarcelar preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena criminal (del derecho penal material), o considerando criterios de peligrosidad (pre o post delictivos) del procesado, como la persecución social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. En síntesis: la prisión preventiva o cautelar no puede funcionar como una retribución tranquilizadora para los demás miembros de la sociedad, que permite la readaptación social del imputado, sino que se permite solo cuando sea indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley penal.

A mi juicio, el instituto de la prisión preventiva en cualquiera de sus formas o clases, cobra realidad normativa por los injustos típicos ubicados en la parte especial o leyes especiales, es decir, aquellos estarán siempre confirmados a un grado de amenaza para con la sociedad. Como ha dicho Pastor *“...son las reglas sobre encarcelamiento preventivo las que nos permiten conocer cuan autoritario y arbitrario puede ser el poder penal del estado o cuan respetuoso de los derechos fundamentales del individuo”*<sup>87</sup>. Así, por ejemplo, un asesinato siempre- a no ser que todos se vuelvan respetuosos de la vida de los demás – va a formar parte del derecho penal nuclear, y por tanto, siempre determinara un conflicto de intereses en juego en la cabeza del juzgador: la libertad del supuesto homicida versus la seguridad ciudadana, donde en la mayoría de veces, por lógica razón, la balanza- por presión social- se inclinara por la seguridad ciudadana. Aunque, en la realidad, veremos que la

---

<sup>87</sup> PASTOR; “El encarcelamiento preventivo”, cit., Pág. 62. BARATTA. Alessandro, “La política criminal y el Derecho penal de la Constitución”, en: nueva doctrina penal, 1999- B, Buenos Aires, Pág. 415.



llamada seguridad colectiva es la que primaria, ante “causas urgentes” (secuestros extorsivos, robos, violaciones sexuales, etc.) sobre o en perjuicio de determinados derechos y garantías del ciudadano. Por tal motivo, Silva Sánchez señala que una de las características de la sociedad postindustrial es la sensación general de inseguridad (o la sociedad del miedo)<sup>88</sup>.

Por ejemplo, en el informe final de la comisión (que asesora) para la prevención del secuestro de personas en argentina se establece lo siguiente: “No obstante esta concesión que debemos hacer a tan dura realidad, la comisión considera que es misión primaria del estado proveer a la seguridad común y garantías a todos sus habitantes el disfrute de los bienes jurídicos mediante el sostenimiento y fortalecimiento de los distintos recursos del sistema penal”. Esto tiene su razón de ser en los instrumentos internacionales ratificados que prevén la adopción de medidas de aseguramiento para la sociedad conmovida por actividades delictivas. Así, el pacto de san José de costa rica establece el derecho de toda persona a que se respete su vida (artículo 4), su integridad física, psíquica y moral (art.5) y garantías judiciales (art. 8) y el deber de los estados de adoptar las “medidas legislativas o de otro carácter” que fuesen necesarias para hacer efectivas los derechos y libertades por ella reconocidos” (art.2) establece además que “los derechos de cada persona están limitadas por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32).

Tampoco compartimos aquellos criterios “ultra-garantistas” que sostienen propuestas innovadoras, tales como acceder a “un proceso penal sin prisión preventiva”, basadas en creencias que una vez concluida la fase de investigación preliminar se encontraría asegurada la futura productividad de las fuentes de prueba, cual distorsionaría la función cautelar-procesal de la prisión preventiva. Ami entender en un Estado de Derecho también se puede ser garantista aplicando la

---

<sup>88</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús- María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 1999, Pág. 24.

prisión preventiva en los casos que se considere absolutamente necesario -ante un peligro procesal- y proporcional al hecho materia de investigación. De todas formas, la única forma coherente de tratar tales situaciones es la rápida conclusión del proceso; reduciendo drásticamente la eventualidad del peligro de fuga sobre cuya base se podría operar con una finalidad mas propiamente cautelar.

Por todas estas consideraciones, un Juez penal que no este dispuesto a engañarse ni a engañar, ha de asumir con toda lucidez la dimensión de la realidad de su oficio. No hacerlo seria protagonizar una vergonzante huida del conflicto entre eficiencia y garantías, ya por cerrar los ojos – que es bien difícil – a la verdadera naturaleza de la prisión preventiva. Además, creo que el problema pasa, entre otras cosas, por la “ideología de los jueces”, por que de nada serviría si tenemos un excelente y renovado Código Procesal Penal de corte acusatorio-garantista, si la mentalidad de quienes tienen que aplicarlo sigue siendo de corte inquisitivo-mixto.

### **CAPITULO III**

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NCPP 2004**

#### **1. DEFINICION DE MEDIDAS CAUTELARES**

Señala Rosas Yataco que: *“Las medidas coercitivas son todas aquellas restricciones al ejercicio de los derechos (personales o patrimoniales) del inculpado o de terceras personas, que son impuestas o adoptadas en el inicio y durante el curso del proceso penal tendiente 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”*<sup>89</sup>.

Clariá Olmedo, al respecto, anota que: *“En su conjunto, la actividad coercitiva se integra por una variedad de actos independientes regulados por la ley procesal, que tienden a asegurar la efectiva satisfacción del resultado del proceso en cada una de sus fases fundamentales, evitando*

---

<sup>89</sup> ROSAS YATACO, Jorge. Manual de Derecho Procesal Penal. Con aplicación al nuevo proceso penal, Jurista Editores. Lima, 2009. P. 466.

*el daño jurídico que podría sobrevenir sino se alcanza los fines perseguidos, (...) sea para adquirir y hacer eficaz la prueba a rendirse, para impedir la detención del proceso, o para que se cumpla la pena tanto privativa de la libertad como económica y otras condenas (civil, costas, etc.). ya impuestas o que podrían imponerse*<sup>90</sup>.

De las definiciones anotadas, se puede colegir que tales medidas tienen como objetivo un doble aseguramiento: de una parte la correcta celebración del propio juicio, con la presencia del acusado, integridad de los medios probatorios, etc., y, de otra, la garantía de la correcta ejecución del futuro pronunciamiento, cumplimiento de la pena impuesta, abono de las indemnizaciones fijadas en concepto de responsabilidad civil, etc.<sup>91</sup>.

En el proceso penal las medidas cautelares se dividen en reales y personales. Por medio de las primeras se busca garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran establecerse al término del proceso. Como dice Miranda Estrampes. *“las (medidas cautelares) reales vienen a conservar los bienes sobre los cuales se ejecutaría una eventual multa o indemnización o a establecer una garantía accesoria de que el imputado no se sustraerá al juicio. Estas últimas presentan un carácter patrimonial, pues implican una intromisión en el patrimonio del imputado con la finalidad de asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas del delito*<sup>92</sup>.

Mientras que las medidas cautelares personales tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el proceso y/o evitar que obstaculice la investigación procesal o atente contra la presunta víctima

---

<sup>90</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo V-actividad procesal. Editar. Buenos Aires, 2008. P. 200.

<sup>91</sup> MAZA MASTIN, José Manuel, “La prisión preventiva”. En: La constitucionalización del proceso penal. Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2002, p. 299. Cfr. VARONA VILLAR, Silvia, “el proceso cautelar”. En: MONTERO AROCA, Juan; GOMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTON REDONDO, Alberto y VARONA VILLÑAR, Silvia. Derecho Jurisdiccional. Tomo III: proceso penal. 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 443.

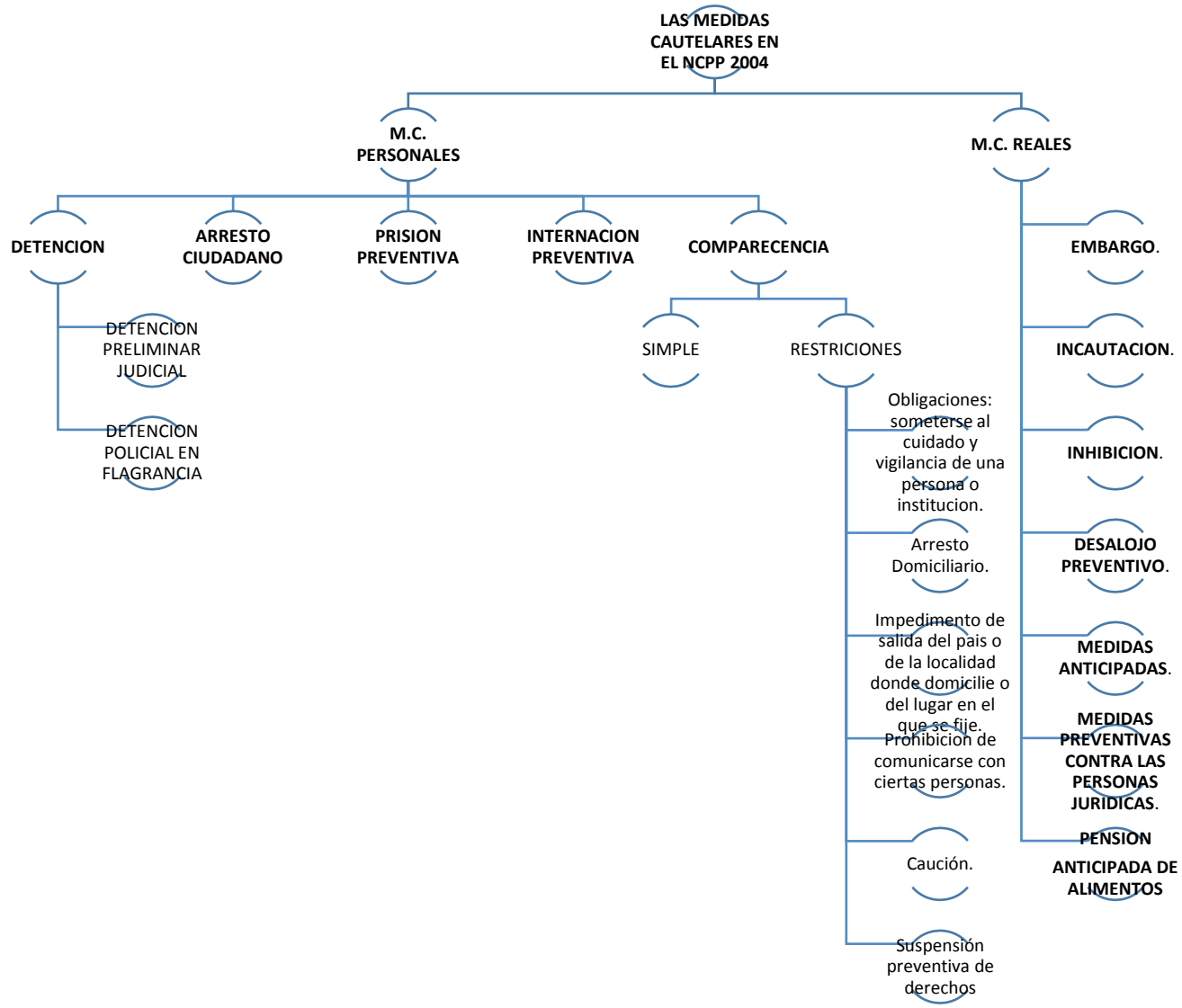
<sup>92</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Medidas de Coerción”. En: Derecho Procesal Penal. Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006, p. 185.

(protección cautelar de la víctima). Estas últimas medidas cautelares se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que pueden implicar la libertad de la persona, que posibilite que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra<sup>93</sup>.

Ahora veamos cuales son las medidas coercitivas que prevé el CPP DE 2004 A través del siguiente esquema:

---

<sup>93</sup> MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 510-511.



## 2. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ

### A) ¿Qué es la Prisión Preventiva?

La Prisión Preventiva es una medida coercitiva personal de naturaleza provisional. Se trata de la privación de la libertad que formalmente decide un Juez de Investigación Preparatoria, dentro de un proceso penal, con el fin de cerciorarse que el procesado esté sometido al proceso y no eluda la acción de la justicia o no la perturbe en su actividad probatoria.

Asimismo, se puede afirmar que es una medida en contra de un ciudadano que tiene la calidad de imputado, la decisión corresponde a la actividad del juez, siendo esta muy sensible. El Juez de Investigación Preparatoria debe cumplir y hacer respetar prolijamente el artículo 7°.5 de la Convención Americana, que lo obliga a observar los principios de control judicial e intermediación procesal: *la persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez o autoridad judicial competente*. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y de otros derechos, como la vida y la integridad personal.

La prisión preventiva, llamada también encarcelamiento preventivo, representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de la libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás Estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Ella es, precisamente por esa razón, la injerencia más grave en la libertad personal y, al mismo tiempo, la más evidente contradicción con el principio de inocencia que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio*). Prisión preventiva quiere decir, en principio, que desconfiamos del imputado en grado sumo, pues él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o la consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional -definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal [sic]<sup>94</sup>

La Comisión Interamericana entiende por «prisión o detención

---

<sup>94</sup> Cfr. MAIER. Julio, Derecho Procesal Penal, T. III, Parte General, Ia ed., Editores del Puerto, Buenos Ares, 2011, pg. 415-416.

preventiva»: todo el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previa a una sentencia firme<sup>95</sup>. Además el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos precisó (i) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; (ii) los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; (iii) consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva de una persona; (iv) aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; (v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; (vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su procedencia; (vii) el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena; y (viii) en el caso de niños, niñas y adolescentes los criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad; y cuando sea procedente deberá aplicarse durante el plazo más breve posible [sic]<sup>96</sup>

Para Roxin<sup>97</sup> la prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Para él, se persigue los siguientes objetivos concretos: (a) pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; (b) pretende garantizar una investigación de los

---

<sup>95</sup> Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Prisión Preventiva para las Américas, en el mes de diciembre de 2013, pg. 22.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pg. 17.

<sup>97</sup> Vid. ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, traducción de la 25<sup>o</sup> edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor revisada por Julio B.J.Maier, Editores del Puerto, Argentina, 2000, pg. 257.



hechos, en debida forma, por los órganos de persecución penal; (c) pretende asegurar la ejecución penal. Agrega ROXIN que la prisión preventiva no persigue otros fines.

ASCENCIO MELLADO, quien ha investigado sobre la regulación de la prisión preventiva en el Perú la define:

*La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de naturaleza 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. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a realidad. Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado [...] En definitiva la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la adoptada sin lugar a dudas con infracción de la presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huyan de fórmulas automáticas o de reglas tasadas [sic].<sup>98</sup>*

Consideramos que la imposición de la prisión preventiva genera; (i) que

---

<sup>98</sup> Cfr. ASCENCIO MELLADO, José María. La Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú, investigación efectuada en el Marco del proyecto de investigación «La Reforma de la Justicia Penal», Instituto de Ciencia Procesal INCIPP, p.2.

ésta se cumpla dentro de un establecimiento<sup>99</sup> carcelario; (ii) debe ser por un determinado plazo que lo fija la Ley adjetiva como tope; no es ilimitado y como señala ASCENCIO MELLADO<sup>100</sup> no puede extenderse más allá del plazo, al margen de la situación real del proceso y de que el mismo no haya concluido; (iii) el plazo que determina el juez de investigación preparatoria al dictar prisión preventiva debe ser racional con las necesidades de la investigación y del juzgamiento, (iv) que la decisión siempre es jurisdiccional y por tanto no puede ser impuesta por particulares ni por otra autoridad administrativa; (vi) cumple fines preventivos concretos que los reglamenta la Ley procesal acorde a lo previsto en la Constitución Política del Estado, es decir, para cumplir los fines del proceso penal.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial comporta una medida provisional que como última ratio limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia<sup>101</sup> que asiste a todo procesado, pues la prisión

---

<sup>99</sup> Lo ideal es que la autoridad penitenciaria y el sector justicia planifique y concrete que los procesados deben estar apartados de los ciudadanos sentenciados o sobre todo de los reincidentes que no desean ser resocializados. El régimen penitenciario debe siempre diferente a pesar de los problemas sociales y económicos que pudiera afrontar el país, la que debe ser política pública para todos los gobernantes, que guarda correlación con lo que persigue la Constitución Política cuando expresa que los ciudadanos sentenciados tienen derecho a la resocialización.

<sup>100</sup> Vid. ASCENCIO MELLADO, José María, Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant Lo Blandí, 2a ed., Valencia-España, 2010, pg. 185.

<sup>101</sup> Así lo explica la Sentencia de la Corte Internacional, caso Cabrera y Montiel Vs. México £182. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido (el delito que se le atribuye), ya que el onus probandi corresponde a quien acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. Asimismo, en el £ 183. el Tribunal ha sostenido que tal y como se desprende del artículo 8°.2 de la Convención, dicho principio exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. Así, la falta de prueba plena de la responsabilidad penal en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, el cual es un

preventiva es una medida provisional por la que puede optar un juez para asegurar la presencia del inculcado en el proceso y el éxito del proceso penal, en la medida en que legalmente se encuentra justificada cuando existen motivos razonables y proporcionales para su dictado. Asimismo, el Tribunal ha precisado que la detención judicial (prisión provisional) no debe exceder de un plazo razonable que coadyuve al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad, provisionalidad, excepcionalidad y razonabilidad, principios dentro de los que se ha de considerar la aplicación de esta excepcional medida coercitiva de la libertad para ser reconocida como constitucional. Se trata propiamente de una manifestación implícita de los derechos a la libertad personal y al debido proceso, consagrados por la Constitución en los artículos 2°.24 y 139°.3; en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana [Cfr. STC N.º 2915-2004-HC/TC] [sic]<sup>102</sup>

En un estudio elaborado en el Perú por el Instituto de Defensa Legal señalan que *«la prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que*

---

elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso, hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. En el f. 184. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si, antes de que el acusado sea encontrado culpable, una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable. Por otro lado, la misma sentencia, en su cita de pie de página 280, precisó que El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha observado que «la presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, supra nota 258, párr. 30.

<sup>102</sup> (16)Exp. N° 01014-2011-PHC/TC Caso Tacna: Henry Vidal Guevara Huashualdo emitida el día 28 de junio de 2011.

se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena». <sup>103</sup>

ASCENCIO MELLADO ha investigado en el Perú la actual regulación de la prisión preventiva afirma:

*«El Código Procesal Penal del Perú aprobado por Decreto Legislativo 957, de 29 de julio del 2004, en su conjunto responde a un modelo ¿el proceso penal acusatorio, eficaz y moderno, respetuoso con los derechos humanos y adecuado para el cumplimiento de los fines que le son propios. Y en este marco, la regulación de la prisión provisional que efectúa es plenamente respetuosa con los principios señalados, con la naturaleza cautelar de la medida y con su finalidad. Entronca, por tanto, con la mejor tradición democrática, con el sentir reflejado en los Tratados Internacionales que tienden a la protección de las personas frente al Estado. En suma, sin olvidar de asegurar la eficacia del proceso sitúa la privación de libertad en su lugar preciso y autoriza su restricción únicamente cuando es absolutamente necesario, cuando no existen otras disposiciones menos gravosas para el derecho que puedan cumplir adecuadamente la misma función.»*<sup>104</sup>

Si no existe proceso penal no hay convocatoria a la audiencia menos un mandato judicial de prisión preventiva. Podría ser una orden de detención judicial preliminar que cautelarmente ha solicitado el fiscal al juez de turno en fase pre jurisdiccional. Para que exista el proceso penal en el Perú, el fiscal debe previamente haber formalizado el inicio de la investigación preparatoria. Lo principal para su existencia es que el fiscal debe haberle informado, al juez de la investigación preparatoria, la apertura de la investigación contra determinado ciudadano, así como el de habersele notificado personalmente al imputado del inicio del procedimiento

---

<sup>103</sup> (17)IDL, La Prisión Preventiva en el Perú ¿Medida cautelar o Pena anticipada?, editado por IDL, Lima Perú, 2013, pg.11.

<sup>104</sup> Óp. cit. ASCENCIO MELLADO, José, Regulación de la Prisión Preventiva..., pg.184.

investigatorio.

No le falta razón al profesor peruano ORE GUARDIA cuando escribe que *el nuevo Código Procesal Penal no define a la prisión preventiva, pero a partir de su texto es posible determinar cuáles son sus fines y sus presupuestos materiales y procesales.*<sup>105</sup>

## **B) La naturaleza y finalidad de la prisión preventiva**

La prisión preventiva es provisional, al tener el ciudadano el derecho a considerarse inocente mientras no exista una resolución judicial que disponga lo contrario. Se diferencia de la prisión definitiva porque esta última, es el efecto procesal del pronunciamiento final de un proceso penal, es decir, es la consecuencia de una sentencia condenatoria. Entonces, al ser la medida judicial de carácter provisional, el régimen penitenciario en su vida interna en la cárcel es diferente a la de un ciudadano condenado ya que no se le puede conjuntar con los ciudadanos ya sentenciados, varios de ellos reincidentes y habituales; y si esto sucede en la vida real es un problema de política penitenciaria. Esta es una de las razones, a nuestra consideración, por la que sigue creciendo el índice criminal en el Perú pues ciudadanos primerizos en el crimen, que están provisionalmente en cárcel, al egresar registran un mayor aprendizaje delictivo, adquirido en la escuela del crimen, la cárcel, evidentemente.

ASCENCIO MELLADO escribe «*si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden de los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el Estado de derecho*»<sup>106</sup>

La Corte Interamericana, en los casos Suárez Rosero, Sentencia de

---

<sup>105</sup> Vid. ORE GUARDIA, Arsenio, Artículo sobre La prisión preventiva en la primera sentencia de casación penal de la Corte Suprema, [en línea] Alerta Informativa, Lima, 2007, [fecha de consulta: 19 de mayo de 2014], disponible en la web: <http://goo.gl/DófsMM>.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, pg. 185.

12/11/1997, Serie C. N° 35, párr, 77; Cfr. Caso Tibí, sentencia de 7/9/2004, Serie C. N° 114, párr. 180; *Caso Acosta Calderón*, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C. N°. 129, párr. 111, se ha pronunciado sobre los fines de la prisión preventiva de la siguiente manera:

*Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8,2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.*

Según el Código Procesal Penal de 2004 los fines son: (i) asegurar la presencia física del imputado en el proceso penal; (ii) que no eluda la acción de la justicia, que no se oculte frente a las órdenes judiciales que lo convocan para la actividad investigativa o probatoria dentro del proceso; (iii) que no obstruya la actividad probatoria, ya sea intimidando o violentando físicamente a los órganos v fuentes de prueba adversos para variar su declaración o destruyendo las fuentes de conocimiento o alterándolas de su veracidad.

Respecto a los fines, el profesor ORE GUARDIA señala que estos no

pueden ser otros que los previstos para las medidas de coerción procesal en general: para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (art. 253°.3 del NCPP).<sup>107</sup>

Estimamos que no es un fin de la prisión preventiva *la prevención de la reiteración delictiva* del imputado. Razonar de esta manera y creer que por esta variable se le debe imponer la medida de prisión preventiva es un error de la judicatura, es decir, imponer o amparar el requerimiento de prisión preventiva contra un imputado bajo el argumento que el imputado presenta *antecedentes penales por otro hecho delictivo -vigente y/o rehabilitado—* o porque *registra otras investigaciones a nivel de investigación preparatoria o fiscal* concluyendo que existe un indicador válido de peligro procesal en cualquiera de sus vertientes. Por el contrario, en la valoración de la prisión preventiva debe vislumbrarse con transparencia los otros indicadores que son los determinantes en la decisión judicial.

Es cierto que el artículo 268 letra c) del ordenamiento procesal peruano prescribe 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)*». Sin embargo, por lo que fluye de esta disposición legal, reiteramos que no debe entender, el operador del proceso, que, si el procesado previamente a la audiencia registra antecedentes por uno o varios hechos delictivos, se ha configurado con esta sola información el peligro procesal en su contra. Es cierto que los antecedentes delictivos nos forman *el criterio de la reiteración delictiva* del imputado, pero esta información es referencial, no resulta *razonable para evaluar y acreditar por sí solo la existencia del peligro procesal* en una incidencia de naturaleza cautelar, por el contrario, debe ser estimada en el momento de la determinación de la pena, en caso fuera hallado culpable el ciudadano porque es un instituto vinculado estrictamente a los fines de la pena, conforme lo prescribe el art. 46° del

---

<sup>107</sup> Vid. ORE GUARDIA. Óp. cit. p. 5.

Código Penal, e incluso hoy aparece expresamente previsto como circunstancia que agrava la sanción penal (Ley N° 30076).

La Corte Interamericana ha precisado<sup>108</sup> que «*las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva*». El voto razonado del Juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana en la sentencia *del caso López Álvarez Vs. Honduras del 1 de febrero de 2006*, señaló en su fundamento 19:

*En mi concepto arraigado en una tradición de opiniones altamente desfavorable, o en todo caso fuertemente crítica de la prisión preventiva -la privación cautelar de la libertad -privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad- debe reducirse<sup>109</sup> en la mayor medida posible. Así lo ha reconocido de manera reiterada y uniforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con explícita adhesión a la idea de que la intervención penal del Estado debe reducirse a lo estrictamente indispensable y sustentarse en consideraciones que prueben su pertinencia y legitimidad. Obviamente, no se trata de auspiciar el delito, sino de preservar los derechos de los ciudadanos, particularmente de quienes se ven privados de libertad sin haber incurrido en ilícito alguno. Esto trae consigo la exigencia de que se halle bien establecido el sustento de la prisión preventiva, las condiciones que la hacen admisible, por ahora, esto es, la necesidad de preservar el proceso y la seguridad de quienes en él intervienen, echando mano de la privación de la libertad cuando no existe otro medio para alcanzar esos objetivos.*

Agrega, en el fundamento 23 del citado voto que:

---

<sup>108</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Internacional en el Caso García Asto y Ramírez Rojas, supra nota 7, párr. 106; así como, la Sentencia del Caso Acosta Calderón, supra nota 18, párr. 75, y la Sentencia del Caso Tibi, supra nota 80, párr. ISO.

<sup>109</sup> Para nosotros esta práctica no debe existir, no se debe privar la libertad de una persona para recién investigarlo. Es un rezago del sistema inquisitivo y de la inversión de la inocencia por la culpabilidad.



*En la operación de la prisión preventiva, como de otras medidas cautelares, entran en juego dos principios contrapuestos, que es posible denominar «prejuicio legal», en un extremo, y «responsabilidad judicial», en el otro. Hablo de prejuicio legal en el sentido de juicio genérico y abstracto, pero vinculante, previo al juicio específico y concreto sobre el problema sujeto a consideración judicial, que así resulta vinculado o excluido. Aquello es lo que sucede cuando la Ley impide de plano la libertad procesal del inculpado mientras se realiza el proceso, sustrayendo inexorablemente este juicio a la potestad del magistrado.*

Desconocerlo en el fuero judicial interno podría generar que el afectado con la privación de libertad pueda recurrir a instancias internacionales en busca de la protección -Sistema Interamericano de Derechos Humanos- a efecto de exigir el control de convencionalidad al que dicho ciudadano conforme lo prescribe la Convención Americana en su art. 2°.

En la valoración del peligro procesal para amparar una prisión preventiva debe evaluarse diversos indicadores que se presentan en cada caso concreto y en el que, a nuestro entender, no solo se debe orientar por la *reiterancia delictiva* por ser abstracta; así también lo sostiene ASCENCIO MELLADO. Debemos tener en cuenta, y además recordar, que ese no es el fin de la prisión preventiva.

Es cierto que la Ley adjetiva penal peruana la prevé y algunos colegas jueces alegarán el principio de legalidad para no dejar de observarla literalmente, sin embargo, debe recordárseles que hoy, en pleno siglo XXI, los razonamientos y juicios del juez se efectúan no solamente a partir del control de constitucionalidad interno, sino además del control de convencionalidad en estricta observancia del art. 2° de la Convención Americana conforme así lo sostiene el voto del señor juez Antonio CANDADO TRINDADE cuando escribió en su fundamento II.6 que:

*La «constitucionalizarían» del Derecho Internacional (un nuevo*

*desafío a la ciencia jurídica contemporánea) es, a mi juicio, mucho más significativa que la atomizada y variable «internacionalización» del Derecho Constitucional (esta última, ya estudiada hace más de cinco décadas). El artículo 2 de la Convención Americana, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un «control de convencionalidad», con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1. De ese modo, se puede alcanzar un ordenamiento internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. La «constitucionalización» de los tratados de derechos humanos, a mi juicio, acompaña, así, paripassu, el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección.<sup>110</sup>*

Es cierto que el legislador peruano ha insertado la reiterancia delictiva por política criminal, con la finalidad de que los ciudadanos que reiteran sus conductas ilícitas sean detenidos judicialmente, a fin de evitar que sigan cometiendo más hechos ilícitos y se logre la protección a la ciudadanía, es decir, evitar nuevos delitos. Sin embargo, pese a esa disposición legal, sigue creciendo el índice de procesados internos en cárceles, la incidencia criminal también crece y el delito no desaparece; por ello resulta preocupante que se confunda la política criminal con los fines de la prisión preventiva.

Lo que sí se puede reconocer al legislador peruano es el acierto de poner en vigencia las reglas de la prisión preventiva a nivel nacional, mediante la Ley N30076; hoy existe más garantías para el ciudadano, los

---

<sup>110</sup> Cfr. Sentencia emitida el día 30 de noviembre de 2007 por la Corte Internacional, Caso: Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.

fiscales ya no «piden porque sí» -los requerimientos de prisión preventiva-. Si el fiscal evalúa sus investigaciones y material de prueba recolectada y no supera la valla legal que ha impuesto esta ley para el control de los presupuestos materiales no debe requerir la prisión de un imputado. Asimismo, es de relevarse que con la dación de esta Ley se ha propiciado un dialogo (debate procesal) dentro de una audiencia pública, la cual resulta más enriquecedora para el juez ya que genera mayor debate sobre las pretensiones de las partes procesales y así, este, por intermediación procesal, las percibe directamente para resolverla en inmejorables condiciones.

Retornando a la variable reiterando, delictiva conocida también como los «antecedentes», resulta importante la posición del español ASCENCIO MELLADO<sup>111</sup>, quien sostiene:

La prisión provisional cuando se adopta con base a ese motivo, no es otra cosa, pues, que una medida de seguridad predelictual, cuya pretensión no reside en el aseguramiento de un proceso en marcha, sino en la prevención de un abstracto peligro de futuros delitos. Ese peligro nunca puede ser concreto salvo situaciones bien determinadas y se asienta, comúnmente, en una presunción de culpabilidad de difícil justificación constitucional. En realidad la aceptación e instauración legal del motivo justificativo de la prisión provisional, ha de enmarcarse en un proyecto que confunde las funciones de la pena, con las del proceso, asignando a estos últimos fines propios de la primera, como lo es el de la seguridad ciudadana. Se atribuye, pues, a la prisión provisional una finalidad de prevención, general, propia de la pena y dirigida, de eso no cabe duda, a combatir la pequeña delincuencia, la derivada de la marginalidad. Instrumento, pues, de desigualdad social [...] [sic]

### **C) Principio Rogatorio**

---

<sup>111</sup> Ibídem, p. 187.

Antes de la conceptualización, debe quedar claro que en el Perú, para el requerimiento de prisión preventiva, impera el principio rogatorio<sup>112</sup>. Debe existir una previa solicitud del fiscal para que el juez admita el requerimiento y convoque a la respectiva audiencia; es decir, **si no hay solicitud del fiscal competente, el juez de la investigación preparatoria no puede disponer la prisión preventiva del imputado por más que su análisis**, o de un tercero, le anuncie que se le debe decretar dicha medida. El juez no puede actuar de oficio me *procedí index ex officio* en la imposición de una prisión preventiva.

### ***¿Por qué únicamente el fiscal puede requerir la prisión preventiva?***

Por cuando es el único funcionario legitimado por la Ley adjetiva (art. 255°) para requerirlo y es quien, además, tiene interés en el aseguramiento y sometimiento del imputado a la investigación y al proceso penal con la medida de prisión preventiva.

La Policía no tiene esta facultad, no se pueden irrogar y menos los miembros del Serenazgo o los medios de comunicación escrita o hablada

¿Por qué? **Porque por mandato constitucional el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal y él es quien decide si apertura investigación contra un indiciado o imputado.** Por ello, al acto voluntario de un ciudadano que ayuda a detener a un presunto autor de hechos criminales, se le conoce como arresto ciudadano; y al acto en donde intervienen uno o más policías, se le conoce como detención policial. Si intervienen integrantes del Serenazgo, se le denomina igualmente como arresto ciudadano. Esa es la razón por la que a estos últimos les acompaña siempre, en las intervenciones, un policía en actividad, a fin de legitimar la detención en flagrancia delictiva.

En Colombia, la Fiscalía también solicita la medida de aseguramiento, sin

---

<sup>112</sup> El principio de rogación procesal es el principio que da inicio procesalmente a una petición en el sistema de audiencias penal, además, constituye una declaración de voluntad que la dirige el requerimiento al juez de la investigación preparatoria. La rogación es un principio procesal, en virtud del cual se da impulso para que se admita determinado requerimiento de audiencia. No obstante, el término “rogación” no puede ser confundido con el de “súplica” es un deber que debe cumplir el juez por mandato de la Ley procesal y del que no se puede sustraer, y así lo tenemos reconocido en el art. 255° del Código Procesal Penal de 2004.

embargo, en caso no hacerlo, la solicitud puede ser presentada por la víctima o su apoderado con el objeto de que se asegure la comparecencia de los imputados al proceso penal. Nuestro parecer es que sólo el fiscal debe tener esa facultad de requerir la prisión del imputado, va que de lo contrario, tendríamos cantidad de requerimientos y estaríamos en las mismas viejas prácticas del sistema mixto.

El actor civil y el tercero civil no pueden impugnar la decisión de prisión preventiva porque ellos solamente pueden hacerlo respecto de las medidas patrimoniales vinculadas con la pretensión civil.

#### **D) Perspectiva política y dogmática sobre la prisión preventiva**

Eugenio Raúl ZAFFARONI sostiene que en el futuro la prisión preventiva podría ser remplazada por «controles electrónicos de conducta,» lo que resulta ser «más barato y puede que en un momento circulemos todos con un chip en la calle». Agrega que es un problema para las garantías fundamentales de los procesados que se va plantear en las próximas dos décadas.<sup>113</sup>

ALBERTO BINDER escribe que:

*Toda prisión preventiva, es una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva «buena» siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso [...] si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tomar en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular de la prisión preventiva, solo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la*

---

<sup>113</sup> Cfr. con más amplitud en, ZAFFARONI, Eugenio, La prisión preventiva debe utilizarse lo menos posible, [en línea], Blog El Patagónico, 2007, [fecha de consulta: 19 de mayo de 2014], disponible en: <http://goo.gl/ZOISpo>.

*violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales -es decir si hay una mínima sospecha racionalmente fundada-, si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena.*<sup>114</sup>

Según el español Perfecto Andrés IBÁÑEZ, la prisión provisional «ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir; cuando menos, dos cosas. La primera, es que desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriadad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización -en general bastante generosa- del instrumento que nos ocupa.»<sup>115</sup>

Luigi FERRAJOLI sostiene lo siguiente:

*La perversión más grave del instituto [...] ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, [...] equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida 'procesal', o 'cautelar', y, en consecuencia, «no penal», en lugar de una*

---

<sup>114</sup>BINDER, Alberto, Introducción al derecho procesal penal, 2a Ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pg. 203 y ss.

<sup>115</sup> Vid. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, Presunción de inocencia y prisión sin condena [en línea] en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 10, N° 13, [fecha de consulta: 2 de febrero de 2014], disponible en la web: [www.cienciaspenales.org/revista13.html](http://www.cienciaspenales.org/revista13.html).

*ilegítima pena sin juicio [...]»<sup>116</sup> ( Así mismo, se proclama que «no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales(...).<sup>117</sup>*

Bajo la premisa expuesta, Luigi FERRAJOLI propone un proceso sin prisión provisional<sup>118</sup>. Sobre la posición de FERRAJOLI que exista el proceso penal sin prisión, estimamos que, por lo menos en el Perú, resultaría ser inidóneo porque nuestra sociedad no está preparada para convivir en esa condición y tampoco tenemos los medios y las condiciones para evitar que los presuntos autores del delito (primarios o reiterantes) se fuguen o perturben la actividad probatoria poniendo en peligro a los órganos y fuentes de prueba. La posición de este maestro italiano, es para una sociedad moderna, sin riesgos y con mínima incidencia criminal, en donde por las condiciones del sistema penal exista un mejor control y programa político criminal, pero en el Perú ello es distinto ya que se viene incrementándose la violencia con armas de fuego y la modalidad de sicariato importado de Colombia y México.

Por su parte ROXIN, en el año 2003, afirmaba que la situación jurídica actual de la ejecución de la prisión preventiva es incierta y poco satisfactoria, y que por ello era necesaria, urgentemente, una Ley federal aclaratoria que ofrezca seguridad jurídica suficiente. Simultáneamente, se debería tomar las precauciones necesarias contra la praxis de ejecución, muy extendida hoy en día, que acaba en el encapsulamiento del detenido en el espacio más insuficiente del establecimiento respectivo y, con ello, se convierte a la prisión preventiva en un mal mayor que la pena privativa de libertad.; no es preciso destacar, en especial, que una regulación con estas características no resulta compatible, en modo alguno, con la

---

<sup>116</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, 7a ed., Ed. Trotta, España, 2005, pg. 553.

<sup>117</sup> *Ibíd*em, pg. 555.

<sup>118</sup> *Ibíd*em, pg. 559.

presunción de inocencia<sup>119</sup>.

HASSEMER sostuvo que la prisión preventiva es privación de la libertad frente a un inocente. Entre juristas penales no deberían existir dudas acerca de que ni siquiera la sospecha más vehemente podría estar en condiciones de restringir el principio de inocencia. Antes de la condena con autoridad de cosa juzgada, la presunción de inocencia rige siempre, o no rige. Esto lo exige no solo la garantía de existencia de este principio, del cual nada quedaría si al suficientemente sospechado se lo considerara como «quizá inocente», y al fuertemente sospechado como «más bien culpable». Esto es exigido por el respeto frente al procedimiento principal y frente a sus conclusiones con fuerza de cosa juzgada: quien no defiende la presunción de inocencia, aun en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria. El jurista penal, en lo que se refiere a la culpabilidad del imputado, sólo confía en la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Se permite confiar en la fuerza de la existencia de esta sentencia aun cuando sean absolutamente posibles las dudas acerca de su corrección [sic].<sup>120</sup>

Eleonora DEVOTO nos hace recordar al principio de presunción de inocencia:

*Que a partir de la vigencia del principio, en el mundo y en nuestro país (Argentina), se fue pergeñando un estado de tensión entre valores: por un lado la protección de personas consideradlas inocentes antes de su declaración de culpabilidad en juicio y por el otro la razón del Estado que se interesa en que los integrantes de la comunidad permanezcan detenidos durante su procesamiento, a fin de evitar —en teoría— dos riesgos temidos: el entorpecimiento*

---

<sup>119</sup> Vid. RoxiN, Claus, Derecho Procesal Penal., 2a reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Ares, 2003, pg. 271.

<sup>120</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried, Crítica al Derecho Penal de hoy, Ediciones Ad Hoc, Buenos Ares, 1995, pg.117.



*de la investigación judicial en curso y la posibilidad de que el procesado se fugue. Así las cosas ya desde el iluminismo se fueron incluyendo algunas excepciones al derecho a permanecer en libertad durante el proceso. Algunas de carácter temporal: un número limitado de días y otras de carácter estrictamente procesal, como la necesidad de retener al imputado a fin de que éste fuera indagado en el inicio del proceso. Algunas otras, por último, relativas a la necesidad de que el sospechado, con su accionar, pudiera obstruir la investigación y consecuentemente, la vigencia del derecho material [sic].<sup>121</sup>*

Por su parte Natalia SERGI escribe que la prisión preventiva presupone, por tratarse de una medida de coerción gravosa, un cierto grado de desarrollo de la imputación, una probabilidad concreta de que el imputado haya cometido el hecho punible. Si esta probabilidad no existe, entonces la medida de coerción pierde todo sustento. En este sentido, no se trata solo de que la investigación haya alcanzado determinados resultados concretos respecto de la verificación de la participación del imputado en el hecho y que el imputado haya contado con la posibilidad concreta de conocer la imputación (intimación) y defenderse de ella (posibilidad de ser oído) -resguardo del derecho de defensa- [...] Sin embargo, la sospecha sustantiva de responsabilidad es un requisito indispensable sin el cual no puede privarse de la libertad a un individuo pero no suficiente pues es que debe ser conformada por el riesgo procesal y el resto de los requisitos -sigue a CAFFERATA NORES- Una vez desaparecidos estos presupuestos la prisión preventiva carece de legitimidad y obliga a la autoridad jurisdiccional a hacerla cesar, lo que se denomina provisionalidad de la detención.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Cfr. DEVOTO, Eleonora, Prisión Preventiva. Excarcelación y cese. Duración, en Plazas, Florencia; HAZAN, Luciano A., Garantías constitucionales en la investigación penal [compiladores], Editores del Puerto, .Argentina, 2008, pg. 497 y ss.

<sup>122</sup> Cfr. DEVOTO, Eleonora, Prisión Preventiva. Excarcelación y cese. Duración, en Plazas, Florencia; HAZAN, Luciano A., Garantías constitucionales en la

El profesor peruano ORE GUARDIA cuando se refiere a la presunción de inocencia sostiene:

*En la doctrina, la problemática que, particularmente ha suscitado la prisión preventiva radica en lo contradictorio que residía predicar, por un lado, siguiendo las implicancias del principio de presunción de inocencia, que el justiciable no puede ser tratado ni considerado como culpable, mientras que, por otro lado, bajo la lógica de la prisión preventiva, se afirma que el justiciable pueda ser privado de su libertad cuando concurren ciertos presupuestos que validan la imposición de dicha medida cautelar (fumusdelicticomisi, gravedad del delito y peligrosidad procesal).<sup>123</sup>*

Esta situación contradictoria entre dos institutos procesales -prisión preventiva y presunción de inocencia- tienen que ver con la libertad del ciudadano. Se aprecia en el Perú, que al legislador no le interesa, o no se percata, de la grave colisión que se genera con las Leyes cuando incorporan variables como la gravedad del delito, peligrosidad procesal o el de la reiterando delictiva. Coincidimos con la doctrina cuando afirma que el derecho procesal no tiene nada que ver con la política criminal; si el legislador peruano desea que se reduzcan los índices de la actividad delincencial en el país, debe ordenar que se elabore un programa político criminal a partir de información y mapas delincuenciales que tiene la Fiscalía y la Policía Nacional. Sin embargo, insertar variables como las indicadas anteriormente significa, conforme a la semiótica del discurso, que el intérprete le asigne el significado correspondiente pero si (el intérprete) no los distingue apropiadamente en su aplicación sistemática tendremos muchos casos de solicitudes de prisión preventiva resueltas en abstracto, más por la gravedad del delito y por la pena mínima del delito imputado ya que muchos de ellos tienen un rango alto como *mínimum*

---

investigación penal [compiladores], Editores del Puerto, Argentina, 2008, pg. 476 y ss.

<sup>123</sup> Vid. Ore Guardia, Arsenio. Manual Derecho Procesal Penal, editorial Reforma, mes de diciembre 2011, primera edición, p. 128.

legal. Esto genera que el juez olvide que en el requerimiento de prisión preventiva debe existir, en suficiencia, un alto grado de probabilidad concreta, como lo sostiene el señor juez supremo César SAN MARTÍN<sup>124</sup>. El peligro procesal no solo debe ser guiado por la gravedad del delito, la reiterancia delictiva o la falta de arraigo laboral' ya que estas son vallas muy altas que la defensa del imputado no podrá superar.

Asimismo, nos parece que los jueces, antes de emitir el pronunciamiento de prisión, deben tener acceso a toda la data personal de los ciudadanos para conocer sobre su arraigo personal y domiciliario. *¿Qué hacemos con aquellos ciudadanos detenidos que no tienen familiares que los ayuden a presentar por intermedio de sus abogados documentos o declaraciones juradas que acrediten su domicilio o referencias personales?* Lo que se aprecia en la práctica jurisdiccional es que los juicios del juez que conoce la prisión preventiva son negativos respecto a que el imputado: no tienen arraigo personal, domiciliario, ni laboral. Si el Estado quiere combatir el crimen, nos parece perfecta la decisión del Estado que lo realicen activamente pero sus acciones legislativas y gubernamentales deben responder a un plan político criminal concreto y no a medidas que, muchas veces, solo «calman la sed» ante los reclamos de la población.

Para Alberto BOVINO, la exigencia del fin procesal de la detención implica que solo se permite recurrir a la detención cautelar para garantizar la realización de los fines que persigue el proceso penal, y no para perseguir una finalidad que sólo puede ser atribuida a la coerción material o sustantiva (la pena). En consecuencia, sólo se puede autorizar la privación de libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso -y nada más que ellos—. Por ende, residía completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del derecho penal material), o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. Tales criterios no están dirigidos a realizar la finalidad procesal del encarcelamiento

---

<sup>124</sup> Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, GrijLey, Lima, 2003, pg. 1123.

preventivo y, por ello, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la necesidad de la detención preventiva. Esta única finalidad procesal que justifica la detención cautelar no solo surge como consecuencia necesaria del significado del principio de inocencia, sino también, y especialmente, del contenido literal de algunas cláusulas de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, tanto el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («(...) Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio» [art. 7.5]) como el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («(...) su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo» [art. 9.3]) son claros al establecer un único propósito legítimo para el encarcelamiento cautelar. La detención anterior a la sentencia condenatoria, entonces, solo resulta legítima, según el contenido literal de ambos instrumentos internacionales, en la medida en que se utilice exclusivamente para garantizar la comparecencia del imputado al procedimiento penal abierto en su contra. Toda detención que persiga otros fines, por ende, se torna una detención ilegítima. Esta exigencia impide, por ejemplo, el uso material del encarcelamiento cautelar: «sea como fuere, las personas en régimen de prisión preventiva no podrán ser objeto de castigos» [sic]<sup>125</sup>

Alberto BINDER escribe que algunas de las formas de distorsionar el diseño constitucional del encarcelamiento preventivo son las siguientes: (i) establecer ciertos delitos «*inexcarcelables*», es decir, establecer una presunción absoluta por la cual, en el caso de ciertos delitos graves - como el homicidio, el contrabando agravado o cualquier otro según las circunstancias- no se puede otorgar libertad; (ii) permitir que se aplique la prisión preventiva no cuando existe peligro de fuga, sino cuando existe una alarma social respecto del hecho -o cuando los medios de comunicación se han dedicado a exacerbar los sentimientos de

---

<sup>125</sup> Vid. En BOVINO, Alberto, El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de los Derechos Humanos, [en línea], disponible en la web: [http://www.robertexto.com//archivol4/encarc\\_prev\\_ddhh.htm](http://www.robertexto.com//archivol4/encarc_prev_ddhh.htm) p. 9.

inseguridad de la población dándole excesiva publicidad al hecho-; una prisión preventiva en este caso sería inconstitucional porque lo que se estaría haciendo, en realidad, sería aplicar una pena anticipada fundándose en razones de prevención general; (iii) ciertas fórmulas que utilizan algunos códigos procesales para justificar la prisión preventiva como «evitar la comisión de nuevos hechos punibles» o fundándose en la «peligrosidad del autor»; éstos además de ser criterios puramente subjetivos -porque toda apreciación sobre el futuro es, en última instancia, indemostrable-, implican la utilización de la prisión preventiva como una medida de seguridad predelictual; en última instancia, es lo mismo que aplicar medidas de seguridad a quienes son «vagos» o «maleantes», o a quienes han cometido hurtos reiterados o son delincuentes habituales, e implica claramente una distorsión del régimen constitucional de la prisión preventiva.<sup>126</sup> En realidad el papel y rol del legislador es muy importante para que el diseño constitucional de respeto a los derechos del ciudadano no se infrinja, son ellos los que al final decidan las normas procesales y que las confunden con la política criminal que es un programa que persigue otros fines.

Clariá OLMEDO explica que el carácter de preventiva es común a todas las medidas procesales de coerción, pero aquí tiene un significado más preciso por su intensidad y su mayor semejanza en su ejecución con las penas del Código Penal. Es común el nombre con una de ellas: prisión, de carácter represivo. Pero debe aclararse que el carácter preventivo de la medida procesal es distinto al de la prevención en sentido sustancial. Esta tiende a evitar el delito, la perturbación social; la prisión preventiva provee el aseguramiento de una de las condiciones para la realización efectiva de la justicia penal.<sup>127</sup>

Finalmente, el jurista alemán ROXIN sustenta que la detención preventiva debería ser restringida, y narra que la República Federal Alemana pertenece a países europeos, en cuya mayoría existe la detención

---

<sup>126</sup> Cfr. BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pg. 200.

<sup>127</sup> Vid. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. V, Ia ed., editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe-xArgentina, 2009, pg. 228.

preventiva. Esta situación no es solamente crítica debido a que la limitación de la libertad contiene ya de por sí una peculiar injerencia decisiva en los derechos del ciudadano, sino también debido a que el detenido difícilmente tiene posibilidades de defenderse efectivamente contra la inculpación, pues él pierde la oportunidad de dejar sin efecto la incriminación a través de la búsqueda de testigos de descargos y las indagaciones propias.<sup>128</sup>

### **3. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES**

#### **A) La constitucionalidad y convencionalidad de la orden judicial de prisión preventiva**

La Constitución del Perú en su art. 2° numeral 24) letra f) prescribe que *«nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia [...]»* la que es coherente con el art. 1° que señala *«La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»*; y con el art. 2° numeral 24, cuando establece que la libertad es un derecho fundamental del ciudadano peruano. Por lo que interpretándose a la luz del control de constitucionalidad se entiende que está proscrita toda clase de detención ya sea ilegal o arbitraria contra sus ciudadanos. Entonces si alguna autoridad judicial la restringe a solicitud del fiscal deberá justificarla apropiadamente observando los presupuestos legales y los límites materiales para su imposición.

La libertad y seguridad personal son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución peruana, además en el art. 9° del Pacto Internacional

---

<sup>128</sup> ROXIN, Claus, Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, [versión castellanizada de Oscar Julián Guerrero P.] Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá-Colombia, 2004, pg.145.

de Derechos Civiles y Políticos y el art. 73 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que, interpretándose conforme a la 4ª disposición final y transitoria de la Constitución<sup>129</sup>, estas normas y tratados internacionales integran el control de convencionalidad que todo ciudadano y funcionario peruano deberá siempre observar y respetar.

El artículo 7°.3 de la Convención Americana establece que «*nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios*». Al interpretar este precepto, la Corte<sup>130</sup> ha establecido desde el caso «*GangaramPanday Vs. Suriname*»<sup>131</sup> que esa prohibición se proyecta a todos los supuestos de detención que -aún calificados de legales-<sup>132</sup> puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

En el caso «*GangaramPanday Vs. Suriname*», la Corte estableció que la privación de libertad, además de estar consagrada en la ley, debe respetar los siguientes requisitos: a) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sean compatibles con la Convención (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del procedimiento, según criterio de la Corte); b) que las medidas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) que sean necesarias, esto es, que sean indispensables y que no existan medios menos gravosos para alcanzar el objetivo; d) que sean proporcionales. Cualquier restricción de libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas, será arbitraria y violará el artículo 7°.3 de la Convención. La Corte Interamericana agregó: que la sospecha tiene que

---

<sup>129</sup> Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

<sup>130</sup> Se refiere a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

<sup>131</sup> Cfr. Caso *GangaramPanday Vs. Suriname*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 47.

<sup>132</sup> El solo hecho que un juez imponga la medida de prisión preventiva contra un ciudadano en el ejercicio de sus funciones no significa que ella sea legal, sólo lo será cuando las razones que utilice como justificación el juez para privar la libertad del ciudadano imputado estén acordes al bloque constitucionalidad y a la Convención Americana de los Derechos Humanos.

estar fundada en hechos específicos y articulados en palabras, y no en meras conjeturas o intuiciones abstractas, por lo que el Estado no puede detener para luego investigar. **Al respecto, la Corte<sup>133</sup> recordó que la privación de libertad no puede residir en fines preventivo - generales o preventivo - especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en los indicados fines procesales (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del procedimiento).<sup>134</sup>**

Nosotros estimamos que si la Corte Interamericana en sus diversas sentencias exige como control de convencionalidad que los hechos atribuidos al ciudadano sean concretos y específicos entonces todos los requerimientos de prisión preventiva que efectúe un fiscal deben de tener obligatoriamente ese enfoque y no sea sólo resultado de un mero juicio hipotético o una sospecha o un prejuicio o sea la actuación de la presión mediática de los medios de comunicación, etc. Lo concreto es que hoy en pleno siglo XXI se exige mayor cuidado en las funciones de los operadores del proceso (fiscales y jueces) y respeto pleno a los derechos fundamentales de las personas a quienes se les atribuye inicialmente la comisión de un delito.

Asimismo, mucho tiene que ver en el contenido del requerimiento la forma de enunciar la petición escrita u oral, esta no debe contener generalidades sobre el hecho. Por el contrario, las afirmaciones que realice el fiscal deberán realizadas ser forma clara, precisa, lógica, coherente y consistente, que, a la vez, serán el fiel reflejo de lo que presuntamente sucedió en cada uno de los episodios o compartimientos delictivos del hecho, es decir, circunstancias objetivas y concretas.

Por otro lado, el juez y fiscal no deben invertir la presunción de inocencia por la de culpabilidad. A un ciudadano nunca se le debe privar de la libertad para recién dar inicio a la investigación; es una arbitrariedad y actuar en contra de lo que enarbola el Sistema Acusatorio. Lo correcto es que primero se debe realizar las investigaciones para recabar el suficiente

---

<sup>133</sup> Cfr. Caso GangaramPanday Vs. Suriname.

<sup>134</sup> Vid. Defensoría General de la Nación Argentina, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis de los estándares del Sistema Interamericana, Ministerio Público de la Defensa, República de Argentina, 2009, pg-189.



material probatorio que sostenga la privación de la libertad para después requerir la detención judicial preliminar en caso no lo fuera en el supuesto de flagrancia delictiva.

La Corte Interamericana al examinar la prisión preventiva en los casos de los señores Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador, consideró que dicha medida cautelar fue arbitraria con respaldo en su criterio que las decisiones que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas. En tal sentido, se resaltó que el auto que ordenó el encarcelamiento preventivo de las víctimas omitió efectuar una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo Iñiguez supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. Con relación al caso del señor Chaparro; la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para garantizar la inmediación del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. También cuestionó la Corte la conducta de las autoridades judiciales ecuatorianas a la hora de revisar la prisión preventiva de los imputados [...] Se tuvo en cuenta al respecto que los múltiples escritos de las víctimas no fueron contestados por la jueza, y que en el único caso en que lo hizo, sólo denegó de manera dogmática las peticiones de revocatoria del auto de prisión preventiva, **sin analizar los argumentos invocados por las partes**. A criterio del tribunal, la actuación sobre el punto de las autoridades judiciales del Ecuador desconoció: a) La inveterada doctrina de la Corte IDH que afirma que en los casos de personas detenidas, los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia para revisar la detención, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar es todavía absolutamente necesaria para el logro de esos fines y si es proporcional, b) El requisito de motivación de la decisión judicial como condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. La omisión de revisar la detención y de brindar los motivos fundados por los que se consideraba que aquella resultaba necesaria y proporcional, violó a criterio de la Corte el derecho a la libertad de las víctimas e impidió que la defensa conociera las razones

por las cuales permanecían privadas de su libertad, dificultando la tarea de presentar nueva evidencia o argumentos con el fin de lograr la liberación de sus asistidos o impugnar una prueba de cargo determinante.<sup>135</sup>

Igualmente en el párrafo 93° en el caso Chaparro Álvarez se concretó la jurisprudencia de la Corte [...] **estipulándose la necesidad de realizar un examen de varios aspectos de la detención, los cuales son la compatibilidad con la Convención; la idoneidad de la medida, su necesidad, y su proporcionalidad.** En concreto determinó que:

*No es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la Ley, sino que es necesario que esa Ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto; por esta razón el tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante la restricción y el cumplimiento de la finalidad*

---

<sup>135</sup> Ibídem, pg. 190, Cfr. con mayor amplitud en el Caso Chaparro Alvarez y Lapo Ñiñgüez Vs. Ecuador.

***perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.***<sup>136</sup>

La Corte Interamericana párrafo 47 del caso GangaramPanday refiriéndose al art. 7° de la Convención Americana precisó que:

*«Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la Ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad».*

Un ejemplo así se puede observar en el caso Castillo Páez Vs Perú en donde la Corte condenó que se había violado los derechos consagrados en el 7°.2 y 7°.3 de la Convención Americana al habersele detenido sin que se dieran las causas o condiciones establecidas en la Constitución. Ello no se produjo por mandato escrito y motivado de autoridad judicial ni tampoco se demostró que hubiere sido la detención en flagrancia delictiva o estuviere vigente un estado de emergencia. De la misma manera, la Corte Interamericana lo hizo en la sentencia Gutiérrez Soler Vs Colombia en donde concluyó que la detención se produjo sin la orden escrita de autoridad judicial competente y en una situación no constitutiva de

---

<sup>136</sup> Cfr. con mayor amplitud en la Sentencia Caso Chaparro Alvarez y Lapo Ñiñgüez Vs Ecuador.

flagrancia.

En el caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, la Corte interamericana falló que se había violado el art. 7°.4 de la Convención y estableció que toda persona detenida debía ser inmediatamente notificada en forma verbal y escrita, de la causa que motivó la detención dada por la autoridad que la ordenó e informándole el lugar en que permanecería detenida.

Asimismo, en el caso *Palamara Iribarne Vs Chile* concluyó la Corte Interamericana que la jurisdicción militar utilizaba la prisión preventiva como regla y no como excepción, en contravención a las exigencias constitucionales que asignaban carácter excepcional a medidas de privación de libertad como la prisión preventiva.

De la misma manera en el párrafo 117 de la Sentencia *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador* estableció:

*La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, **sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la -medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional.** En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse.*

Estas sentencias y otros informes de la Comisión Americana que abordaremos también más adelante, nos sirven de precedentes y de referencia jurisprudencial, respectivamente, para la labor de los jueces no solamente del Perú, sino para todos aquellos países que han suscrito los tratados internacionales.

## **B) Control de los presupuestos y límites para la legitimidad de**

## la orden judicial de prisión preventiva

Son dos los factores sustanciales que deben ser atendidos por la judicatura al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad personal materializada en una detención judicial preventiva: de un lado, las causales que la justifican; y, de otro, la duración de la medida. El Tribunal Constitucional Peruano, en el Caso Silva Checa (Exp. N° 1091-2002-HC/TC), ha tenido oportunidad de pronunciarse in extenso respecto de las causas que justifican el dictado de una medida de detención; siendo estas, básicamente, la presunción de que el acusado ha cometido un delito (como factor *sine qua non*, pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos) y el riesgo de comisión de nuevos delitos. Cabe enfatizar que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta, automáticamente, deviene en ilegítima.<sup>137</sup>

**La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad presunción de inocencia<sup>138</sup> necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.** Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.<sup>139</sup> La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la Ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. **La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos**

---

<sup>137</sup>Exp. N° 2915-2004-HC/TC LIMA, Fundamento 3, Caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio, emitida el día 23 de noviembre de 2004.

<sup>138</sup> Así lo afirman también MELLADO, Ascencio; FERRAJOLI, Luigi; BINDER, Alberto; LLOBET, Javier, ORE GUARDIA., Arsenio; la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, etcétera.

<sup>139</sup> Es la posición sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) fundamento 67 del Caso López Alvarez Vs. Honduras, pg. 39.

**de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.**<sup>140</sup>

Sobre los límites para la legitimidad de la prisión preventiva, escribe Javier LLOBET que:

*En la injerencia a la libertad personal a través de las medidas cautelares, el legislador y el juez encuentran límites en los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Se trata de dos exigencias básicas de un Estado de Derecho, que pueden llegar a colisionar entre sí, debiendo imperar en ese supuesto el principio que otorgue una mayor garantía para el imputado.*<sup>141</sup>

Enfatiza este destacado procesalista costarricense en el sentido que el **principio de proporcionalidad** es un principio que no solamente está relacionado con el proceso penal, **sino que supone límites a toda injerencia estatal en los derechos fundamentales**; a diferencia de la presunción de inocencia no surgió como un principio definidor de la situación del imputado durante el proceso penal, señalando solamente, con respecto a la prisión preventiva, cuando a pesar de encontrarse ante una causal de prisión preventiva concordante con los fines de la misma, está atendiendo las circunstancias del caso concreto, no se puede ordenar o prolongarse, por cuanto no se le puede exigir al imputado que la soporte.<sup>142</sup>

Enrique BACIGALUPO, cuando escribió sobre el debido proceso penal, señaló que la presunción de inocencia en la instrucción tiene también significación en relación a la prisión provisional. **La prisión provisional no puede ser impuesta como una pena anticipada, pues la pena requiere la prueba y la declaración de la culpabilidad.** Por tal razón no resulta compatible con el principio de la presunción de inocencia el art.

---

<sup>140</sup> Ibídem, fundamento 68.

<sup>141</sup> RODRÍGUEZ JAVIER, Llobet, Derecho Procesal Penal, T. II, 1a ed., Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2005, pg. 377.

<sup>142</sup> Ibídem, pg. 377-378.

503°, 2 de la LECr en cuanto autoriza la prisión provisional cuando lo requiera la «alarma social o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos», pues tales finalidades son propias de la pena, es decir, tiene su fundamento en la prevención general. La prisión provisional no puede, por lo tanto, asumir funciones preventivas que están reservadas para la pena; la consecuencia de ello son claras, pues, las únicas finalidades que podrían justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación mediante destrucción y falsificación de medios de prueba o mediante su influencia en testigos, peritos, etc.<sup>143</sup>

**César BEDOYA y Francisco DELGADO definieron al principio de proporcionalidad como el principio de ponderación que se debe hacer entre dos o más derechos que se encuentran en pugna y una vez puestos en la balanza,** echar mano del que menos perjudique bien a una de las partes si se trata de dirimir un conflicto intersubjetivo, ora a una determinada persona, si de aplicarlo frente a un mismo sujeto se trata, v. gr., como elegir entre la aplicación de una medida y otra para garantizar, por ejemplo en materia penal, que el procesado no evadirá la justicia y no entorpecerá la investigación. Agregan estos jueces colombianos que el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación de aplicar en un determinado caso el menos gravoso o dañino para quien recibe la aplicación de este magno principio.<sup>144</sup> Finalmente, concluyen su investigación señalando el juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos; para ello debe tener en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos podrían lograr igual

---

<sup>143</sup> Vid. BACIGALUPO, Enrique, *El Debido Proceso Penal* 1ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 2005, pg. 62.

<sup>144</sup> Vid. BEDOYA BEDOYA, César; DELGADO BULLES, Francisco, *Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio*, editado por Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 2007, pg. 35.

cometido.<sup>145</sup>

Entiéndase a este principio en sentido estricto como el tercer subprincipio del principio constitucional de «*prohibición de exceso*» o «*proporcionalidad*» en sentido amplio, y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.<sup>146</sup>

El jurista español GIMENO SENDRA (y otros) escribe, que el derecho a la libertad sólo puede ser restringido en el seno de un proceso penal y mediante una medida cautelar penal que ha de ser respetuosa con el principio de proporcionalidad, y frente a la cual puede reaccionar el imputado mediante el ejercicio de su defensa privada, así por ej., frente a una detención, mediante la interposición de un habeas corpus o, frente a una prisión provisional, con una reposición oral o mediante sus alegaciones en la audiencia previa.<sup>147</sup>

La Corte Interamericana en el Caso López Álvarez, sentencia del 1/2/2006, Serie C N° 141, párr. 68 se ha pronunciado respecto a la legitimidad de la medida de prisión preventiva «la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria».

---

<sup>145</sup> Vid. BEDOYA BEDOYA, César; DELGADO BULLES, Francisco, Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio, editado por Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 2007, pg. 136.

<sup>146</sup> GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Ed. Colex, Madris-España, 1990, pg. 225.

<sup>147</sup> GIMENO SEÑORA, Vicente / et al., Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional, Editorial Colex, Madrid-España, 2007, pg. 409-410.



Asimismo, no debemos olvidar que el art. 7° de la Convención Americana precisa, en forma clara y expresa, todo el contenido esencial (garantías) del derecho a la libertad y seguridad personal de todo ciudadano. Por tanto, todo análisis del juicio de proporcionalidad de su restricción debe partir de esta premisa convencional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Chaparro Álvarez estableció que:

*La libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la Ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.*<sup>148</sup>

Asimismo, en la misma sentencia citada y en la de Yvon Neptune Vs. Haití se señaló que «protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico». Es por estas razones que estimamos que el juicio de proporcionalidad sobre cualquier privación de la libertad de una persona sea por la comisión de un delito o por cualquier otro motivo, debe ser efectuada con un test que cumpla una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas.

Es pertinente resaltar lo que la Corte Interamericana en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez párrafo 54 e Yvon Neptune párrafo 91 han concluido<sup>149</sup> «cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearía necesariamente la violación del artículo 7.1

---

<sup>148</sup> Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>149</sup> Así también lo pone de relieve en el libro Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de la libertad, editado por la CIDH, San José Costa Rica, 2010, pg. 7.

de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esta persona».

### **C) Control de legalidad de las exigencias formales en el Código Procesal Penal de 2004 para la procedencia de la prisión preventiva.**

El aludido Código en su artículo 268° señala exigencias legales para la procedencia de la prisión preventiva:

1. El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) 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).

#### **Reiteramos que en el Perú es rogatorio el requerimiento de prisión preventiva y no se podría irrogar esta facultad otra autoridad debido a que está reservada sólo para el fiscal.**

El juez de investigación preparatoria o el juez penal de turno que aplica la vigente Ley N° 30076 sólo deben decretar prisión preventiva si es que se cumplen todos los requisitos o presupuestos materiales, es decir, si aprecia que no concurren o falta uno de ellos no debe decretar la prisión preventiva del imputado.

El juez no sólo realiza un control de legalidad (a la observancia de las formas) sino también un control de legitimidad (material) del requerimiento de prisión preventiva.

El juez cuando efectúa el control de legalidad puede rechazar el requerimiento si es que éste no cumple las formas, por citar: solicitar un requerimiento sin que antes el fiscal hubiera formalizado la investigación preparatoria o con la vigente (Ley N° 30076) no se hubiera aperturado proceso penal, o en ambas situaciones legales no estuviera plenamente identificado el imputado, o si el juez careciera de la legitimidad activa para conocer la petición, o si fuera genérica la enunciación fáctica y no cumpliera con las exigencias de la imputación necesaria. De igual manera sucedería si no estuviera identificado e individualizado el ciudadano con todos los datos y características personales, o si el fiscal requirente no indico en forma precisa todas las circunstancias que justifican la orden de prisión, a fin de evitar órdenes precipitadas e injustificadas por parte del juez, entre otras circunstancias.

El juez cuando realiza el control de legitimidad debe guiar sus juicios y razonamiento, no sólo por los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, necesidad y de presunción de inocencia, sino también por las reglas del derecho interno desde la perspectiva penal, procesal y constitucional, además, por aquellas reglas del Sistema de Protección de los Derechos Humanos que hoy conforman el control de convencionalidad acorde a las reglas de la Convención Americana de Derechos Humanos. Considero que si el juez de investigación preparatoria, o su equivalente con la vigente Ley N° 30076 o los jueces de la Sala de apelación de ambos sistemas legales, insisten en resolver sólo con lo que lo que prescribe la Ley adjetiva, o con sus convicciones alejadas del control constitucional y convencional, podrían incurrir en arbitrariedades y devenir esto en responsabilidades funcionales.

Anteriormente hemos relatado los parámetros que la Corte Interamericana ha precisado para la imposición de la prisión preventiva de un ciudadano, en el sentido que sólo procede ésta si cumple la función de medida de aseguramiento para el éxito del proceso penal y no con fines de ser entendida como una pena anticipada. **Reiteramos que no puede residir en fines preventivo - generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena sino que sólo se puede fundamentar en los indicados fines procesales (eludir la acción de la justicia e impedir el desarrollo del**

**procedimiento).**

Es cierto que respecto a los elementos de la suficiencia probatoria, estos sólo deben vislumbrar probabilidad y no certeza ya que ésta última la debe producir la parte que atribuye ante el juez de conocimiento en el juicio oral. En esta línea de análisis, el juez debe conocer a la perfección las **diferencias entre fuente de prueba, actos de investigación con la prueba. En la etapa de investigación no hay prueba, sólo existen actos de investigación de la Policía o Fiscalía que constituyen fuentes de prueba o datos objetivos provenientes de fuente de conocimiento lícita.** Y no deben asumirse mentalmente como si ya existiera prueba. La prueba se produce y se confirma procesalmente en la etapa del juzgamiento y no en la etapa investigatoria. Es por ello que los actos de investigación que acompañara el fiscal en el requerimiento de prisión preventiva sólo generan una mediana o alta probabilidad.

Algunos profesores peruanos, exponen que basta la mínima probabilidad para dar por satisfecho el presupuesto de suficiencia probatoria. Estimamos que el grado de probabilidad debe estar supeditado a cada caso en concreto y, además, debe estar conforme al material probatorio aportado en el requerimiento de prisión preventiva. A nuestro entender, no debe asumirse que en todos los casos basta la mínima probabilidad probatoria, de ser así, podría originar que el operador del proceso entienda que en una simple sindicación de la víctima hay «suficiencia probatoria» contra quien se requiere prisión preventiva. Consideramos que debe ser alto el grado de probabilidad porque en el art. 268° cuando se habla de graves elementos, y conforme también lo puntualiza el profesor español Ascencio MELLADO.

Es necesario precisar, que desde la estructura lógica del proceso penal peruano, la mínima probabilidad la puede generar la noticia criminal o las primeras diligencias preliminares de investigación, antes de ello no existen ningún grado de probabilidad; si el fiscal antes de formalizar investigación preparatoria considera que sólo tiene algunos elementos reveladores del ilícito contra un imputado y desea tener o reunir mayores elementos de juicio o de convicción formalizará la investigación preparatoria y requerirá su prisión preventiva. El objetivo de dicha etapa

será reunir los elementos de convicción, los que debe asumirse como un altísimo grado de probabilidad probatoria, que en el proceso de traslación mental o abducción probatoria se convertirá en prueba.

Si el fiscal desde un principio o inicio de sus investigaciones ha recabado actos de investigación que vislumbran alta probabilidad de su hipótesis incriminatoria, es decir, elementos de convicción ya no será necesario formalizar investigación preparatoria sino lo apropiado es formular acusación directa vía el proceso inmediato (art. 446°). De la misma manera deberá proceder el fiscal en caso de la detención policial por flagrancia delictiva o confesión sincera o sí después de recabarse la declaración del imputado existiere suficientes elementos de convicción.

Para la suficiencia probatoria se debe evaluar las circunstancias del caso, no todos los casos penales son idénticos. Y las afirmaciones sobre el suceso criminal deben ser objetivas, validas, específicas, puntuales, claras, y que hagan sostenible una vinculación objetiva del posible accionar del imputado con el resultado típico que se le atribuye.

Para que el juez concrete y supere el estándar de esta exigencia para motivarla razonadamente, ya sea en sentido negativo o positivo, es necesario que el fiscal requirente de la prisión preventiva describa en forma pormenorizada, descriptiva y constatativamente qué actos externos del contexto social del hecho criminal atribuido ha ejecutado al mundo externo el imputado. Consideramos que si el juez y fiscal actúan de esta manera, se cumplirá las exigencias que hoy la Corte Interamericana y nuestro propio Tribunal Constitucional sostienen para las privaciones de libertad de los procesados.

El *fumusdelicticomissi* consta de dos reglas, la primera, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud -o alto grado de probabilidad- acerca de su intervención en el delito.

Coincidimos con Alberto BINDER cuando afirma que la excepcionalidad

para la utilización de la prisión preventiva debe ser aún más restringida porque no puede aplicarse si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la participación del imputado. Este es un límite sustancial y absoluto: si no existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor de un hecho punible, de ninguna manera es admisible una prisión preventiva. Agrega Alberto BINDER que por más que se tenga una sospecha fundada, tampoco sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva, si no se dan los otros requisitos: los llamados requisitos procesales. Los cuales se fundan en el hecho de que ese encarcelamiento preventivo sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena.<sup>150</sup>

Respecto a la prognosis de pena, es necesario que el juez, fiscal y defensor, diferencien la visión prospectiva de la posible pena con el simple cotejo de la pena conminada que fija la ley penal. La visión prospectiva obliga al operador a colocarse en el estado mental que el juzgamiento ha concluido y el imputado va ser declarado culpable. En ese escenario se enjuiciará si la probable sanción penal a imponérsele no será menor de cuatro años de pena privativa de libertad en su carácter efectiva, ello es diferente a creer que solo es necesario mirar el Código Penal para conocer el *mínimum*, y el *máximum* legal de la figura penal atribuida. Así se dan estos dos escenarios procesales diferentes, que, si en abstracto simuláramos el resultado del juicio, nos conduciría a resultados diferentes y opuestos. El resultado de este juicio nos dará la motivación interna y externa para la resolución judicial. A nuestro entender, lo correcto en este presupuesto es efectuar el juicio prospectivo pero no sólo dentro de los parámetros legales del *mínimum* y *máximum* de la pena conminada sino además con lo que quiere los artículos 45 y 46 del Código Penal, y además, las demás compensaciones y beneficios que

---

<sup>150</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, citado por SAN MARTÍN CASTRO, César, La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano-2004, T. II, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2004, pg. 627.

prevé la Ley sustantiva y adjetiva. El maestro BURGOS MARINOS puntualmente cuestiona al Código Procesal Penal de 2004 sobre el requisito que la pena a imponerse sea mayor de cuatro años, «(...) se está diciendo que la futura sentencia será una de carácter efectiva, por lo tanto, tiene que aplicarse la prisión preventiva para garantizar la futura condena»<sup>151</sup> Es por esta razón que el profesor BURGOS sostiene que esta regla es un rezago del modelo inquisitivo en el Código Procesal de 2004 y que la prisión preventiva no tiene por finalidad asegurar la futura condena sino asegurar la presencia del imputado en el juicio oral; no debe aplicársele a la prisión preventiva como pena anticipada. Por estas razones, el cuestionamiento efectuado es razonable no solo por lo que se pueda interpretar del citado texto legal in comento, sino también por la forma de proceder en la labor funcional del juez, es por lo que nosotros sostenemos, reiteradamente, que el juez debe realizar un juicio prospectivo y no un simple cotejo de la pena conminada en la ley penal. Nos parece que con el transcurrir del tiempo existe la necesidad de dar una solución intermedia, es difícil que el Estado excluya esta fórmula legal (art. 260°. 1 b) habrá más detractores que partidarios, sin embargo, encontrar un punto intermedio sería idóneo, pues existiría más racionalidad que en el Perú se eleve de 4 a 6 años el margen de la prognosis de la pena a imponerse, y se disponga claramente que el juez realice un juicio prospectivo de la pena.

Consideramos que este primer numeral del art. 268°, modificado por la Ley N° 30076, cuando alude que podría admitirse el peligro procesal contra el imputado, en razón a sus antecedentes, no es compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, ni con lo que ha resuelto la Corte Interamericana en sus diversas sentencias. Con mucho respeto a la ley, estimamos que los antecedentes que pudiera registrar el imputado al momento del requerimiento de prisión preventiva no es variable idónea por sí sola para justificar que el imputado eludirá a la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad, tampoco lo es el registro de diversas investigaciones fiscales en su contra. Si ya está proscrito, en

---

<sup>151</sup> Enciclopedia Jurídica Mixán, Derecho Procesal Penal I, Introducción y Título Preliminar, impreso por Ed. BLG E.I.R.L., La Libertad-Perú, 2013, pg. 356.

diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - descritas anteriormente-, al considerar a la reiterancia delictiva como presupuesto para el peligro procesal, con mucha mayor razón, no se debe estimar que por sí solos, los antecedentes que pudiera registrar el imputado, sean suficientes, depende de otros indicadores y de una valoración integral. Nos parece genérica la forma como lo prevé la norma adjetiva, ya que si se refiere a los antecedentes penales, policiales o judiciales del imputado, es un error legislativo, porque no sería compatible y no superaría el estándar de exigencias por el control de convencionalidad. Sin embargo, si la norma procesal pretende hacer alusión a una conducta procesal anterior, dentro de otro proceso penal, si nos parece apropiada. Por ejemplo, en donde se haya dado a la fuga de un centro penitenciario o no se hubiere presentado a un proceso penal anterior, en el que se le impuso medida de comparecencia, o incumplió las reglas de conducta en otro proceso, o tuviera reservado el juzgamiento en otro proceso penal anterior; lo que incluso, concordaría con la primera parte del numeral cuarto del art. 269° del mismo cuerpo de Ley.

Para la verificación del peligro de fuga en sus dos vertientes, es razonable atender a todas las circunstancias que se presentan en cada caso, a fin de superar la falta de sujeción del imputado al proceso penal, es decir, eludir a la acción de la justicia o hacer peligrar al procedimiento penal con una conducta obstruccionista, entorpecedora a la actividad probatoria o como lo señala nuestra reciente Ley N° 30076, que entorpezca u obstruya la averiguación de la verdad.

El legislador peruano ha previsto, en el art. 269°, una serie de indicadores fácticos que puede utilizar el operador del proceso para requerir (fiscal), refutar (defensor) o justificar (juez) la existencia del peligro procesal en un pedido de prisión preventiva.

Artículo 269°: Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del



procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

**El presupuesto más importante para la imposición de la prisión preventiva es el periculum in mora (peligro procesal),** el cual comprende, tanto el peligro de fuga, como el peligro de obstaculización de la investigación. La ausencia de estos riesgos determina que no pueda dictarse mandato de detención, por lo que ya no habrá necesidad de analizarse los otros presupuestos, conforme se ha resuelto en varios casos por la judicatura peruana y el Tribunal Constitucional.

Entre estas variables están lo que se conoce como el arraigo personal: domiciliario, familiar, laboral. Es decir, para ello se valorará: si el imputado tiene bienes inmuebles; familia constituida, bien sea con sus padres o esposa e hijos; si trabaja para alguna institución pública o privada; conocer el monto de sus ingresos económicos, si están acreditados, o es sólo su versión; si hay posibilidad que pueda viajar al extranjero o al interior del país; también si la empresa para la que trabaja es formal o informal; si sus actividades económicas las efectúa en forma independiente, si tributa a la SUNAT, si expide recibos por honorarios o tiene boleta de haberes; en cuanto a su domicilio, si el que indica en su declaración es el mismo que aparece registrado en los del RENIEC, o es otro diferente, o es un domicilio especial conforme a las reglas del derecho civil; de la misma manera, podría darse el caso que el domicilio en que reside sea arrendado, así como, conocer la ubicación con los datos precisos; entre otras circunstancias.

En el segundo grupo de variables está la gravedad de la pena; a ella no hay que mirarla desde la perspectiva de la pena conminada en la Ley penal por el tipo penal que se le atribuye. De hacerse no habría control material sino sólo sería un mero formalismo, y siempre todos los resultados del juicio serán negativos, pues se observará a la pena mínima siempre superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Insistimos,

en que este análisis del juez debe ser prospectivo; él se ubica abstractamente en el espacio y tiempo histórico en que se decidirá, si contra quien se solicita prisión preventiva, es responsable o no. Sin embargo, si se trata de hacer una correcta justificación, los podría encaminar, argumentando o refutando, si la gravedad de la pena va a generar aflicción o miedo personal al imputado para no presentarse próximamente al juicio oral, dada la intensidad y el carácter de la sanción que se le podría imponer debido a la naturaleza y el grado consumativo del hecho.

En el tercer grupo, el juez valorará determinadas acciones por parte del imputado, tales como, si es que luego de haber ejecutado el hecho auxilió o no a la víctima, se arrepintió activamente del hecho criminal, si evitó el resultado típico, si pidió las disculpas del caso a la víctima, si devolvió los bienes personales sustraídos, si resarció de alguna manera y en forma positiva a su agraviada o perjudicada con el delito, o si se declaró confeso antes de ser arrestado por los ciudadanos o antes de ser detenido en flagrancia delictiva. Asimismo, se evaluará el grado de afectación a la norma penal, además, si la infracción del deber recorrió todos los grados de desarrollo del delito, si la conducta fue un hacer positivo o fue una desobediencia a la norma penal que le impuso deberes, y a que título fue la acción (dolosa o culposa). Si tal vez hubo, en su acción, un desistimiento voluntario de continuar con la ejecución del hecho criminal, etcétera.

En el cuarto grupo de variables está el de la conducta procesal que mantiene el imputado durante la investigación: si puso reparo u obstáculo a la Policía en la intervención policial o durante el arresto ciudadano, si se entregó libremente o se apersonó en forma libre y voluntaria al fiscal o a la Policía, a efecto de colaborar con el esclarecimiento de la investigación; si ha huido del lugar de los hechos, si se retiró por algún temor o quizá porque le han informado que la persona que percibió el crimen ha tomado sus datos personales para sindicarlo como presunto responsable, entre otras situaciones. En la praxis jurisdiccional hemos observado que los jueces de primera instancia han valorado como negativo los antecedentes judiciales, o penales, que registra el imputado como reiterancia delictiva,

situación que por sí sola no es factible de valoración para aceptar la prisión preventiva, pues se trata solamente de un indicador referencia! pero que no determina finalmente nada concreto.

En el último grupo se valora si el imputado ha ejecutado la conducta en forma individual o en forma grupal, o es qué pertenece a una organización criminal que tiene una estructura organizacional piramidal, o si fue un agrupamiento ocasional. Asimismo, lo será si es que el imputado antes de la fecha de los hechos ha pertenecido a una organización criminal, o si recientemente se ha reintegrado a ella. Este último punto, nos parece que desbordan los fines que persigue la prisión preventiva; estamos de acuerdo que el juez evalúe si la conducta ilícita fue cometida en forma individual o grupal, pero nos parece inidóneo y contradictorio que se evalúe si el imputado pertenece o se ha reintegrado a una organización criminal.

Además, es pertinente tener en cuenta lo resuelto por la CIDH sobre la invocación de la variable peligrosidad del imputado para la sociedad' con el objeto de justificar el peligro procesal. Al respecto, señaló:

En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *iuspuniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.<sup>152</sup>

*Asimismo, lo reiteró en otra sentencia:*

---

<sup>152</sup> CIDH, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C N° 126, párr. 94. La Corte resolvió que: «En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención».

*La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.<sup>153</sup>*

Entonces, a partir de estos pronunciamientos de la CIDH, todos los jueces ordinarios y demás funcionarios, como los fiscales, están obligados a observar su jurisprudencia, no sólo al resolver el requerimiento de prisión preventiva sino, además, en las solicitudes de cese, ampliación del plazo ordinario, prolongación del plazo extraordinario o en cualquier incidencia procesal donde se tenga que decidir sobre la privación de la libertad de una persona. Ni se debe de soslayar a los defensores, quienes deben conocer al revés y derecho la posición jurisprudencial de la CIDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Además, el vigente art. 270° del CPP nos describe qué se debe valorar como riesgo para la obstaculización probatoria:

*Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:*

- 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.*
- 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.*
- 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.*

---

<sup>153</sup> Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 95.

Estas variables señaladas conforman el bloque de la obstaculización o entorpecimiento de la actividad probatoria. El juez evalúa si en el caso concreto existen los indicadores para aceptar como posible que el procesado entorpezca la acción investigatoria del Estado, en estos juicios no se trata de que el juez haga simples inferencias de inducción, sino que sus racionamientos deben estar comprobados con los actuados recabados en la investigación que se adjuntó en el respectivo cuaderno de debate.

Al respecto, es importante conocer el punto de vista de Alberto BINDER quien señala<sup>154</sup> que el «peligro de fuga» es un fundamento genuino para el encarcelamiento preventivo, pero, él, considera que el «entorpecimiento de la investigación» no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona, porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Asimismo, es difícil de creer que el imputado puede producir, por sí mismo, más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la Policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles, a los órganos de investigación del Estado, un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad.

Nosotros estimamos que, en alguna medida, no le falta razón a Alberto BINDER cuando cuestiona la variable entorpecimiento u obstaculización a la investigación, el cual parte de la tesis ¿quién se va atrever a chocar con el aparato estatal?, ¿qué funcionario se va a prestar para posibilitar al imputado el entorpecimiento de la investigación? Estamos de acuerdo, es difícil que ello suceda pero no es imposible. Sin embargo, a manera de intercambio argumentativo yo refutaría, en defensa de la tesis estatal, que en el Perú, sobre todo en los ilícitos de clandestinidad, en que los autores del suceso no dejan huellas o rastros, y en donde la gran mayoría de las

---

<sup>154</sup> Cfr. Óp. cit. BINDER, Alberto, pg.199.

víctimas son menores de edad, o en aquellos ilícitos donde existe un «contubernio» con olor a organización delincuencial, están utilizando últimamente a sicarios, con el objeto de silenciar o intimidar a futuros órganos y fuentes de prueba que deben de concurrir a testimoniar o a declarar sobre determinados hechos que han percibido, o conocen por referencia de un tercero; sí habría entorpecimiento u obstaculización probatoria. A favor de la tesis de Alberto BINDER se podría conjeturar, que el imputado está preso y, en esas condiciones, él no podría obstaculizar la investigación silenciando o intimidando a los órganos o destruyen-do las fuentes de prueba; en esta línea argumentativa, coincidimos, que al estar preso el imputado no lo podría ejecutar directamente, es cierto, por sí solo no podría hacerlo, pero si éste utiliza a terceros en forma indirecta para lograr su propósito, la situación cambia, y, probablemente el Estado pretende tutelar en forma anticipada y provisionalmente tal aciago desenlace.

#### **D) El plazo razonable de la Prisión Preventiva para ser investigado y juzgado**

Un ciudadano al que se le imputa un hecho delictivo puede estar recluido con prisión preventiva de forma lícita y justificada por la autoridad judicial, lo que no implica que lo sea por un plazo ilimitado, o en forma indefinida; hoy el plazo de duración de la prisión preventiva debe ser razonable. La Corte Interamericana en diversas sentencias, lo ha amparado en favor de aquellos ciudadanos que se han sentido perjudicados en su derecho a la libertad individual.

El plazo de duración de la prisión preventiva sólo debe ser el razonable. Los Estados no pueden tener una norma procesal interna que infraccione a la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados signatarios de los diversos tratados internacionales tienen la obligación de armonizar sus reglas procesales internas a la Convención. Es cierto, que la Corte Interamericana no ha querido pronunciarse sobre un plazo máximo determinado, pero ha sentado el criterio de que está en función de los fines del proceso y a las circunstancias de cada caso en concreto.

Al respecto, Daniel PASTOR escribe, que el art. 7°.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos no prescribe, en principio, la duración razonable de la detención provisional, sino que la limita a la duración razonable del proceso; alcanzada aquellas debe cesar. Puntualiza que se quiere dejar en claro; que la CADH no establece, explícitamente, un plazo razonable para la duración de la prisión preventiva, sino una limitación a su duración que, evidentemente, remite de modo implícito a criterios de razonabilidad; pero esta razonabilidad implícita es la misma que preside toda la regulación de los derechos fundamentales y, en este sentido, también el juicio público, el juez imparcial, el recurso están sometidos a la condición de ser razonables, no arbitrarios, etc., sin que nadie los mencione como juicio público razonable, juez imparcial razonable ... Por ello, sorprende que el límite máximo tolerable de la prisión preventiva sea llamado plazo razonable de duración y que incluso se diga, que la CADH habla explícitamente de un plazo razonable para la prisión preventiva. El mismo Daniel PASTOR afirma:

*El plazo razonable dentro del cual debe ser realizado todo el proceso, aunque alcanzado aquel tiempo el proceso debe cesar por la imposibilidad jurídica de continuar sin prisión preventiva. Esto exige la regulación legal de plazos máximos también para la duración de todo el juicio penal. Sin embargo, mientras estos plazos no sean regulados, no hay duda de que, como se trata [...], el plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo puede servir, por accidental pero conveniente analogía, a la satisfacción del derecho fundamental del imputado a contar con un plazo legal máximo dentro del cual, y sólo dentro del cual, debe ser resuelta en definitiva su situación frente a una acusación pena.<sup>155</sup>*

Este es uno de los fundamentos por los que estimamos que el plazo legal máximo que fija el art. 271° del Código Procesal Penal de 2004 no sólo es para que se concluya la investigación preparatoria, sino para todo el

---

<sup>155</sup> PASTOR, Daniel, El Plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho, 1J ed., Ed. Ad Hoc, Argentina, 2002, pg. 438-445.

proceso penal, en donde está incluido su total juzgamiento, sea positivo o negativo para sus intereses.

El plazo razonable de prisión preventiva, fijado por el juez en el acto de emitirla, debe de cumplir los propósitos para los cuales el fiscal lo requirió; empero, sería una arbitrariedad si el fiscal los usó mal o no fue diligente con su labor investigativa, ya que es responsabilidad únicamente suya. Al respecto conviene recalcar, que es una arbitrariedad si el fiscal no realiza actos de investigación, no es diligente durante la investigación preparatoria, espera que esté por vencer el plazo otorgado por el juez para recién continuarla o reiniciarla, o pretende darle un matiz de complejidad a los hechos a fin de justificar que la investigación formalizada no es simple sino compleja y en efecto requerir mayor plazo de la prisión preventiva. Si los órganos de persecución penal no cumplen su función en forma óptima la responsabilidad no es del imputado que está recluido, sino sólo es imputable a ellos. Como bien señala Alberto BINDER, si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. En la misma orientación Ascencio MELLADO, no cabe, en el Estado de Derecho, inclinar la balanza a favor del interés público y hacer recaer sobre el imputado todos los efectos negativos cualquiera que sea el origen de los problemas. Si el Estado no cumple con su deber de celeridad, debe ser responsable de las consecuencias.

Es decir, el hecho de que exista falta de diligencia en los investigadores, diseñen inapropiadamente el plan metodológico de la investigación, la omitan, no sean prolijos durante la investigación preparatoria, los testigos y peritos no concurrieran a declarar, los profesionales de criminalística no cumplieran su labor en forma oportuna, si en el laboratorio forense donde se procesa los medios científicos para descartar o confirmar científicamente si el procesado estuvo en la escena del crimen no tienen los insumos o reactivos necesarios y se encuentren esperando a que estos lleguen del extranjero o no sean adquiridos no es responsabilidad del imputado sino es atribuible al Sistema de justicia penal, el Estado debe actuar siempre con celeridad porque hay de por medio un ciudadano recluido en cárcel.



Para nosotros el hecho de que aparezcan, durante la investigación preparatoria, circunstancias que dificulten la investigación que al fiscal o al policía no les permitan aproximarse o descubrir la verdad procesal de los hechos, recolectar con suficiencia los elementos de convicción sólo son imputables a los órganos de investigación o a sus medios de conocimiento probatorio, pero no tienen por qué trasladarle los defectos del sistema penal al imputado que se encuentra con prisión preventiva. No se le tiene por qué perjudicar a su derecho de ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable. Más aún si el fiscal tiene derecho a requerir posteriormente la prolongación de los plazos de la investigación preparatoria o a solicitarle al juez de investigación preparatoria la aprobación de la reconducción de la investigación simple por el de investigación compleja sobrevenida.

El Fiscal, al dar inicio a las diligencias preliminares, o antes de formalizar la investigación preparatoria, debe tener nítido lo que espera lograr, las primeras indagaciones o las primeras hipótesis le van orientando respecto a qué va lograr y qué dificultades, riesgos o amenazas encontrará en el futuro. Es por ello que se recomienda al investigador que, desde las primeras pesquisas, efectúe un análisis FODA a todo el material probatorio a fin de no afectar derechos del ciudadano. En este escenario expuesto cobra fuerza aquellas frases acuñadas por diversos procesalistas, que primero se investiga el hecho y la probable participación del posible imputado y luego se solicita al juez de investigación preparatoria la detención del mismo, pero si es a la inversa no lograrán nada favorable, porque se pretendería la detención para recién investigarlo, y ese no es el fin de la prisión preventiva.

En cambio, la situación sería distinta si el procesado se dedica, durante la investigación preparatoria, a dilatar maliciosamente el proceso penal, que es atribuible sólo a él, pero tampoco debemos confundir las dilaciones con el ejercicio legítimo del derecho del imputado a la impugnación, a las incidencias o cuestiones procesales; a ésta no se le puede calificar como una dilación maliciosa, por el contrario, debe asumirse como la concreción de las garantías que la Constitución Política del Estado le franquea a su favor.

El inciso 1 del art. 275° del CPP dispone que no se compute el plazo de la prisión preventiva cuando hubiere dilaciones maliciosas por parte del imputado o su defensor, pero lamentablemente dicha norma procesal no se ha colocado en el siguiente supuesto, ¿qué pasaría cuando la circunstancia fuera imputable al sistema de justicia penal y, específicamente, atribuible al fiscal? Al no existir norma procesal que la regule, lo que en la praxis procesal realizan los jueces es adherirse o recurrir a la interpretación que ha efectuado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (STC 7624-2005-HC-TC) (STC. 2915-2004-HC/TC) donde no sólo evalúa esta última variable sino, además, otras como la complejidad del asunto, la dificultad de la investigación, la responsabilidad imputable al sistema de justicia penal y las dilaciones maliciosas del procesado. Nos parece que el tipo procesal debe comprender todas las situaciones previsibles a efecto de compatibilizar nuestras normas internas con la Convención Americana; los tipos procesales no pueden ser genéricos, por el contrario, deben ser descriptivos y amplios para que no estemos recurriendo a la famosa regla de la interpretación vía Acuerdos Plenarios.

El plazo de prisión preventiva a fijarse por el juez de investigación preparatoria debe ser el razonable, pero, ¿cómo se determina el plazo razonable? El juez que conduce la audiencia de prisión preventiva debe evaluar la naturaleza del hecho imputado, el material probatorio recabado por la Fiscalía al formalizar la investigación preparatoria y la tesis que va a actuar durante el plazo que le conceda el juez. Estimamos que no es idóneo reconducir el esquema probatorio más adelante -meses después-, es cierto, que conforme evoluciona el esclarecimiento de los hechos se podrían presentar o identificar nuevos medios de conocimiento probatorio, que a su vez, podrían generar nuevos actos de investigación, pero estos no deben variar, en lo sustancial, al primer esquema probatorio que se diseñó al formalizar la investigación preparatoria y al solicitar la prisión preventiva. Si hay variación sustancial es evidente que el fiscal inició su trabajo sin tener un plan metodológico o verdaderas hipótesis que conduzcan a un buen puerto la investigación. Si el fiscal no es responsable con su labor desde el inicio, influye negativamente en los

resultados de la investigación preparatoria, lo que trae consigo un indebido e irrazonable plazo de la prisión preventiva y, por ende, también influye en el plazo para ser juzgado.

Nos preguntamos: *¿Por qué apresurarse a solicitar la prisión preventiva, si el fiscal podría hacer uso del inciso 1 del art. 279° en el ínterin de la investigación preparatoria para solicitar la revocatoria de la comparecencia del imputado?* Si el fiscal diseña su plan de investigación, entonces, la consecuencia es que investiga y luego requiere la detención judicial preliminar, en caso se encuentre en diligencias preliminares; que se dicte la prisión preventiva, en caso estuviera en la etapa de la investigación preparatoria y logra reunir con suficiencia los presupuestos del art. 268° del CPP. Sin embargo, si el fiscal no planifica su teoría del caso lo que se advertirá es que solicita la prisión preventiva y luego recién inicia las primeras pesquisas investigativas o actos de investigación, así, los resultados siempre serán negativos; actitudes como esta generan impunidad. Es más responsable aquella postura profesional de requerir la prisión preventiva cuando se tengan los elementos de prueba o convicción del caso penal requiere, conforme lo prevé el art. 279°. 1 del CPP.

Por otro lado, cuando el juez de la investigación preparatoria considere fundada la medida de prisión preventiva, el plazo a fijarse no necesariamente debe ser el plazo máximo ordinario que ha previsto la Ley procesal (art. 272°) para los diferentes tipos de investigación (simple o compleja); estimamos que la determinación del plazo está en función al juicio de necesidad, orientado por el cuadro probatorio -previamente diseñado- que proponga el órgano persecutor como futuros actos de investigación a realizarse. Asimismo, al juicio de idoneidad de los medios de conocimiento probatorio que desea actuar la Fiscalía para lograr los fines de la investigación; al juicio de proporcionalidad del plazo que requieren los investigadores para lograr esclarecer el hecho delictuoso, es decir, la temporalidad. A ello se le debe sumar un período prudente de tiempo para que el proceso penal concluya con el juzgamiento, en el que se incluye la etapa intermedia.

Nuestra interpretación constitucional sobre la duración de la prisión

preventiva, es decir, su plazo, es que éste no sólo es para la investigación propiamente dicha sino también hasta que culmine el juzgamiento, pero, en la praxis algunos operadores fiscales y jueces creen que los plazos sólo son para concluir la investigación preparatoria, olvidándose de la etapa intermedia y el juicio oral. Es también por esta razón que el juez de la investigación preparatoria al determinar el plazo que va a conceder debe ser racional e incluso debe advertir al fiscal que la investigación tiene que concluirla en el menor tiempo posible y que el plazo de duración incluye el respectivo juzgamiento. Según nuestra interpretación, el plazo aludido en el art. 272° no solo es para la investigación, sino también para que sea juzgado –el procesado- con encarcelamiento preventivo.

Por otro lado, somos del parecer que el legislador peruano se ha equivocado con aquella norma procesal -art. 275° inc. 2- que prescribe no computar el plazo de prisión preventiva transcurrido si es que la autoridad judicial hubiere declarado la nulidad de lo actuado y ordenará que debe emitir una nueva decisión sobre el requerimiento de prisión preventiva. El derecho a la libertad de una persona es sagrado, si el juez se equivocó, o desplego actividad procesal defectuosa, no puede endosarle esto al ciudadano a quien se le restringió el derecho; esta disposición procesal no es acorde a la Convención Americana de Derechos Humanos. Estimamos que, si un juez dicta la medida coercitiva de prisión preventiva y el ciudadano, que se siente afectado, la impugna. ante la instancia judicial superior, y los jueces consideran que la decisión debe nulificarse -retrotrayéndola hasta el estado de emitir una nueva decisión al requerimiento-, ello no es justificación lógica y válida para no computar, a favor del procesado, el plazo de prisión que hubiera sufrido porque, es su derecho a que se lo computen. En esa misma línea de razonamiento, en el siguiente ejemplo, que pasaría si el tribunal de apelaciones resuelve declarar la nulidad del auto de prisión preventiva y no le concede la excarcelación o libertad al procesado, y el juez de investigación preparatoria emite el nuevo auto de prisión preventiva después de siete días, en este caso hipotético que se da en la praxis, se emplea el argumento de la mala e incorrecta notificación a las partes procesales, pero se debería computar el tiempo transcurrido a favor del ciudadano

detenido. Sin embargo, la ley procesal la comento señala que no debe computársele, ello es una arbitrariedad por ser desproporcional; del mismo parecer es Ascencio Mellado<sup>156</sup> cuando se refiere a los criterios para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva.

*A mi juicio, esta disposición, aunque jurídicamente correcta, incurre en una interpretación excesivamente formal de la nulidad y no tiene en cuenta la diversidad de supuestos que conducen a su declaración, alguna consecuencia de una actuación irregular de los propios tribunales. Hacer recaer sobre el imputado, defectos que no le son imputables, puede resultar desproporcionado.*

El legislador debe corregirla a fin de que un afectado no se vea en la necesidad de tener que recurrir a los tribunales de la Comisión o Corte Interamericana para reclamar la violación al derecho a la libertad individual.

La misma observación efectuamos, cuando se trate de casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva -art. 275° inciso 3-. Al respecto, nuestra posición es que no debe afectarse nunca el derecho a la libertad individual del ciudadano en forma arbitraria así sea para proteger o cautelar la seguridad ciudadana, por políticas públicas del Estado, para justificar que el ciudadano sufra un mayor plazo de carcelería, o por error imputable al sistema penal ordinario o militar. El derecho a la libertad es intangible para el ciudadano, su infracción afecta a la dignidad humana.

No estamos de acuerdo con aquel argumento de algunos jueces de investigación preparatoria, cuando fijan el plazo de duración de la prisión preventiva en nueve meses al no existir controversia <sup>157</sup>por parte de la

---

<sup>156</sup> Cfr. Óp. cit. ASCENCIO MELLADO José, pg. 195.

<sup>157</sup> Así aparece descrita la motivación del juez en el registro del acta de audiencia que tenemos a la vista. Cfr. Acta del Exp. N° 430-2013-2 del 3' Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo del día 23 de enero de 2013. Caso Sergio

defensa frente al requerimiento del fiscal. Ello es un error judicial y desproporcional, si bien no afecta el fondo de la medida impuesta, sin embargo, es una falacia este solo argumento, por el contrario, los argumentos deben girar siempre sobre la necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad de la medida a imponerse y del plazo rigurosamente necesario, conforme al esquema probatorio que hubiere diseñado y expuesto el fiscal en la audiencia de prisión preventiva. Sostenemos que en la audiencia de prisión preventiva no solamente se debe justificar la imposición de la medida coercitiva sino también, el fiscal debe argumentar por qué solicita al juez que le fije determinado plazo de prisión. Si el juez determina el plazo unilateralmente, o no exige que el fiscal lo justifique, estaría excediéndose de sus facultades y desbordando el principio rogatorio; es decir, en la audiencia de prisión preventiva se dan dos escenarios diferentes: el primero, *¿si se ampara o no la petición de prisión preventiva?* Si el juez considera que lo va declarar fundada, entonces, el segundo escenario, *¿debe solicitarle el juez al fiscal que justifique debidamente el plazo razonable de la prisión preventiva?* Para nosotros es obligatorio que lo realice el fiscal. La celeridad o rapidez de la celebración o culminación de la audiencia por existir otras ya programadas, no es suficiente, ni válido argumento para que el juez incumpla los controles de legalidad y legitimidad; estos parámetros son insoslayables en las funciones del juez de investigación preparatoria.

La libertad que se concede por el vencimiento del plazo razonable ordinario de la prisión preventiva, es revocable, en caso que el procesado infraccione las medidas impuestas por el juez, al ordenarse su inmediata libertad conforme lo regla el art. 276° pero para la revocatoria de la comparecencia restringida se debe evaluar si, mientras el procesado estuvo encarcelado, recorrió todo el plazo legal ordinario, si lo cumplió, entonces el fiscal; *¿qué plazo va a invocar?, ¿cuál va ser el régimen legal donde se va amparar su solicitud de revocatoria?* Explicamos con mayor amplitud este punto en el ítem 3.2.17.

---

Rafael Vejarano Rubio por delito de robo agravado, en agravio de Erwin Anderson Marquina Infantes, [...] «Plazo: Se fija en nueve meses por no existir controversia».

## **E) La Duración de la Prisión Preventiva**

Los plazos de prisión preventiva no son ilimitados, es por ello que todos los ordenamientos procesales del mundo contienen reglas que prescriban sus plazos máximos -conocidos también como ordinarios- no los tuvieran o no se regularán, es alta la probabilidad que los operadores podrían cometer arbitrariedades y, a través del control de convencionalidad en tribunales internacionales, podrían cuestionarse aquellas normas internas y decisiones judiciales que afecte el derecho a la libertad individual de los prisioneros preventivos.

Si se efectúa una interpretación literal de los plazos extraordinarios que regula el art. 274° del CPP, algún fiscal podría deducir que está autorizado a requerirlo sin más trámite, o a que se le fije sin ningún juicio o debate procesal, y a prolongarlo. La decisión de requerirlo por el fiscal y ordenarlo por el juez de investigación preparatoria, está supeditada siempre a los principios de necesidad, idoneidad, estricta proporcionalidad y excepcionalidad.

Por su duración los plazos de la prisión preventiva son ordinario y extraordinario. El ordinario lo regula el art. 272° del CPP y su duración nunca puede ser más allá de los nueve meses en casos simples, y de dieciocho meses para las investigaciones complejas, cuyo plazo extraordinario lo regula el art. 274°, que no puede extenderse más de dieciocho meses en casos complejos o de aquellos que se iniciaron como simples pero que han sido aprobados, por el juez de investigación preparatoria, como procesos complejos sobrevenidos durante la investigación.

Para establecer la duración de los plazos de prisión preventiva no interesa la pena conminada del ilícito atribuido sino sólo interesa la dificultad en la investigación y, como concluye ASCENCIO MELLADO, es el único elemento de análisis a tomarse en cuenta, no hay otro. Los plazos ordinarios y extraordinarios son legales. También coincidimos con ASCENCIO MELLADO cuando afirma, que en la duración de los plazos no se tomará en cuenta la gravedad de la pena asignada por la ley penal

para el delito atribuido.

La interpretación sistemática<sup>158</sup> del Código Procesal Penal describe que el plazo de prisión preventiva no durará más de nueve meses cuando se trate de una investigación simple y de dieciocho meses si se tratare de un proceso complejo. Estimamos que la Ley procesal, cuando utiliza el término «no durará» en los incisos 1 y 2 del art. 272°, fija el tope máximo para ambos tipos de investigación, los que son concordados con el art. 274°. De la interpretación constitucional entendemos, que la duración del plazo de prisión preventiva, que el juez puede imponer respecto a la medida de prisión preventiva, podría ser menor a nueve meses porque los plazos máximos no obligan al juez, su determinación está en función de las circunstancias de cada caso en participar; es decir, en función de los fines y necesidades de los actos de investigación que justifique el fiscal en la audiencia; no todos los casos son iguales, cada hecho tiene particularidades diferentes en las estampas o huellas criminales, lo que conlleva a inferir el grado de dificultad en la investigación y la dimensión de los actos investigativos a ejecutarse durante la investigación preparatoria. Por ejemplo, no será igual la sustracción violenta de un teléfono celular con aquella en donde no hubo el ejercicio de la violencia; menos con el homicidio de un familiar consanguíneo, pues éste no es idéntico al homicidio subsecuente un robo agravado; tampoco este último es igual al homicidio culposo producto de un accidente de tránsito en donde el conductor no estaba ebrio; asimismo, no lo será con un delito de lesiones dolosas en donde se utilizó un palo de escoba contra la víctima; o cuando en el despojo de un bien inmueble se utilizó a menores de edad, quienes tenían arma cortante para intimidar a las personas a ser desalojadas, entre otros múltiples casos.

Si se vence el plazo máximo de nueve meses sin que se hubiere emitido la respectiva sentencia de primera instancia, estaría expedito el derecho del procesado recluido, a solicitar el cese de la prisión y su inmediata libertad -art. 273° del CPP-. Asimismo, puede ser declarado de oficio el cese por él juez de investigación preparatoria o a pedido expreso del

---

<sup>158</sup> Art. 272° y Art. 274° del CPP.



fiscal, lo que no excluye que el juez adopte las medidas o reglas de conducta necesarias a efecto de cautelar que el ciudadano liberado no se sustraiga a la acción de la justicia.

Es cierto, que al vencerse el plazo máximo de nueve meses el fiscal podría requerir la prolongación de la prisión preventiva, lo que no significa que el procesado también pueda solicitar, independientemente, su cese; sin embargo, la prolongación, al pertenecer al núcleo del plazo extraordinario, lo tiene que solicitar el fiscal antes que se venza el plazo ordinario, ya que de lo contrario, la regla procesal dice que se debe disponer su inmediata libertad.

ASCENCIO MELLADO, afirma que hay tres excepciones a la regla general -art. 272°. 1 del CPP- por situaciones particulares como: (i) podrá mantenerse hasta el límite de dieciocho meses en aquellos casos en que el proceso, en el curso del cual se adopte, pueda considerarse complejo. Este jurista español analiza, *«nada dice la norma, pero, no pueden existir demasiadas dudas al respecto de que esta calificación corresponde hacerla al fiscal, debiendo aprobarla el juez»* (ii) cuando se inicie un proceso en principio, no especialmente complejo, se podrá ampliar la extensión de la prisión preventiva a dieciocho meses, si durante su curso aparecen circunstancias que impriman una especial dificultad o comporten la prolongación de la investigación y adicionalmente subsista un especial riesgo de fuga; y el (iii) cuando se hubiere condenado al preso y éste recurra la sentencia, la prisión podrá mantenerse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta. ASCENCIO MELLADO señala además, ni que decir tiene que todos estos plazos son máximos, no mínimos y están sujetos a la regla *rebus sic stantibus*, por lo que la alteración de las circunstancias o la pérdida o disminución de sus presupuestos habilitadores deben dar lugar a la inmediata puesta en libertad del sujeto o a su sujeción a otra medida menos intensa.<sup>159</sup> A la segunda de las excepciones que hemos citado en la doctrina se le conoce como proceso complejo sobrevenido. Nos adherimos a la tesis de ASCENCIO MELLADO cuando sostiene que las declaraciones de complejidad de los

---

<sup>159</sup> *Ibíd.*, pg. 194.

procesos requieren la aprobación del juez, ello no sólo porque el juez de investigación preparatoria cumple, adicionalmente, la función de control de garantías sino además porque a las reglas del art. 342°.3 se les podrían dar una interpretación literal por el órgano que tiene el total control de las investigaciones, una actitud funcional pasiva en las investigaciones que venía efectuando, una distorsión de lo que se entiende realmente por dificultad en la investigación o cualquier otro acto funcional fiscal que rebase las garantías específicas que le consagre la Constitución Política del Estado a favor del ciudadano. En este caso el fiscal, con mucha antelación, debe solicitar al juez que le apruebe la declaratoria del proceso complejo; el fiscal no debe esperar que se venza el plazo prorrogado de la investigación simple para recién asumir la postura de que existe dificultad en la investigación, situación por la que considera que es una complejidad sobrevenida. Si el fiscal no actúa en forma correcta, como bien lo analizó ASCENCIO MELLADO, estimamos que el defensor tiene el camino de la tutela de derechos, al no tener la aprobación judicial de la complejidad sobrevenida una vía procedimental propia, amparado en el art. 71°.4 del CPP concordado con el art. 71°.1, y en observancia de los fundamentos 7, 13, 14 y 15 del Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-I 16 de 16 de noviembre 2010, a efecto de reclamar por sus derechos que le consagra la Constitución Política y la Ley procesal penal. En el escenario de la declaratoria del proceso complejo sobrevenido, aprobado judicialmente con anterioridad cabe preguntarse: *¿se computa a favor del encarcelado los nueve o menos meses que ha sufrido prisión mientras se le investigaba por un proceso penal simple?* Si no existe norma procesal penal que lo prohíba, por el contrario, existe a su favor lo que consagra la Constitución Política en el art. 2° respecto a sus derechos fundamentales. *¿Se podría requerir la aprobación judicial en un proceso penal complejo sobrevenido después que la Fiscalía ya hizo uso de la prolongación del plazo de extraordinario de prisión preventiva?* Nuestra posición es negativa, sería desproporcional y arbitraria la acción funcional del fiscal; generaría la percepción de que no existe ni ha realizado un trabajo serio y planificado, asimismo, no hay norma procesal que se lo permita, por el contrario, existiría razones muy fuertes de una probable

afectación a las reglas del debido proceso. ¿Cuál sería el plazo máximo de duración de la prisión preventiva? En este punto seguimos a la norma procesal y a la posición de Gonzalo DEL RÍO cuando escribe:<sup>160</sup>

*Lo curioso es que el art. 274°. 1 menciona que la prisión preventiva puede prolongarse «por» y no «hasta» 18 meses, de lo que se desprende que esto permitiría establecer un plazo máximo (prolongación incluida) de 27 meses para los procesos cuya complejidad se advierte a lo largo de su tramitación; y de 18 meses para los trámites cuya complejidad se advierte ad initio (art. 272°.2), lo que constituye un sin sentido. Considero que la interpretación correcta de los arts. 272° y 274° es que sea cual fuere la situación en la que se advierta una prolongación del proceso, el plazo máximo que puede decretarse es siempre de 27 meses. Pudiendo prolongarse en 18 meses para los casos del numeral 1 del art. 272° y en 9 meses en los casos previstos por el numeral 2, es decir,; que cualquier proceso en el que haya operado una prolongación podrá durar hasta 27 meses. No es que se sugiera un plazo máximo de 27 meses de carácter automático, sino que la prolongación que regula el art. 274°.1 se sustenta en una complejidad ciertamente sobrevenida, una necesaria prolongación de la investigación que puede surgir tanto en un proceso que al inicio se consideró simple como complejo, Sin duda alguna en ambos casos se deberá evaluar una dificultad de la investigación que surge en el proceso y que era imposible que fuera advertida al inicio del mismo.*

#### **F) La ineficacia de la investigación y su incidencia en el plazo razonable de la Prisión Preventiva**

Si la Policía y la Fiscalía fue ineficiente en su actuar investigativo no hay razón válida para que incida negativamente en el plazo razonable de la

---

<sup>160</sup> DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, La Prisión Preventiva en el nuevo Código Procesal Penal, ARA Editores EIRL, Lima Perú, 2008, pg. 89.

prisión preventiva. **El actuar negativo, no diligente del fiscal o de la Policía es responsabilidad de ellos y no del imputado; si el fiscal o la Policía tienen recargadas labores o excesiva carga laboral tampoco es imputable al ciudadano recluido en cárcel.**

Si los órganos judiciales y el soporte administrativo del sistema penal peruano son deficientes, obsoletos, o no se ejecutan los aplicativos modernos instalados en los respectivos sistemas informáticos integrados, no puede esto influir negativamente contra el procesado a que se prolongue los plazos de prisión preventiva, bajo el argumento que hay dificultad en la investigación. Si el juez unipersonal o colegiado, o la gestión del despacho tiene recargada su agenda, no es responsabilidad del imputado o del acusado; la morosidad del Estado no puede influir en el plazo de duración de la prisión preventiva, menos trasladárselo a la parte más endeble.

Si en la audiencia de prisión preventiva el juez de investigación preparatoria decide otorgarle un plazo de duración -de la prisión preventiva- es para que el fiscal efectúe todos sus actos de investigación que expuso en la audiencia dentro del límite de ese plazo. Las ampliaciones del plazo ordinario o prolongaciones de los plazos extraordinarios de la prisión preventiva son de carácter excepcional no obligan al juez que tiene funciones adicionales de control de garantías, y ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable es una garantía específica a favor de todos los ciudadanos sin excepción.

Estas variantes de los plazos ordinario y extraordinario de la prisión preventiva no son para utilizarlas indebida o desproporcionalmente o porque se venció el plazo o está por vencerse, por el contrario, son para invocarlas en forma restringida desde la perspectiva del *pro hominis y pro libertatis* a fin de respetar y observar el núcleo duro de los derechos del ciudadano. Las condiciones atribuidas en no lo hacen, ni lo convierten en menos ciudadano, ni tampoco a que los funcionarios públicos ignoren o desperdicien sus derechos fundamentales, entre ellos el de la libertad personal.

Repetimos, el plazo que concede el juez en la audiencia de prisión preventiva es para que el fiscal cumpla y concluya todos los actos de

investigación que postuló y ofreció realizar, y si fuera posible, para presentar el caso penal antes que concluya el plazo, a efectos de pasar a las siguientes etapas del proceso penal.

No es responsabilidad del imputado si la Fiscalía no se da abasto para cumplir con toda la investigación. Al respecto, consideramos que está mal diseñado el despacho corporativo, ¿cómo es posible que un fiscal administre o gestione más de cincuenta casos penales en forma paralela?: Consideramos que las fiscalías deben rediseñarse: (i) aumentando más plazas para fiscales en cada despacho; (ii) que los asistentes fiscales que tienen la profesión de abogado hagan funciones de delegado fiscal y tengan su propia carga laboral, e incluso, que concurra a las audiencias en calidad de representante del Ministerio Público, etc. Mucho tiene que ver en este punto la estrategia de trabajo, la gestión y la visión de la Junta de Fiscales Supremos de la Fiscalía de la Nación.

Por las razones expuestas, sostenemos que los jueces de la investigación preparatoria, luego de formarse convicción que su decisión en la audiencia de prisión preventiva será fundada, es decir, antes de darla a conocer en forma pública, deben solicitar al fiscal que en el mismo acto justifique el plazo de la duración —el deseable por la Fiscalía (no vincula al juez)- y para qué lo necesita —qué actos de investigación va a ejecutar en ese plazo—; en este nuevo segmento argumentativo, el fiscal debe explicar y anunciar una síntesis de su plan de investigación y será en función de las circunstancias y particularidades de cada caso, como la cantidad de actos a investigarse, la naturaleza del delito, la pluralidad de los sujetos activos, las posibles dificultades que pudieran existir para recabar, indagar y descubrir la verdad de los hechos. El juez debe, razonablemente, fijar el plazo de duración de la prisión preventiva. Los audios y videos que hemos escuchado y visualizado sobre audiencias de prisión preventiva llevadas a cabo nos permiten afirmar que los jueces no trabajan de esta manera. Consideramos que la función de control de garantías obliga a los jueces a hacer respetar y tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos imputados, pero de continuar con los vicios indicados, seguiremos observando a algunos fiscales solicitar

ampliaciones hasta llegar al plazo máximo legal que prevé la Ley procesal sin avanzar o concluir sus investigaciones, situación que desnaturaliza a las instituciones procesales.

Concluimos afirmando que el plazo máximo que señala la Ley procesal - art. 272°- es para que el ciudadano afrente su juzgamiento y no para que vencido éste plazo recién se esté concluyendo la investigación preparatoria.

**CAPITULO IV**  
**LA PRISION PREVENTIVA COMO INSTITUCION**  
**PROCESAL PERTENECIENTE AL CÓDIGO**  
**PROCESAL PENAL DEL 2004 Y SU**  
**INCORPORACION A TRAVES DE LA**  
**PROMULGACION DE LA LEY N° 30076 EN EL**  
**CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE**  
**1940 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991.**

**1. La naturaleza y fines que persigue la ley N° 30076**

El lunes 19 de agosto del 2013 se publicó en el diario oficial el Peruano la Ley N° 30076 “Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana”, dicha ley incorporó varias modificaciones a los diversos artículos relacionados con nuestro sistema penal y procesal penal, con el objetivo de poder combatir el crimen, que durante estos últimos años se ha venido acrecentando, generando zozobra, pánico y temor de la población ante el alto índice delincencial.

Sin embargo, consideramos que la mejor innovación que trajo dicha legislación es la aplicación inmediata de algunos los artículos

relacionados a la institución de la prisión preventiva del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, es así que dicha ley en su primera y segunda disposición complementaria final adelanta la vigencia de los artículos 268, 269, 270, 271 y 311 del NCPP.

Lo importante del adelanto de la vigencia de dichos artículos es que por fin se deja de lado el modelo que ostentaba el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal de 1991 y el D.Leg. N° 124, dispositivos legales por los cuales el Juez bajo su criterio y previo pedido del fiscal determinaba la posibilidad de ordenar la detención e internamiento preventivo del procesado mientras dure el proceso judicial, dicha situación se determina a través del Auto de procesamiento o Auto Apertorio de Instrucción. Definitivamente dicha decisión podía ser impugnada, bajo el principio de pluralidad de instancias consagrado en nuestra Constitución, pero el inconveniente o problema que generaba dicha situación generaba es que el imputado mientras se tramitaba el cuaderno de apelación de mandato de detención tenía que estar recluido e internado en un centro penitenciario, situación que atentaba contra el principio de presunción de inocencia, el derecho a libertad, entre otros.

Cuando se adelantó la vigencia de los artículos ya citados, los legisladores lograron que previo a la determinación de la detención de una persona por parte del juez, exista una audiencia en la cual el imputado asesorado por un abogado defensor de su libre elección o defensor público puede contradecir los elementos de convicción que según el fiscal determinaban su internamiento al penal, es así que luego de concluido el debate, el Juez podía determinar la detención o comparecencia del imputado, mientras dure el proceso o la investigación respectivamente.

Definitivamente el adelanto respecto a la aplicación de los artículos ya citados, logró que se deje de lado la arbitrariedad o la incertidumbre con la que el Fiscal solicitaba la detención de un imputado y la decisión con la que el Juez determinaban la comparecencia o detención de un imputado.

Definitivamente el adelanto de los artículos bajo comentario y ya mencionados en el capítulo anterior logró que se respeten los roles de cada sujeto procesal que interviene en un proceso penal, también logró la



vigencia de principios procesales relacionados con la institución de la prisión preventiva y sobre todo hizo efectivo que el imputado puede hacer uso de su derecho a la defensa para poder contradecir los elementos de convicción para que pueda comparecer al juicio y no perder su libertad, bajo el respeto de las garantías mínimas del debido proceso.

## **2. La prisión preventiva en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y Código Procesal Penal de 1991.**

La detención de una persona bajo los alcances del anterior modelo procesal penal que se regía por el Código de procedimientos Penales, relacionado a los procesos ordinarios y el D.Leg. N° 124 que es usado para los procesos sumarios tenían que tener en cuenta las disposiciones vigentes del Código Procesal Penal de 1991, el cual en su artículo 135° establecía lo siguiente:

### ***“Artículo 135.- Mandato de detención:***

*El juez podrá dictar mandato de detención si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, es posible determinar:*

- 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.*
- 2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.*
- 3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.*

*En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio o a petición de parte el mandato de detención cuando nuevos actos de investigación demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición, en cuyo caso el juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control, tomando en cuenta lo previsto en el inciso 2 del artículo 143 del presente Código.”*

Como bien podemos observar dicho artículo definitivamente contenía similares requisitos a los previstos en el artículo 268°, 269° y 270° del NCPP del 2004, la única diferencia es que éste artículo bajo comentario no determinaba, ni estipulaba la condición de que antes que el juez emita su decisión, sobre la comparecencia o detención del imputado exista un trámite previo, el cual está referido a la audiencia que ahora si lo establece el artículo 271° del NCPP del 2004, en el que se puede contradecir y argumentar fundamentos por los cuales debe declararse la comparecencia del imputado. Prácticamente se dejaba a discrecionalidad del juez decidir y determinar la libertad o detención del imputado.

Respecto a los plazos de la detención el Código Procesal Penal de 1991, en su artículo 137° estableció que estos serían no mayor de nueve meses para el procedimiento ordinario equiparado al proceso sumario y no mayor de dieciocho meses en el caso del procedimiento especial equiparado al proceso ordinario, estos plazos debía ser tomados en cuenta teniendo en consideración el tipo de vía procedimental en la que se tramita el proceso y la complejidad del proceso en sí. Sin embargo, los plazos antes citados, podrían variarse, teniendo en consideración el último párrafo del artículo bajo comentario, es decir, el imputado en cualquier momento podía obtener su libertad si lograba adecuar los hechos y el estado de la investigación a través de nuevos actos de investigación que determinaban que ya no concurrían los elementos que determinaron la detención del imputado, ese párrafo es de vital importancia pues prácticamente a través de éste se consagraba el principio *rebuc sic stantibus* el cual determina que las medidas cautelares están sujetas a la variabilidad, definitivamente los nuevos actos de investigación, lograban primigeniamente desbaratar

los otros actos de investigación que determinaron la imposición de la detención en contra de un imputado.

### **3. La prolongación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 1991.**

Definitivamente no todo procesado podía obtener su libertad en forma inmediata, cuando sobre éste recaía el mandato de detención, ya que la imposición de dicha medida cautelar se generaba porque en contra del procesado existían actos de investigación que lo vinculaban primigeniamente con la comisión del delito, es así que el periodo de instrucción servía para que se recaben diversos medios probatorios que permitan al juzgador determinar la responsabilidad o absolución del procesado al momento de emitir la sentencia.

No obstante a lo antes citado, muchas veces en el ínterin y decurso del proceso, lejos de que se obtenga pruebas que determinen la inocencia del imputado, la complejidad de los hechos y los diversos actos de investigación generaban que el imputado no pueda obtener de manera rápida su libertad y definitivamente dicha situación generaba que el plazo primigeniamente fijado por el juez deba ser modificado, pues el primer plazo se encontraba a punto de vencerse o culminar y si se éste se vencía sin determinarse la situación jurídica del procesado, tranquilamente éste podía hacer uso de las garantías constitucionales y a través de un habeas corpus recuperar sus libertad, éste hecho de que recupere la libertad, definitivamente esta situación incluso podía generar un quiebre del proceso, en el sentido de que prácticamente el fin que persigue las medidas cautelares personales quedaban de lado, ya que el imputado podía fugarse y eludir la acción de la justicia.

Este hecho originó que el nuestros legisladores busquen una solución y es a través del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, que se le otorgó al juez la posibilidad que de oficio prolongue la prisión de un imputado, es así que dicho artículo en su cuarto párrafo estableció lo siguiente:

*“(...) La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas. [...]”*

Es así que a través del párrafo antes citado el Juez de oficio o el fiscal podía solicitar la prolongación de la prisión preventiva, nótese que dicha prolongación estaba relacionada a la actuación de diversas diligencias, actos de investigación, recepción de medios probatorios, entre otros aunándose a ello la complejidad del caso, la cual se originada por diversos delitos, hechos, concurso de varios agentes, entre otros.

Esta medida se tomó con el único objetivo de evitar que el procesado eluda la acción de la justicia y quede impune el delito cometido.

#### **4. Los principios procesales que vulnera la prolongación de oficio de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 1991 y crítica desde la óptica del investigador.**

Definitivamente consideramos que al haberse adelantado la vigencia del NCPP del 2004 a través de la Ley N° 30076 es obligación de todos los juzgadores, fiscales y abogados defensores respetar las facultades y atribuciones que dicha institución otorga a cada sujeto procesal, pues si lo que se busca es que exista una adecuada administración de la justicia, definitivamente deben respetarse los roles que cada sujeto procesal ostenta dentro de un proceso constitucionalizado.

Es así que al haberse adelantado la vigencia de los artículos 268°, 269°, 270° y 271° del NCPP lo que se busca es garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y el respeto a los diversos principios que en todo proceso debe primar como son: el principio del juez imparcial, el principio acusatorio, el principio de rogación, el principio de contradicción y el principio de presunción de inocencia entre otros.

Es decir, el juez sólo podrá dictar prisión preventiva si existe una petición efectuada por organismo ajeno al Poder Judicial que tenga la obligación de la carga de la prueba y a través de ésta demostrar que un imputado se encuentra vinculado con la comisión de un delito tanto como autor o participe y que prácticamente existan diversos elementos de convicción que sustenten dicha situación, esta labor ha sido encomendada por nuestra Constitución al Ministerio Público.

Esta situación nos permite concluir de forma notoria, que el juez no puede prolongar de oficio la prisión o detención de una persona, pues el proceso penal debe ser impulsado por el Fiscal, éste se encuentra en la obligación de coadyuvar con la recepción y acopio de diversos materiales probatorios que determinen la responsabilidad del imputado y si éste no cumple dicha función que le ha sido otorgada por nuestra Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público, es imposible que el Juez se atribuya dicha conducta y pretenda ir en contra de dicho imputado, pues lo que generaría es que el juzgador se encuentre parcializado con el Fiscal, por lo que definitivamente debe ser modificada dicha atribución, pues se estaría vulnerando el principio de imparcialidad del juez.

Lo que deseamos señalar y concluir es que el Juez no puede de oficio prolongar la prisión de un imputado si prácticamente no existe petición expresa del Fiscal para que dicho imputado siga detenido, ya quien solicitó su detención fue el Fiscal y quien amparo dicho pedido fue el Juez. En consecuencia si se desea tener al imputado aún en prisión, bajo la misma regla debe ser el Fiscal quien solicite nuevamente tal petición. **Si el juez adoptara dicha conducta, estaría yendo en contra del principio de rogación y principio acusatorio, principios que son la base de todo el proceso penal**, esto hecho demanda que el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 deba ser modificado o en su defecto que se adelante la vigencia del artículo 274° del NCPP del 2004, el cual prescribe que la petición de prolongación de prisión preventiva será solo a solicitud del fiscal, definitivamente lo que se busca es que exista coherencia en nuestro sistema legal y que a partir de ello se pueda lograr la vigencia y respeto de los derechos fundamentales dentro de un proceso penal.

Si lo que se pretende es el cambio de nuestro sistema penal, en el que prime el respeto por las garantías a un debido proceso, respeto a los derechos fundamentales entendiéndose dichos derechos a través del principio de convencionalidad, para que el imputado goce de los mismo derechos con los que cuenta el otro sujeto procesal –Ministerio Público- en consecuencia debe expectorarse el artículo 137° ya citado y modificar dicha atribución del Juez penal y permitir como solución el adelanto del artículo 274° en el que se resalta y se respeta los roles de cada sujeto procesal, pues sólo se prolongará la prisión de un imputado si es que existe una petición por parte del representante del Ministerio Público.

## **CAPITULO V**

### **CONTRASTACION DE HIPOTESIS**

#### **1. Contrastación de la hipótesis general.**

Habiéndose formulado como hipótesis general la siguiente:

*“El artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 debe ser modificado respecto a la posibilidad de que el Juez de oficio pueda prolongar la “prisión preventiva” del procesado, toda vez que atenta contra el principio de rogación de dicha institución procesal, para tal efecto debe promulgarse una ley derogando dicho atributo del Juez”*

Respecto a esta primera hipótesis en atención a los fundamentos y argumentos expresados en los capítulos anteriores hemos podido determinar que el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 si vulnera el principio de rogación que es uno de los pilares sobre los que se cimienta la institución de la “prisión preventiva”, pues en dicha institución cada uno de los sujetos procesales cumple un rol

y bajo esa perspectiva no puede el juez adoptar dicha decisión de prolongar la prisión de un imputado si previamente no existió una petición concreta del Ministerio Público, en consecuencia nuestra hipótesis es afirmativa y ha quedado contrastada a través de la presente investigación, situación que conlleva a que nuestros legisladores promulguen una ley por la cual recorten dicho atributo al juez o en su defecto se adelante la vigencia del artículo 274 del NCPP del 2004, para evitar arbitrariedades y el uso discrecional de atribuciones que no le competen al Juez.

## **2. Contrastación de la hipótesis específica.**

Habiéndose formulado como hipótesis específica la siguiente:

*“El artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 respecto a la prolongación de oficio de la prisión preventiva del procesado vulnera los principios de rogación, acusatorio, derecho al defensa, debido proceso entre otros”*

En cuanto a la hipótesis específica debemos señalar que también esta ha sido contrastada en forma positiva, pues al haber revisado toda la doctrina relacionada a la institución de la prisión preventiva, así como los principios y derechos de cada sujeto procesal hemos determinado que el actuar del juez cuando ordena la prolongación de oficio del juez sin que exista una petición concreta por parte del Representante del Ministerio Público bajo la atribución del Artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 genera la vulneración a los principios de rogación y por ende acusatorio que son los pilares sobre los cuales se cimienta e inicia todo proceso penal, aunado a ello también debe tenerse en consideración que en el presente caso el juez vulnera también con su actuar el principio de juez imparcial que es uno de los pilares de los sub derechos que se encuentra contenido dentro del derecho al debido proceso, pues no puede proceder con la prolongación de oficio del imputado, en consecuencia sobre la base de los argumentos y capítulos de la presente investigación antes



expresados definitivamente hemos podido corroborar nuestras hipótesis.

## **CAPITULO VI**

### **PROPUESTAS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **1. PROPUESTA**

- ❖ Los investigadores proponen la derogación del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, para ello el Poder Legislativo deberá emitir una ley que modifique la atribución contenida al Juez por dicho dispositivo legal, para evitar que el Juez de oficio pueda prolongar la prisión preventiva de un imputado, máxime, si su imposición fue sometida a debate previo.
- ❖ Los investigadores proponen en caso los legisladores consideren tener vigente dicho artículo, debe procederse con el adelanto del artículo 274° del NCPP del 2004, en el que se instaura la figura de la prolongación de la prisión preventiva y ésta sólo se dará si existe petición formal por parte del Ministerio Público, evitándose de ésta manera la vulneración de los principios de rogación y acusatorio del proceso penal.
- ❖ Los investigadores proponen que se adelante la vigencia de todos los artículo de la institución de la prisión preventiva en todo nuestro

país en los cuales aún no entro en vigencia, con el objetivo de que el Juzgador pueda resolver los pedidos de limitación, modificación, prolongación, etc. De la libertad de un imputado bajo los parámetros legales que se encuentran en el NCPP del 2004 para evitar la vulneración de derechos fundamentales y sobre todo para poder comprender de mejor manera dicha institución, la cual bajo los alcances del NCPP del 2004 es más tuitiva y en beneficio del imputado.

## **2. CONCLUSIONES**

- ❖ La Institución de la Prisión Preventiva se originó con el objetivo de que el imputado comparezca a juicio y no se sustraiga de la acción penal, ésta medida cautelar es de naturaleza personal y para su imposición requiere de los requisitos exigidos por ley.
- ❖ La institución de la Prisión Preventiva recogida por el NCPP del 2004, dispone en su artículo 268° que sólo esta se dará siempre en cuando exista una petición expresa por parte del Ministerio Público, situación que guarda expresa relación con los principios de rogación y acusatorio, sobre los cuales se cimienta el proceso penal.
- ❖ La promulgación de la Ley N° 30076 ha generado que se adelante la vigencia de los artículos 268°, 269°, 270° y 271° del NCPP, relacionados a la institución de la prisión preventiva para los procesos penales que se tramitan bajo las disposiciones del Código de Procedimientos Penales y Decreto Legislativo N° 124, complementándose con los artículos del vigentes del Código Procesal Penal de 1991. Sin embargo, esta coexistencia de los diversos procesos debe generar la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, con el objetivo de que el proceso penal se constitucionalice, es así que para que se entienda mejor la institución de la prisión preventiva debe interpretársela bajo los dispositivos legales de dicha institución, interpretación que será a favor del reo o imputado.

- ❖ El artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 atenta el principio de rogación y acusatorio que son los pilares del proceso penal, pues no puede permitirse que el Juez “imparcial” de oficio prolongue la prisión del imputado, al no ostentar dicha atribución, ya que al adelantarse la vigencia del NCPP del 2004 en lo relacionado a la institución de la prisión preventiva, la prolongación de su detención sólo podrá originarse si el Ministerio Público lo solicita, por lo que debe procederse con su modificación o que se adelante la vigencia del artículo 274° del NCPP del 2004.

### **3. RECOMENDACIONES**

- ❖ Los investigadores recomiendan que todo proceso penal deba respetar las garantías mínimas de un debido proceso, y, cuando se adelante la vigencia de algún ordenamiento legal que se encuentre en vacatio legis, para evitar arbitrariedades en contra del imputado deben interpretarse las instituciones jurídicas con la norma más favorable para el imputado, para así respetar su derecho a la defensa y con el objetivo de que pueda contradecir los hechos materia de imputación y la limitación de sus derechos fundamentales.

# BIBLIOGRAFIA

## DOCTRINA

- ❖ ABANTO VASQUEZ, Manuel, *Derecho Penal Económico P.E.*, Editorial IDEMSA, LIMA 2000.
- ❖ ASECIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. tirant lo blanch . Valencia, 1997.
- ❖ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal – Parte General*. Akal, España 1997.
- ❖ BACIGALUPO, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*. 2º edición, 1995, Edit. Colex, España.
- ❖ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel
  - *Manual de Derecho Penal P.E., «Delitos contra las personas»*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A. 1992 Madrid.
  - *Manual de Derecho Penal P.E., «Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil»*, 1992 Madrid.
- ❖ BECCARIA, Cesar; *De los delitos y las penas*, introducción, notas y traducción de Francisco Tomas y Valiente, Madrid, 1982.
- ❖ BERGALLI, Roberto, *Control Social Punitivo – Sistema Penal e Instancias de Aplicación*, Bosch, Barcelona 1996.
- ❖ BINDER, Alberto; *ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires, 2000.
- ❖ BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.
- ❖ BINDER, Alberto M.; *Introducción al derecho penal* , Buenos Aires, 2004.
- ❖ BOVINO, “Contra la Inocencia”, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>
- ❖ BOVINO, Alberto; “Contra la inocencia”, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

- ❖ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis A., *Manual de Derecho Penal P.E., 4ta Edi. Lima 1998.*
- ❖ BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal P.E., Ed. Ariel Derecho 2da ed. Barcelona 1991.*
- ❖ BURGOS MARIÑOS, Víctor y otros, “Estudios sobre la prisión preventiva Perú y América Latina”, BLG Ediciones, 2010.
- ❖ CARRARA, Francesco; Programa de derecho criminal. Parte general, vol. II, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1957,
- ❖ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, Tirant lo Blanch, España 1996.
- ❖ CARMONA SALGADO, Concepción y otros, *Manual de Derecho Penal P.E., Ed. Juris lima 1995.*
- ❖ CARNELUTTI, Francesco; Las miserias del proceso penal, Buenos Aires, 1959.
- ❖ CARNELUTTI, Francesco; Cuestiones sobre el proceso penal, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961.
- ❖ CARO CORIA, Carlos Dino, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual «aspectos penales procesales»* Ed. Grijley 2000.
- ❖ CARO CORIA, Carlos; “El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena”, en: Problemas actuales de Derecho Penal y Derecho procesal penal (Lecturas y casos seleccionados), Maestría de Derecho Penal PUCP, Lima, 2005
- ❖ CARO CORIA, Carlos; “el abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena”, (lecturas y casos seleccionados), Maestría en Derecho Penal, PUCP, Lima, 2005,
- ❖ CASTILLO ALVA, José Luis, *Homicidio «comentarios de las figuras fundamentales»* Ed. Gaceta Jurídica 1º ed. Lima 2000.
- ❖ COSTA, Fausto, *El delito y la Pena en la Historia de la Filosofía,* Editorial Hispanoamérica, México 1953.
- ❖ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal Teoría y Práctica. Palestra Editores, 4ta. Edición. Lima Perú Octubre 2000.
- ❖ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, “La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal”, Ara Editores, 2008.

- ❖ DONNA, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena, tomo 1, 1996, Buenos Aires.
- ❖ FERRAJOLI, Luigi. “El Derecho como Sistema de Garantías”. En: Themis N° 23, Lima, 1993.
- ❖ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal – Introducción*, Universidad Complutense, España 2000.
- ❖ GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA y otros; Derecho Procesal (Procesal-penal); T.II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- ❖ JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A: Madrid 1995.
- ❖ HERRENDORF, Daniel E./ BIDART CAPOS, Germán J.; Principios de Derechos Humanos y garantías, Buenos Aires, 1991, Pág. 245.
- ❖ HOBBS, Thomas; Leviatán, traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sarto, México, 1980
- ❖ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal – Parte General I*, 3° edición, Grijley, Lima 2005.
- ❖ HURTADO POZO, José, *La ley importada*, 1° Edición, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Lima 1979.
- ❖ HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal P.E. Vol I al 2da edición Ed. Juris Lima 1995.*
- ❖ INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS, en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>
- ❖ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Editorial Comares, Granada 2002.
- ❖ LEVENE, Ricardo (h); voz: 2Prision Preventiva”, en: Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XXIII, Buenos Aires.
- ❖ MAIER, Julio B, J.; “Limite temporal del encarcelamiento preventivo”, en: Doctrina Penal, N° 9 a 12, Buenos Aires, 1980.

- ❖ MAIER, Julio B.J.; “Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX”, en: Poder penal del Estado. Libro Homenaje a HildeKaufmann, Buenos Aires, 1985.
- ❖ MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, T. III, Parte General, 1° ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- ❖ MAIER Julio B.J (compilador), B.J. ROXIN, Claus y otros; El Ministerio Público en el Proceso Penal, Ed. Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1993.
- ❖ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Concepto y Método, Editorial de Montevideo, Buenos Aires 2003.
- ❖ MIXAN MASS, Florencio; Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984.
- ❖ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal P.E.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 14ava Ed. 2002.
- ❖ NEUMAN, Elías; “Aspectos penológicos”, en: Neuman/Irurzun, La sociedad carcelaria, Buenos Aires, 1994.
- ❖ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Alternativas, segunda edición, 1999. “Panorama del Proceso Penal Peruano”, Artículo publicado en el Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, Nº 4, Lunes 14 de junio de 2004.
- ❖ PAREDES IFANZON, Julio, *Delitos contra el patrimonio*, Ed. Gaceta Jurídica 1999.
- ❖ PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal – Estudio programático de la Parte General*, 3° edición, Grijley, Perú 1999.
- ❖ QUIROZ SALAZAR, William y ARAYA VEGA, Alfredo G., “La prisión preventiva. Desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad”, Ed. Ideas Soluciones, 2014.
- ❖ RAGUES I VALLES, Ramón; “Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: hacia una visión integradora”, disponible en: [www.unifr.ch/derechopenal/anuario/04/A-4-rangues/pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/04/A-4-rangues/pdf)
- ❖ REYNA ALFARO, Luis, *Derecho Penal Económico Parte General y Parte Especial*, Ed. Gaceta Jurídica Lima 2002.



- ❖ ROSAS YATACO, Jorge, Derecho Procesal Penal, Edit. Jurista Editores, 2009.
- ❖ ROXIN, Claus Derecho Procesal Penal. Ediciones del Puerto S.R.L, Buenos Aires. 2000.
- ❖ ROXIN, Claus, “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Publico”, en: AAVV, El Ministerio Publico en el proceso penal, traducción de julio B.J. Maier y Fernando J. Córdoba. Buenos Aires.
- ❖ ROY FREYRE, Luis, *Derecho Penal Peruano P.E.*, T. I, II y III, Ed. I.P.G.P. 1976, 1986, 1996.VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Editorial Themis, Colombia 2002.
- ❖ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. 8ª Edición Septiembre 2004. p. 264.
- ❖ SALINAS SICHA, Ramiro, *Curso de derecho penal peruano p.e.*, Palestra Editores 1º Edi. 1998, Parte Especial II 1ª ed. 2000, Parte especial III 2002.
- ❖ SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Vol. I y II, Grijley, Lima, 1999.
- ❖ SAN MARTIN CASTRO, Cesar; “la privación cautelar de la libertad en el proceso penal peruano”, en: CDJP, N 3, Casación, Buenos Aires, 2003.
- ❖ SANCHEZ VELARDE, PABLO, "El Nuevo Proceso Penal" Editorial Moreno S.A. Primera Edición: Lima-Abril del 2009
- ❖ SANCHEZ VELARDE, Pablo; Comentarios al Código Procesal Penal, IDEMSA, Lima, 1994.
- ❖ SANCINETTI, Marcelo, en “prologo”, al Libro de Daniel Domínguez Henain, La Ley 24.390, Prisión preventiva, Santa Fe, 1996.
- ❖ TABOADA PILCO, Giampol. Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Reforma. Lima. 2009.
- ❖ TIZON, Alejandro; “La prisión preventiva. Su constitucionalidad. Aplicación como instrumento de la política criminal”, en: Primer

- Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, El sistema penal ante las exigencias del presente, Santa Fe, 2004.
- ❖ VAZQUEZ ROSSI, Derecho procesal penal, tomo II, Santa Fe, 1997
  - ❖ VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal – Parte General*, 2º Edición, San Marcos, Perú 2001.
  - ❖ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal P.E. «Delitos de homicidio»* Ed. Cios Editores Lima 1991.
  - ❖ VITALE, Gustavo; en Revista de Derecho Procesal Penal, Excarcelación, Santa Fe, 2005.
  - ❖ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “Derecho Humanos y sistemas penales en América Latina”, en: *Criminología crítica y control social*, N 1, El poder punitivo del Estado, Rosario, 2000.
  - ❖ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “Limites al poder coactivo del estado” en: AAVV, *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1999.
  - ❖ ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Derecho Penal – Parte General*, Ediar, Argentina 2002.

## **8.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

- ❖ Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ❖ Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.

## **8.2. INSTRUMENTOS NACIONALES**

- ❖ Constitución Política del Perú de 1993.
- ❖ Código de Procedimientos Penales de 1940.
- ❖ Código Procesal Penal de 1991.
- ❖ Código Procesal Penal de 2004.
- ❖ Ley N° 30076

## **ANEXOS**

PODER JUDICIAL DEL PERU  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
JUNIN

SEDE CENTRAL (Jr. Para del Riego 400)

01/09/2015 15:12:45

Pag 2 de 4



420151430362014052051501137026052

03/08

**NOTIFICACION N° 143036-2015-JR-PE**

EXPEDIENTE 05205-2014-26-1501-JR-PE-06 JUZGADO 4° JUZGADO PENAL LIQUIDADOR - SEDE CENTRAL  
JUEZ CASTRO ARROYO ANTONIO GUILLERMO ESPECIALISTA BLANCAS CHURAMPI JAIME HUGO

IMPUTADO : GONZLES PEREZ JANNEO JORGE \*DELITO:  
AGRAVIADO : EL ESTADO MINISTERIO DE SALUD.

DESTINATARIO GONZLES PEREZ JANNEO JORGE

N° Exp.Fiscal

DIRECCION LEGAL : JIRON LIMA N° 354- OF N° 704 EDIFICIO MURAKAMI - JUNIN / HUANCAYO / HUANCAYO

Se adjunta Resolución AUTO DE AMPLIACION DE PRISION PREVENTIVA de fecha 01/09/2015 a Fjs : 2

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

AUTO DE AMPLIACION DE PRISION PREVENTIVA

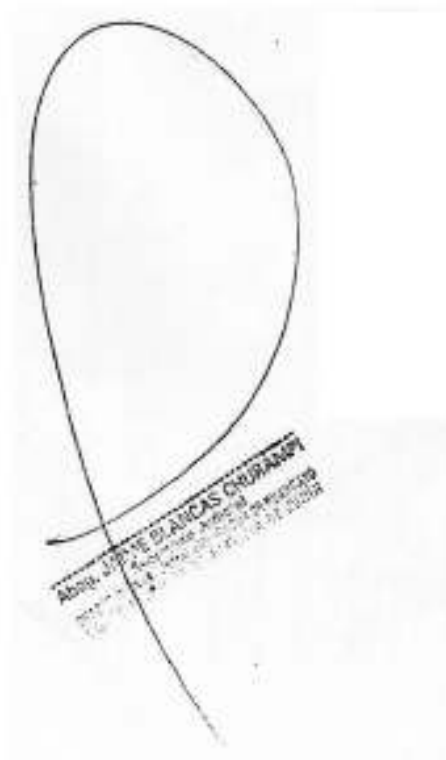
1 DE SETIEMBRE DE 2015

4º JUZGADO PENAL LIQUIDADOR - SEDE CENTRAL  
EXPEDIENTE : 05205-2014-26-1501-JR-PE-06  
JUEZ : CASTRO ARROYO ANTONIO GUILLERMO  
ESPECIALISTA : BLANCAS CHURAMPI JAIME HUGO  
MINISTERIO PUBLICO : SEGUNDA FISCALIA PROVINCIAL PENAL  
CORPORATIVA DE HUANCAYO ,  
IMPUTADO : GONZLES PEREZ, JANNEO JORGE  
DELITO : PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO  
ILÍCITO DE DROGAS.  
EDWIN CARLOS ROJAS, QUINTO  
DELITO : FORMAS AGRAVADAS DE TRÁFICO ILÍCITO DE  
DROGAS.  
AGRAVIADO : EL ESTADO MINISTERIO DE SALUD ,

Resolución Nro.  
Huancayo, primero de setiembre  
Del año dos mil quince.-

**AUTOS VISTOS y CONSIDERANDO:** Primero.- Que, el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, establece que es deber del Estado garantizar la seguridad de la Sociedad, siendo que inclusive los derechos en ella consagrados no son absolutos dado que su ejercicio puede ser regulado o restringido, entre ellos el derecho a la libertad permitiendo su restricción entre otros supuestos por lo que la ley establecer para permitir la prisión preventiva, por tanto no puede considerarse como inconstitucional ni que afecte la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y que legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado o su permanencia. Segundo.- Que, el artículo 137 del Código Procesal Penal (vigente) señala que, la Detención no durara más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento Especial...; Tercero.- Que, el presente proceso se viene tramitando en la vía Sumaria, teniendo como periodo máximo de detención para este tipo de procesos es de nueve meses. Cuarto.- Que, es de advertir que el plazo de detención contra el procesado Janneo Jorge González Perez está por vencerse, y en estricto cumplimiento del segundo párrafo del artículo 137º del código antes aludido, que dispone "(...), Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpaado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual, (...)", y con la finalidad de lograr los objetivos del proceso, debe disponerse la ampliación del plazo de detención por un plazo prudencial a partir de la fecha. Quinto.- Que, en ejercicio independiente de la función jurisdiccional, garantizado por el artículo 139 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, concordado con el artículo 186 inciso 1) del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por los fundamentos expuestos: **SE**

**RESUELVE:** AMPLIAR el periodo de prisión preventiva contra el procesado Jarneo Jorge Gonzales Perez, por un plazo de **NUEVE MESES (plazo igual)**, cuyo vencimiento ocurrirá el día tres de Junio del año dos mil quince. **NOTIFÍQUESE** a las partes con las formalidades de Ley.-



Abogado JUAN DE BLANCO CRUZADO  
Firma: JUAN DE BLANCO CRUZADO  
Firma: JUAN DE BLANCO CRUZADO  
Firma: JUAN DE BLANCO CRUZADO

PODER JUDICIAL DEL PERU  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
JUNIN

15/05/2015 21:46:04

Pag 5 de 10

SEDE CHUPACA (Jr. Grau 100 Edifio 5 de Enero)

29/05



420150099002013003761512447000201

**NOTIFICACION N° 9900-2015-JM-PE**

EXPEDIENTE 00376-2013-0-1512-JM-PE-01

JUZGADO JUZGADO MIXTO - Sede Chupaca

JUEZ LUQUE PINTO JORGE RENE

ESPECIALISTA YUPANQUI DE LA CRUZ JOSE ANTONIO

IMPUTADO MEZA MIRANDA JHON ANTONY \*DELITO:  
AGRAVIADO : DE LA SOCIEDAD

DESTINATARIO MEZA MIRANDA JHON ANTONY

DIRECCION LEGAL : JR. LIMA NRO. 354 OF. 704- EDIFICIO MURAKAMI- - JUNIN / HUANCAYO / HUANCAYO

Se adjunta Resolucion VEINTISIETE de fecha 15/05/2015 a Fjs: 5

ANEXANDO LO SIGUIENTE:  
RES N 27

*[Handwritten signature]*  
PODER JUDICIAL  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
JUNIN  
SEDE CHUPACA

15 DE MAYO DE 2015



JUZGADO MIXTO - Sede Chapaca  
 EXPEDIENTE : 00376-2013-0-1512-J01PE-01  
 JUEZ : LUCIO PINTO JORGE RENE  
 ESPECIALISTA : YUPANQUI DE LA CRUZ JOSE ANTONIO  
 MINISTERIO PUBLICO : MINISTERIO PUBLICO  
 SEGUNDA FISCALIA SUPERIOR PENAL  
 IMPUTADO : HUAMANI OGOSI RICARDO  
 DELITO : AGRUPACION ILICITA DESTINADA A COMETER DELITOS  
 DE GENOCIDIO, CONTRA LA SEGURIDAD Y TRANQUILIDAD PUBLICA, CONTRA  
 EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL O CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO  
 Y EL ORDEN CO

OSORES NINAHUANCA, JOSELITO ALAN  
 DELITO : AGRUPACION ILICITA DESTINADA A COMETER DELITOS  
 DE GENOCIDIO, CONTRA LA SEGURIDAD Y TRANQUILIDAD PUBLICA, CONTRA  
 EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL O CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO  
 Y EL ORDEN CO

POCOMUCHA AGUILAR, OLIVER JHON  
 DELITO : AGRUPACION ILICITA DESTINADA A COMETER DELITOS  
 DE GENOCIDIO, CONTRA LA SEGURIDAD Y TRANQUILIDAD PUBLICA, CONTRA  
 EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL O CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO  
 Y EL ORDEN CO

HUAMANI OGOSI, RICARDO  
 DELITO : ESTAFAS GENERICA

OSORES NINAHUANCA, JOSELITO ALAN  
 DELITO : ESTAFAS GENERICA

MEZA MIRANDA, JHON ANTONY  
 DELITO : ESTAFAS GENERICA

POCOMUCHA AGUILAR, OLIVER JHON  
 DELITO : ESTAFAS GENERICA

MEZA MIRANDA, JHON ANTONY  
 DELITO : AGRUPACION ILICITA DESTINADA A COMETER DELITOS  
 DE GENOCIDIO, CONTRA LA SEGURIDAD Y TRANQUILIDAD PUBLICA, CONTRA  
 EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL O CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO  
 Y EL ORDEN CO

DE LA SOCIEDAD  
 ESTRADA CAMARGO, MARINA

**RESOLUCION N° 27**  
 Chapaca, a quince de Mayo  
 Del dos mil quince.

**DADO CUENTA:** En la fecha por la recargada carga laboral; y, ATENDIENDO,  
 1.- Al oficio N° 1623-2015-SSP-CSJUJ-PJ de fecha 06 de mayo del año 2015,  
 Téngase por recibido los autos acusado al grado por el Superior Jerárquico,  
 CUMPLASE lo establecido en concordancia, SE DISPONE: 3) AMPARAR el finco  
 anónimo de instrucción HASTA POR SESENTA DIAS, en consecuencia LLEVESE  
 adelante las siguientes diligencias ordenadas por el Superior Jerárquico:

- a) RECABESE los Antecedentes Judiciales a nivel regional de los procesados,  
 para tal efecto CURSESE el oficio respectivo
- b) RECABESE la declaración testimonial de ALFREDO LLAMAJAFARFAN, el día  
 ONCE DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE A HORAS NUEVE DE LA  
 MAÑANA a llevarse a cabo en el Penal de Huancayo en la fecha y hora  
 señalada.

- c) LLEVESE a cabo la Audiencia de Confrontación entre el procesado Josefina  
 Alan Osores Ninahuanca con el procesado Jhon Anthony Meza, el día ONCE  
 DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE A HORAS NUEVE Y TREINTA DE  
 LA MAÑANA a llevarse a cabo en el Penal de Huancayo en la fecha y hora  
 señalada, conforme a lo dispuesto por el Superior Jerárquico (Véase a folios  
 258).
- d) CURSESE oficio ala SUNARP a fin de que informe a quien pertenece el  
 inmueble ubicado en el lote N° 0, Mz. "N" de la Urbanización Amelia Olaygue -  
 Anexo de Umúco; de igual forma, informe si existen bienes inmuebles  
 registrados a nombre de los procesados.
- e) RECABESE la declaración Instructiva del procesado OLIVER JHON  
 POCOMUCHA AGUILAR, dentro del quinto día de notificado con la presente  
 resolución, quien debe de estar acompañado de su abogado con la puerda  
 en su defecto abogado de oficio que se designara en ese mismo acto, con la  
 intervención del Fiscal representante del Ministerio Público.
- f) Llévese a cabo las demás diligencias a fin del esclarecimiento de los hechos  
 materia de denuncia.

**2.- Al escrito de fecha 07 de mayo del año 2015, presentado por Jhon Anthony Meza**  
**Miranda; AL PRINCIPAL.** Estando a la solicitud de resolver el pedido variación de  
 mandato de detención por la de comparecencia asociado mediante escrito de fecha  
 seis de febrero del año dos mil quince; y, **CONSIDERANDO:**

**Primero.-** Mediante escrito de fecha seis de febrero del año dos mil quince, el  
 imputado Jhon Anthony Meza Miranda, al amparo del artículo 139, inciso 3) de nuestra  
 Carta Magna, artículo 9° inciso 3) del pacto Intermunicipal de derechos Civiles y  
 Políticas y artículo 133° del Código Procesal Penal de 1991, solicita la variación del  
 mandato de detención a la medida de comparecencia simple o con restricciones a  
 favor del recurrente. En cuanto a los fundamentos de su solicitud de variación de  
 mandato menciona los siguientes:

1.1 Que, se ha establecido, y ha narrado como sucedieron los hechos en forma  
 precisa y coherente, manifestando de que los documentos que se le ha incautado  
 se los entregó su co procesado JOSELITO ALAN OSORES NINAHUANCA, quien  
 le manifestó que tiene un terreno y que le cuenta con una persona que lo pueda  
 apoyar para poder venderlo, manifestándole de que si lo ayudara ganaría el 20%  
 del total de la venta, es así que los documentos se los entregó a través de otro de  
 sus co procesados, manifestándole que el terreno pertenecía a su ex pareja.  
 situación por lo que le solicita que le presce su apoyo.

1.2 Refiere que su declaración efectuada, es una declaración basada en la verdad de  
 cómo ocurrieron los hechos, por lo que se puede concluir que ha sido engañado  
 por su co procesado JOSELITO ALAN OSORES NINAHUANCA, quien le manifestó  
 hacer labores y funciones ante los Registros Públicos desconociendo el estado de  
 los documentos actuado de buena fe. Refiere que, al observar que el poder que  
 le fue entregado se encontraba con errores ortográficos respecto de mi nombre  
 decidí acercarme a la notaría donde se había realizado dicho instrumento público  
 con el objetivo de que se hiciera un otorgamiento, circunstancia en las que ha delimitado, ya  
 que dicha escritura pública era falsa al no coincidir los sellos, firma y huellas de la  
 notaría que suscribió dicho poder.

1.3 Solicita que actúe de buena fe, ya que si hubiera conocido la ilicitud de dicho poder  
 definitivamente no hubiera recurrido a la notaría para darle legalidad o convalidar un  
 poder que ya no por sí era ilegítimo. Afirma que en el presente caso siempre ha  
 existido desconocimiento de las acciones efectuadas por sus co procesados,

hecho que determina que el inmueble no pertenece a la organización criminal con la cual se vincula.

1.4 Alega que, por el principio de rogación, no puede prorrogarse su detención, ya que la medida cautelar de Prisión Preventiva es a solicitud del Ministerio Público. Además que las diligencias solicitadas por el Ministerio Público en su denuncia y señalizaciones en el Auto Apertivo de instrucción ya se han llevado a cabo, no existiendo duración el trascurso del presente proceso otras diligencias, por lo que no se puede perjudicar u obstaculizar la actividad probatoria.

1.5 Alega que si existen graves ni fundados elementos de convicción como para vincularlo con la comisión del delito materia de acusación, pues a través de las diversas declaraciones y medios de prueba esenciales en este despacho se puede llegar a la conclusión que no actuó con dolo, y que su declaración en el presente proceso es consistente, persistente y en honor a la verdad. De igual modo, indica que al haber acusado sin dolo ya que acusa de buena fe en la creencia de que el favor solicitado por su co procesado era legal, se puede establecer de que sobre su persona no recaerá ninguna sanción ni pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.

1.6 Finalmente, refiere que su persona no podrá sufrir la acción de la justicia, en razón de que cuenta con arraigo familiar y cuenta con un domicilio conocido, y presenta los siguientes medios probatorios: a) Certificado Domicilio Notarial efectuado por su conviviente Fiorella Victoria Pérez; b) Declaración Jurada de domicilio, efectuada por su conviviente Fiorella Valencia Pérez; c) Constancia de estudios de su menor hijo; d) Acta de nacimiento de su menor hijo; e) Certificado de Trabajo

Segundo: Marco normativo relacionado al caso

2.1 El mandato de detención es una medida coercitiva de carácter personal, preventiva y excepcional, que dicta la autoridad judicial competente en forma de un mandado, en virtud de la cual se restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal. Este mandato está limitado a los presupuestos que la ley prevé, y está sujeta a la cláusula rebus sic stantibus, en tanto al cual puede ser modificado si los presupuestos materiales que dieron su origen han variado.

2.2 En ese sentido, el artículo 135 del Código Procesal Penal, modificado por Ley 27753, prescribe la procedencia de la variación del mandato de detención, precisando: "... el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando sobrevinieren actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida". De la lectura de dicho texto se tiene que el ordenamiento faculta al juzgador a modificar la situación jurídica en relación a la medida cautelar impuesta, cuando de la secuela del proceso se recaban nuevos elementos de prueba que cuestionan a aquellos que justificaron el dictado de la medida más grave. En tal sentido debe precisarse que para variar una medida coercitiva, no es suficiente la mera realización de nuevos actos de investigación, sino que éstos deben tener la calidad de corroborar la suficiencia probatoria que sirvió de sustento para dictar el mandato de detención, es decir cuestionar dichos elementos probatorios esenciales que sustentaron la motivación del acto sancionatorio con la comisión del delito, a propósito de pena y el peligro procesal, por lo que corresponde analizar si existen nuevos actos de investigación con dicha aptitud o no.

Tercero: Pronunciamiento sobre el pedido de variación de la medida de coerción:

3.1 Mediante auto de apertura de instrucción contenido en la resolución número uno de fecha veintidós de noviembre del año dos mil trece, se abrió proceso penal contra los imputados OLIVER JHON POCOMUCHA AGUILAR, JOSELITO ALAN CIJORES MIRAHUACA, JHON ANTONY MEZA MIRANDA y RICARDO HUAMANI DOCOL por el delito contra La Tranquilidad Pública en la modalidad de asociación ilícita para delinquir, en agravio de la sociedad, respecto a la medida de coerción procesal, se observa que el Ministerio Público solicitó prisión preventiva que fue tramitada en el cuaderno que se tiene a la vista en este acto.

3.2 En cuanto a los argumentos expresados en la resolución que declara fundado el pedido de prisión preventiva para el procesado JHON ANTONY MEZA MIRANDA, se observa que se analizó cada uno de los presupuestos materiales establecidos por los artículos 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal, habiéndose fundamentado en forma sintética los siguientes: "Que existen graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como presunto autor o partícipe del mismo. Observándose en el presente caso, de acuerdo a los elementos que sustentan la denuncia fiscal, como son las declaraciones de la notaria Verónica Díaz Rodríguez, la manifestación del procesado Jhon Antony MEZA MIRANDA, los documentos denominados parte notarial y primer testimonio que contiene el poder, la declaración jurada del primo Iván y el nombre de María Estrada Carrasco, la solicitud de publicidad registral presentada por Jhon Antony MEZA MIRANDA, el acta de verificación donde trabaja el denunciado Ricardo Huamani Ojeda, el acta de constatación y verificación de los ambientes que ocupa Justino Alan Osorio Minahuaca, el acta de reconocimiento del procesado presente a Justino Alan Osorio Minahuaca, el acta de acta de entrevista al interno Juan Alan Osorio Minahuaca, el acta de reconocimiento donde el denunciado Justino Alan Osorio Minahuaca reconoce el como denunciado Oliver Jhon Pocomucha Aguilar, el acta de entrevista del interno Alfredo Lamque Farfán, que son prácticamente los documentos ofrecidos por el Ministerio Público para acreditar la vinculación de los hechos denunciados, con el delito que se imputa al procesado junto con los demás procesados que no están presentes en esta subsección, si se analiza los argumentos verificados en esta audiencia por el procesado presente, este argumento básicamente que fue argüido que su proceder fue inocente, que si bien quería obtener un beneficio económico, eso fue implementado por el favor, pero que en ningún momento se vinculaba asociado a las otras acciones realizadas por los otros co-procesados, a criterio de este despacho ese proceder no resulta atípico, en relación a los hechos que dieron efectivamente a este delito, sino nosotros nos remontamos a los elementos de convicción anteriormente enunciados y que han sido invocados por el ministerio público, tenemos en primer lugar que existió aquí una coacción, no se hace una semana o dos, sino que esto se remonta hace dos o tres meses de acuerdo a lo que han expresado las partes en este acto, del mismo modo queda absolutamente cuestionable el hecho que, en el caso propuesto que se tiene no se ha realizado un trámite respecto a los dos documentos que fueron invocados al momento de la intersección, evidentemente estos documentos junto con los demás elementos probatorios, que han sido atacados al requerimiento de prisión preventiva y también a la formalización de la denuncia, se observa que cada uno de los presupuestos que sustentan la medida de coerción ya se han cumplido en una preparación y en el desarrollo por cada uno de los co-procesados en todo el caso fiscal, de donde se observó en una falsificación de un documento, y que se le quiere pretender señalar que este acto fue reciente y reservado, y que esto no resulta coherente con los otros actos señalados y con respecto a los demás co-procesados se está investigando su accionar, de donde se colige que existe elementos muy convincentes que conducen a concluir que los actos ilícitos se estuvieron realizando desde hace un buen tiempo (dos o tres meses), respecto al

argumento expresado por el procesado que este fue engañado, eso no se condice con su misma declaración debida al contacto que tuvo con uno de los co-procesados, hace dos o tres meses como nos indica anteriormente

Debe establecerse la pena probada por Jeros y que en esta caso eran cinco meses a cuatro años, cuatro a cinco años y cinco a seis años y que hipotéticamente inicialmente al no existir ninguna circunstancia agravante o agravante, nosotros deberíamos abarcar en el tercer mínimo, sin embargo esta circunstancia que permite abarcar en la pena legal de tres a seis años, y como se indicó anteriormente en el tercer mínimo de tres a cuatro años, queda totalmente desplazado por un hecho trascendente que también ha sido regulado en la ley, y se refiere en la existencia de causas de atenuación privilegiadas y las agravadas cualitativas, en este caso si bien el ministerio público no ha ofrecido una documentación que acredite fehacientemente las penas o sanciones que haya sufrido anteriormente el procesado, en la declaración efectuada a nivel preliminar el procesado ha señalado que este ha tenido una pena condenatoria por un delito de robo, que ha sido especificado y aclarado en esta audiencia y también ha señalado que la pena fue cumplida en el mes de marzo del año 2009, en esta situación que si bien no existen circunstancias atenuantes, privilegiadas por objetivo de la edad para reducir la pena por debajo del mínimo, la existencia de un hecho concreto es que el procesado si fue sentenciado y cumplió una pena y que esta pena la cumplió en el mes de marzo del año dos mil nueve, entonces nos encontramos en un supuesto de reincidencia, puesto que el procesado presenta luego de haber cumplido la pena en el año 2009, y al no haber pasado el plazo de cinco años, establecido por ley, y en progresos la pena probable evidentemente se va a ubicar por encima del máximo legal, de la pena prevista para este delito.

En relación al arraigo se ha señalado inicialmente que el procesado no acredita su arraigo, que no tiene un domicilio definido, que habiéndose informado errata al momento de su declaración, respecto a su situación laboral, situación en todo caso que el procesado a través de la defensa técnica, han presentado una documentación donde se acredita en forma meridiana la creación domiciliar y otros aspectos relativos a un certificado de trabajo y a una partida de nacimiento de su menor hijo, así como firma de las personas que conocen al procesado, situación que evidentemente no se considera acreditada en forma muy contundente o fehaciente la situación del arraigo respecto a la situación familiar y laboral, esta situación debe ser entendida de acuerdo a la misma situación urgente y la premura del tiempo, en este sentido se entiende que el arraigo es solo uno de los criterios para efectos de poder establecer si existe o no peligro de fuga en esta caso se considera que tiene un valor muy considerable, pero no absoluto respecto a la situación del arraigo, no sin antes también señalar la situación de las incongruencias respecto a la condición de trabajo, también constituye un aspecto relativo en relación a lo que ha pretendido argumentar la defensa técnica en esta sede, sin embargo existen otros criterios que también ha sido expresados por el ministerio público que también deben de ser considerados para efectos de poder determinar el aspecto relativo al arraigo, en lo que se refiere al momento de la declaración del procesado, se refirió que el procesado se encuentra en un momento de cambio absolutamente obvio el hecho de que el procesado es considerado como un reincidente, donde la pena se agrava notablemente en este sentido la gravedad de la pena, también constituye un criterio muy importante para efectos de establecer que el procesado pueda huir y que se pueda desvirtuar fuertemente de este proceso.

3.3 Debe considerarse que el delito de asociación ilícita para delinquir está descrito en el artículo 317 del Código Penal. Así queda claro que el indicado tipo penal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación - a través de sus notables esenciales, que le otorgan una sustantiva propia, de (a) Relativa organización, (b) permanencia o estabilidad, (c) Número mínimo de personas sin que se materialice sus planes delictivos.

En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad de encubrimiento delictivo, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometen - no se requiere llegar a la prescripción total de cada acción individual en tiempo y lugar -, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sujetos de hecho diferentes y, por tanto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

3.4 Si se analiza los argumentos expresados en el momento que se dictó resolución resolviendo la medida de coerción de prisión preventiva, se redujo en hechos conexos que se refieren a la acreditación de la intervención activa del procesado JHON ANTONY MEZA MIRANDA en los hechos materia de denuncia, en el sentido de que ambos tuvieron reuniones dentro del recinto penitenciario meses atrás, de la intervención del citado procesado, en circunstancias que se encuentran en la notaría Díaz Rodríguez, a la cual se apersonó a fin de corregir uno de sus nombres.

De igual modo, en la declaración preliminar del su co procesado JOSELITO ALAN OSORES MINAJUANCA que obra a fojas sesenta y seis y siguientes del incidente de prisión preventiva que se tiene a la vista, a la pregunta si conoce a la persona de Jhon Antony Meza Miranda, responde que "...que, no, pero lo conozco de vista porque tiene un hermano preso en el penal, en el pabellón "C" y en ningún momento he conversado con él..."; sin embargo, en su declaración preliminar del recurrente JHON ANTHONY MEZA MIRANDA, que obra de fojas treinta a fojas sesenta de autos, a la pregunta cuatro responde que "... mi persona no ha confeccionado ninguno de esos documentos, esos documentos me dio Josélio Alan Osores Minajuanca, hace dos meses atrás aprox. cuando fui a visitar a mi hermano que está en el pabellón C, con Josélio nos encontramos y conversamos en el restaurante que está ubicado en el pabellón B, ahí me explicó que tenía un terreno en el anexo de Umuila...", de igual modo, en su declaración instructiva de fojas ciento cuarenta y seis y siguientes, refiere que conoce a su co procesado Josélio Alan Osores Minajuanca, y que incluso jugaron fútbol en el penal, y que el documento materia de denuncia lo fue entregado por su co procesado Josélio, además refiere que le dio sus datos a su co procesado y que conversaron; asimismo a ello, en su misma declaración refiere que se entrevistó con el co procesado Josélio Alan Osores Minajuanca en varias oportunidades durante su estancia en el penal, en las que Josélio le entregó los documentos que se encuentran en el expediente.

Usa la ley de prisión "El que fuere parte de una asociación o de una agrupación delictiva o de una agrupación organizada para el cometimiento de un delito de la misma, con pena privativa de libertad o de multa o de prisión de seis años."

ACUERDO PENITENCIARIO 4-2009-1-116, 13 de octubre del 2009, dependiente Penal, Poder Judicial y del Ejecutivo José Luis Urquiza y Roberto César San Martín Castro - Miguel Pérez Araya, Amara Elías, 27 185-188

18.155. Acta de Tránsito del mismo boletín "Los Oficiales Nacionales Responde a la pregunta número tres de la sesión de debate"

recomente con el mismo<sup>4</sup>. Preclárase que las peticiones entre el recurrente y su abogado defensor se daban por un documento público que saldría del libro del expediente de Huancayo.

En este extremo, es menester precisar que, el delito de asociación ilícita para delinquir, es un delito autónomo e independiente de los delitos que a través de él se cometen. En ese sentido, su consumación se concretará desde el momento en que se busca una finalidad que era la delictiva desde su inicio y no en el transcurso del desenvolvimiento societario en el que consisten sus infracciones.

3.9 Por todo ello, a consideración de este Despacho, la declaración inactiva del recurrente John Antony Meza Miranda, así como la presentación de documentos como son: Certificado Conciliatorio Notarial efectuado por su conyugue Florencia Valencia Pérez; Declaración Jurada de domicilio, efectuada por su conyugue Florencia Valencia Pérez; Constancia de estudios de su menor hija; Acta de nacimiento de su menor hijo y Certificado de Trabajo en sí, no constituyen propiamente nuevos elementos probatorios que varíen sustancialmente los elementos de convicción analizados en el momento que se dictó prisión preventiva; asimismo, en cuanto al certificado de trabajo, incluso han sido valorados en la Audiencia de Prisión Preventiva, tanto más si existe constatación en su declaración prestar (puede referirse que se dedica al comercio y no a comercio -pequeño), por lo mismo no se puede acreditar ningún trabajo alguno; por otro lado, en cuanto a los certificados de nacimiento de los disidentes selecta y dos y disidentes selecta y tres, que en sí bien ha sido expedido por la Notaría Subito Segovia acreditando que el imputado convive con la persona de Valencita Pérez Florencia, pues, dicha dirección difiere de la consignada en su Documento Nacional de Identidad del procesado John Antony Meza Miranda que se tiene a la vista, de la cual surge que el imputado tiene como domicilio declarado en documento público (DNI) J. Alfonso Ugarte N° 216 - Barrio Suroeste - Huancayo, siendo este así, dicho documento no es suficiente para acreditar ningún familiar alguno; documentos que no constituyen propiamente un hecho nuevo de convicción para desvirtuar los hechos materia de denuncia y prisión preventiva.

3.6 Cabe precisar que, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional cuyo mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezca las razones objetivas que sirvieron para su dictado. En efecto, las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula, lo que significa que su permanencia o modificación a lo largo del proceso estará siempre subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, durante el estado socializado de los presupuestos hechos de los cuales la medida se adoptó, pueda esta ser revisada, criteria que guarda concordancia con la condición legal prevista en el último párrafo del artículo 130° del Código Procesal Penal<sup>5</sup>, lo cual no se da en el presente proceso, todo que, en cuanto a los hechos que sustentan el delito de Asociación Ilícita para delinquir, de acuerdo a los elementos de convicción que sustentan el delito, el recurrente no ha podido en condiciones de salud y que la prisión preventiva es la única medida exigida por ley, de igual modo, de las pruebas aportadas no se ha desvirtuado el prógno de fuga o reinstalación.

<sup>4</sup> F. J. V. F. Análisis del expediente de Fuga 17118 de años

<sup>5</sup> EXP. 000001-2018-PHC-P. Con. Jorge Pan Lugo.

3.7 En ese sentido, debe declararse la improcedencia del pedido de variación de la medida de coerción por la de comparecencia, teniéndose en cuenta en relación al primer presupuesto material relativo a que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión del delito que vincula al imputado como presunto autor o partícipe del mismo, y respecto al segundo presupuesto no se prescindió ningún hecho o elemento probatorio específico que pruebe una variación de este presupuesto cuando se dictó inicialmente la prisión preventiva.

Por estos fundamentos:

**SE RESUELVE:**

Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de variación de la medida de coerción de detención o prisión preventiva por la de comparecencia, formulado por el imputado John Antony Meza Miranda, mediante escrito de fecha siete de mayo del año dos mil quince y seis de febrero del mismo año respectivamente.

3.- Al escrito de fecha 08 de mayo del año 2015, presentado por José Luis Alan Osorio Nishuana: AL PRINCIPAL. Téngase por apensado al proceso y por señalado su domicilio procesal, sito en el establecimiento Penitenciario de Huancayo, mediante escrito de fecha siete de mayo del año dos mil quince. Anticipada solicitada por el procesado José Luis Alan Osorio Nishuana, en la cual se acoge y solicita la terminación anticipada del proceso, y CONSIDERANDO: Primeramente, el artículo 468 del Código Procesal Penal dispone que: "Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas: 1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la investigación preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 376 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de Terminación Anticipada de carácter privada. (...) Segundo.- Que el procesado JOSÉ LUIS ALAN OSORIO NISHUANA, mediante escrito de fecha ocho de mayo del año dos mil quince, solicita acogerse a la terminación anticipada, siendo ello así, y en aplicación a lo dispuesto por el artículo 468° y siguientes del Nuevo Código Procesal Penal. SE RESUELVE: 1.- FORMESE el cuaderno de Terminación Anticipada. 2.- PONGASE a conocimiento de las partes procesales por el letrado de CINCO DIAS el presente cuaderno de terminación anticipada. 3.- AUTORÍQUESE al procesado, su abogado defensor y Representante del Ministerio Público sostener reuniones preparatorias. 4.- NOTIFIQUESE al procesado a fin de que impida el trámite del presente cuaderno de terminación anticipada, dentro de los plazos establecidos por Ley y dentro del periodo de investigación, bajo apercibimiento de dar por concluido el mismo en caso de incumplimiento. 5.- REMITASE el presente cuaderno al Representante del Ministerio Público a fin de que emita su pronunciamiento conforme a sus atribuciones.

4.- Siendo que las ordenes de requeridas del procesado OLIVER JHON POCOMUCHA AGUILAR han caducado en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 37° del Código de Procedimientos Penales DÉJENSE las ordenes de detención contra el procesado OLIVER JHON POCOMUCHA AGUILAR, en consecuencia del estado de salud.

**5.- Al estado del proceso, y CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Como es de verse de la revisión de los antecedentes y de los antecedentes, con fecha veintidós de noviembre del año dos mil trece, se apartó la instrucción contra JHON ANTONY MEZA MIRANDA y Otros, por el delito contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir en agravio de la sociedad; declárese contra el procesado mandato de detención (Prisión Preventiva), el mismo

que en un principio se dio por nueve meses, para luego, mediante resolución número once de fecha veintidós de agosto del año dos mil novecientos noventa y nueve meses más.

**SEGUNDO:** Del mismo modo, es el presente proceso que se ha venido tramitando por esta Audiencia se han cumplido con los plazos procesales, es así que, se ha llevado a cabo las diligencias solicitadas por el Ministerio Público como son instructivas, por lo que en la actualidad ha sido devuelto por el superior jerárquico con Auto Ampliatorio, en el cual se levan a cabo diferentes diligencias para el esclarecimiento de los hechos.

**TERCERO:** En este estado, es privatorio manifestar que, el artículo 137° del Código Procesal Penal establece: "La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario (proceso sumario); y, de dieciocho meses en el procedimiento especial (proceso ordinario); siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135° del Código Procesal Penal (...). Por otro lado, cabe precisar que, cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpaado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual (...). El juez deberá poner en conocimiento de la Sala (...), como la prolongación de la detención..."

**CUARTO:** Que, como es de verse de la revisión de autos, la presente instrucción versa sobre el delito Contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir, el mismo que ingresa como un delito autónomo e independiente de los delitos que a través de él se cometen. Y estando a que se ha acreditado que el recurrente a manifestado que ha mantenido conversaciones previas a la emisión del documento materia de denuncia, y que esta iba a salir del penal de Huancayo, hacen que el presente proceso tenga cierto grado de complejidad, ya que lo que se va a dilucidar son los diferentes roles de cada procesado dentro en la presente instrucción, sumado a ello, se debe tener presente que, en principio, mediante resolución número diecisiete de fecha nueve de enero del año dos mil quince, se amplió instrucción contra todos los procesados por el delito de Estafa, además, el Superior Jerárquico a solicitado se lleven ciertas diligencias a fin de esclarecer los hechos materia de denuncia, entre ellas la confrontación contra su co procesado Josélio Alan Osoreo Minahuanca, es por ello que la presente instrucción importa una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación dado que lo se va a dilucidar es sobre la responsabilidad del procesado (prose) en el ilícito penal del cual ha sido denunciado como es sobre el delito de Asociación Ilícita para delinquir, y, que dada la pena impuesta en esta clase de delitos, se corre el riesgo de que el inculpaado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, situación que no sólo se limita a afrontar una pena severa como se dijo precedentemente, sino también, se debe tener presente la predisposición del procesado en la presente instrucción, así como la conducta de su co procesado Josélio Alan Osoreo Minahuanca, quien en un principio refirió que no lo conocía y más adelante sólo, habiéndolo conocido en un momento de poca presencia dentro y estando dentro, aludiendo, las mismas razones, que en el año dos mil noventa y nueve, las conversaciones vía telefónica para promover la entrega de dicho documento, toda ello, y el contenido de su solicitud de variación de mandato, el mismo que se dio a la vista, mediante el cual concierne a manifestar que fue asegurado por su co procesado Josélio Alan Osoreo Minahuanca, sin pronunciarse sobre el porque de las conversaciones previas, dentro del penal y por vía telefónica con su co procesado; todo ello, no hacen más que advertir que el procesado tenía la desvirtuar su autono en el citado ilícito penal por lo que se lo instruye,

por ende, busca ser excarcelado, por lo que teniendo en cuenta la conducta del procesado, en un supuesto caso de excarcelamiento, se ha de correr el riesgo de que pueda perturbar y obstaculizar la presente investigación como se dijo precedentemente, motivo adicional por el cual debe procederse con la prolongación de la detención, tanto más si el superior ha ordenado que se lleve a cabo diligencias de suma importancia como son la confrontación entre Josélio Alan Osoreo Minahuanca y Jhon Antony Meza Miranda.

**QUINTO:** Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los presupuestos bajo los cuales se dicta en su momento mandato de detención contra el inculpaado, no han sido enervados en forma alguna, por lo que aún concurren los tres requisitos que exige el artículo 135° del Código Procesal Penal; pues debe tenerse en cuenta, que aparte de existir elementos de prueba suficientes que vinculan al imputado como autor del ilícito en examen, el mismo que reviste gravedad; también percíble el peligro procesal, entendido éste no solamente como la probabilidad de fuga del procesado, sino también como la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria, además que por la forma y circunstancias en que se habrían producido los hechos, la pena a imponerse en caso de hallarse responsable, definitivamente sería mayor a cuatro años de pena privativa de libertad, concurrendo los tres requisitos en forma copulativa para ordenar la detención y estando a lo anotado es necesario disponer la prolongación de la detención por un plazo prudencial.

Por tales consideraciones y dispositivos legales invocados; el señor Juez del Juzgado Mixto de Chupaca SE RESUELVE:

**DISPONER la PROLONGACIÓN de la detención del procesado JHON ANTONY MEZA MIRANDA, por el plazo de NUEVE MESES, en el proceso que se le sigue por el delito contra la Tranquilidad Pública en su modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir en agravio de la Sociedad. PONGASE en conocimiento de la Superior Sala de la presente resolución con la debida nota de atención. Se AVOCA al conocimiento de la presente causa la señora jueza que suscribe por licencia del titular. HÁGASE SABER.-**

cargos en el Código de Procedimientos Penales de 1940, con el objeto simplificar los trámites efectuados por dichos operadores al momento de formalizar la denuncia penal y su calificación, garantizándose una respuesta oportuna del Estado frente al delito, y concentrando a su vez, sus esfuerzos en aquellas causas que impliquen mayor gravedad y complejidad;

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la Ley N° 30336 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,  
Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;  
Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA MEDIDAS  
PARA DOTAR DE EFICACIA A LOS PROCESOS  
PENALES TRAMITADOS BAJO EL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940 Y EL  
DECRETO LEGISLATIVO N° 124**

**Artículo 1.- Objeto**

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar el Código de Procedimientos Penales de 1940, aprobado mediante Ley N° 9024; el Decreto Legislativo N° 124, que implementa el Proceso Penal Sumario; y adelantar la vigencia de algunos artículos del Código Procesal Penal del 2004, aprobado por Decreto Legislativo 957, en todo el territorio peruano.

**Artículo 2.- Finalidad**

El presente Decreto Legislativo tiene por finalidad brindar a los operadores del Sistema de Justicia Penal, mecanismos procesales que les permita una rápida y oportuna respuesta frente al delito, dotando eficacia a los procesos penales ordinarios y sumarios, tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940 y Decreto Legislativo N° 124, respectivamente, optimizando a la vez los recursos del Estado.

**Artículo 3.- Modificación de los artículos 49, 72, 77, 202 y 204 del Código de Procedimientos Penales de 1940:**

Modifícanse los artículos 49, 72, 77, 202 y 204 del Código de Procedimientos Penales de 1940, bajo los siguientes términos:

**"Artículo 49.- Facultad de dirección y control del juez**

El Juez Penal es el director de la instrucción. Le corresponde como tal la iniciativa en la organización y desarrollo de ella. Asimismo, le corresponde garantizar el cumplimiento de los plazos legales de la investigación preliminar y la instrucción. Su inobservancia acarrea responsabilidad disciplinaria".

**"Artículo 72.- Objeto de la instrucción**

1. La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización.
2. Durante la instrucción el Juez actuará las diligencias que sean propuestas por las partes, siempre que resulten pertinentes, conducentes y útiles, dentro de los límites de la Ley.
3. Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento. En este caso, no podrán repetirse una vez emitido el auto de apertura de instrucción, salvo que su ampliación resultare indispensable, debido a un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos probatorios."

**"Artículo 77.- Audiencia de presentación de cargos**

1. Emitida la formalización de la denuncia penal, el representante del Ministerio Público deberá

**DECRETO LEGISLATIVO  
N° 1206**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley N° 30336, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de Legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, por el término de (90) días calendario;

Que, en este sentido, el literal a) del artículo 2 del acotado dispositivo legal, establece la facultad de legislar para fortalecer la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, en especial para combatir el sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera;

Que, en el marco de la lucha contra la delincuencia común y a fin de dotar de herramientas procesales que brinden mayor eficiencia y eficacia a los actos de investigación del fiscal y el juez instructor en los procesos penales sumarios y ordinarios, mediante el presente dispositivo, se considera pertinente incorporar la audiencia de presentación de

- notificar dicha resolución a las partes; y solicitará por escrito al Juez Penal que fije fecha y hora para la audiencia de presentación de cargos, indicando el delito imputado y los datos de identificación de las partes con fines de notificación.
2. La audiencia de presentación de cargos es inaplazable. Se instalará con la presencia del Fiscal y el defensor del imputado, pudiendo participar los defensores de las demás partes. El imputado que no contare con defensor privado será asistido por un defensor público.
  3. Recibida la solicitud del representante del Ministerio Público, el Juez deberá fijar la audiencia en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles. Para la notificación de los sujetos procesales se empleará el medio alternativo más célere e idóneo. En los casos en que el imputado se encuentre en detención la audiencia se realizará dentro de las 48 horas.
  4. Instalada la audiencia, el Juez concederá el uso de la palabra al representante del Ministerio Público a fin que sustente su denuncia, explicando los hechos, la calificación legal y los actos de investigación actuados que justifiquen la apertura de instrucción.
  5. Acto seguido, se escuchará al defensor del imputado quien podrá ejercer contradicción a lo alegado por el Fiscal y solicitar auto de no ha lugar conforme a lo previsto en el artículo 77-A. Si está presente el defensor del agraviado, podrá solicitar su constitución en parte civil conforme a lo previsto en los artículos 55 y 57, seguidamente se escuchará al tercero civil. El Juez podrá formular las preguntas o aclaraciones pertinentes y, finalmente escuchará al imputado.
  6. El Juez resolverá oralmente en audiencia la procedencia de la apertura de la instrucción, para ello, realizará un control de legalidad de la imputación formulada y determinará si existen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.
  7. Emitido el auto de apertura de instrucción, el Juez instará a los sujetos procesales a que:
    - a) Acuerden los hechos que aceptan y que dará por acreditados, obviando su investigación.
    - b) Propongan acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados.

Los acuerdos de los sujetos procesales vincularán al Juez.
  8. Acto seguido, el Juez solicitará al representante del Ministerio Público, así como al defensor del imputado y del agraviado, postulen los actos de investigación que acrediten su pretensión, debiendo indicar la necesidad de los mismos. Sólo se ordenarán los actos pertinentes, conducentes y útiles conforme al objeto del proceso.
  9. Atendiendo a los actos de investigación ordenados en la instrucción, el Juez Penal fijará el plazo de la misma, aplicando el principio de razonabilidad. En un plazo no mayor a tres (3) días hábiles de realizada la audiencia, el Juez notificará a los sujetos procesales insistentes de las diligencias programadas.
  10. La audiencia concluye con la emisión del auto de apertura de instrucción, el cual es inimpugnable, salvo en el extremo que resuelve los actos de investigación postulados por las partes e impone la medida coercitiva. La apelación es sin efecto suspensivo. En estos casos, el juez elevará en el día el cuaderno a la Sala Superior, la que fijará audiencia en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad. La audiencia es inaplazable y se instalará con quienes asistan. Habiendo escuchado a las partes la Sala Superior resolverá por escrito en un plazo de 48 horas.
  11. En los casos que el representante del Ministerio Público requiera la prisión preventiva del imputado, dicho requerimiento se discutirá en la misma

audiencia, una vez fijados los actos de investigación y el plazo de la instrucción.

12. En los casos de investigaciones complejas el Juez a fin de emitir la resolución, podrá suspender la audiencia hasta por 48 horas.

**"Artículo 202.- Plazo de la instrucción, complejidad y control de plazo**

1. El plazo de la instrucción podrá durar hasta ciento veinte (120) días naturales, salvo distinta disposición de la ley.
2. Sólo por causas justificadas y motivadas, dictando la resolución respectiva, el juez podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales, para tal efecto, el juez formará el cuaderno con las piezas procesales pertinentes y lo elevará en el término de las 24 horas a la Sala Superior Penal, para que apruebe o desaprovebe dentro del tercer día hábil la disposición de prórroga.
3. En caso la Sala Penal Superior desaprovebe la prórroga, deberá ordenar al Juez Penal que ponga fin a la instrucción. Si la aprueba, dispondrá la continuación de la instrucción, pudiendo fijar un plazo distinto de prórroga, siempre dentro del periodo establecido en el párrafo anterior. Si no se hubiese cumplido con el objeto de la instrucción debido a la frustración de las diligencias programadas o a dilaciones indebidas atribuibles al órgano jurisdiccional, la Sala podrá aprobar la prórroga hasta por un máximo de sesenta (60) días naturales, debiendo remitir copias al órgano de control, si fuere el caso.
4. Tratándose de procesos complejos, el plazo de instrucción es de ocho (8) meses, pudiendo ser prorrogada, por única vez, hasta por cuatro (4) meses más, siempre y cuando la Sala Superior Penal la apruebe, bajo el trámite señalado en los párrafos anteriores. La complejidad podrá ser declarada de oficio por el juez penal en la audiencia de presentación de cargos de imputación o mediante auto hasta antes de vencerse el plazo ordinario de la instrucción.
5. La resolución que declara complejo el proceso penal es susceptible de apelación, sin efecto suspensivo. La Sala resolverá dentro del quinto día hábil de recibido el cuaderno respectivo.
6. Corresponde al juez emitir la resolución que declara complejo el proceso, cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados y agraviados; d) demandan la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.
7. En los casos anteriores, la Sala resolverá sin vista fiscal.

**"Artículo 204.- Disposición del expediente**

El Juez dará por concluida la instrucción, y pondrá el expediente a disposición de los interesados por el término de tres (3) días hábiles. La notificación se hará en el domicilio procesal señalado por las partes. Vencido dicho plazo, sin más trámite remitirá el expediente a la Sala Penal Superior".

**Artículo 4.- Incorporación de los artículos 77-A, 77-B, 121-A y 285-B al Código de Procedimientos Penales de 1940:**

Incorpóranse los artículos 77-A, 77-B, 121-A y 285-B al Código de Procedimientos Penales de 1940:

**"Artículo 77-A.- Causales de No Ha Lugar a la apertura de instrucción**

1. El Juez expedirá un auto de No Ha lugar, cuando se presenten los siguientes supuestos:
  - a. El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado.

- b. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.
  - c. La acción penal se ha extinguido.
  - d. No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya indicios mínimos que vinculen al imputado con el hecho delictivo.
2. Contra esta resolución procede recurso de apelación del Fiscal y el agraviado. El juez elevará en el día el cuaderno a la Sala Penal, quien fijará la audiencia en cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad, la misma que se realizará con quienes concurren. Escuchadas las partes la Sala resolverá en el plazo de 72 horas."

**"Artículo 77-B.- Aplicación de la terminación anticipada**

1. En los casos que el Juez imponga prisión preventiva al imputado, previo a discutir el plazo de duración de la medida en la audiencia, deberá instar a los sujetos procesales que arriben a un acuerdo de terminación anticipada, en cuyo caso, por única vez, el imputado recibirá un beneficio de reducción de la pena de un sexto. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión, en tanto ésta sea útil y anterior a la celebración del proceso especial.
2. La acumulación no procede cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso sólo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.
3. La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella".

**"Artículo 121-A: Contumacia y ausencia**

1. Corresponde al Fiscal durante la investigación preliminar identificar el domicilio real del imputado. El Juez sólo podrá abrir instrucción, cuando en la formalización de denuncia se haya cumplido con constatar el domicilio real del imputado.
2. Durante la instrucción, el Juez declarará contumaz al imputado cuando: a) de lo actuado se evidencie que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y, d) se ausente, sin autorización, del lugar de su residencia o del asignado para residir.
3. El Juez, declarará ausente al imputado cuando se ignore su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso.
4. El auto que declara la contumacia o ausencia ordenará la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre defensor público o al propuesto por un familiar suyo. El abogado intervendrá en todas las diligencias y podrá hacer uso de todos los medios de defensa que la Ley reconozca.
5. La declaración de contumacia o ausencia no suspende la instrucción. Esta declaración no altera el curso del proceso con respecto a los demás imputados.
6. Con la presentación del contumaz o ausente, cesa dicha condición, debiendo dejarse sin efecto el mandato de conducción compulsiva, así como todas las comunicaciones que se hubieran cursado con tal objeto".

**"Artículo 285-B.- Lectura de sentencia**

1. La citación para la lectura de sentencia condenatoria deberá consignar en forma expresa, clara y precisa que el acto es público e inaplazable y que se llevará a cabo con los que concurren al mismo, así como el apercibimiento de designarse defensor público en caso de inasistencia del

abogado defensor elegido por el acusado. La sentencia será leída ante quienes comparezcan.

2. En los procesos sumarios, la citación se realizará en el último domicilio procesal señalado por las partes en el proceso. Asimismo, al acusado se le citará en su domicilio real señalado en el proceso. En los procesos ordinarios, la citación se realizará a los sujetos procesales concurrentes a la última sesión de audiencia en que se declaró cerrado el debate.
3. La condición jurídica del contumaz no impedirá la citación al acto de lectura de sentencia condenatoria, siempre que el proceso se encuentre expedito para sentenciar.
4. En los procesos sumarios, la sentencia absolutoria solamente se notificará a las partes en sus respectivos domicilios procesales, en el caso del imputado también se le notificará en el domicilio real. En el caso de los procesos ordinarios la sentencia será leída en acto público con quienes concurren".

**Artículo 5.- Modificar los artículos 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo N° 124.-**

Modifícanse los artículos 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo N° 124, en los siguientes términos:

**"Artículo 3.-** La instrucción se sujetará a las reglas establecidas para el procedimiento ordinario, siendo su plazo de noventa (90) días naturales. Sólo podrá prorrogarse por causas justificadas hasta por un máximo de sesenta (60) días naturales, a petición del Fiscal Provincial o cuando el Juez lo dicte de oficio".

**"Artículo 4.-** Concluida la etapa de instrucción, el Fiscal Provincial emitirá el pronunciamiento de ley, sin ningún trámite previo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes".

**"Artículo 5.-** Con el pronunciamiento del Fiscal Provincial, los autos se pondrán de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el término de cinco (5) días hábiles, plazo para que los abogados defensores presenten los informes escritos que correspondan. Vencido el plazo señalado, el Juez, sin más trámite, deberá pronunciar la resolución que corresponda en el término de diez (10) días hábiles".

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**PRIMERA.- Vigencia**

El presente Decreto Legislativo entra en vigencia a los sesenta (60) días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

**SEGUNDA.- Adelantamiento de la vigencia de artículos del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957**

Adelántase la vigencia de los artículos 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285 y 334 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, en todo el territorio peruano.

**TERCERA.- Interpretación**

Cuando los artículos 272 a 285 y 334 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, hagan referencia a los términos "investigación preparatoria", "expediente fiscal", "prisión preventiva", "juez de la investigación preparatoria" y "sala penal", se debe interpretar que dichos términos hacen referencia, respectivamente, a "Instrucción", "expediente fiscal", "mandato de detención", "juez penal" y "sala penal". Esta disposición rige en los distritos judiciales en los que el Código Procesal Penal no ha entrado en vigencia.

**CUARTA.- Financiamiento**

La implementación de las medidas a que se refiere la presente norma se financia con cargo al presupuesto de cada una de las instituciones señaladas en el presente Decreto Legislativo, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público y conforme a las disposiciones legales.

**QUINTA.- Alcances**

El presente Decreto Legislativo se aplica a los procesos sumario y ordinario tramitados bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 124 y Código de Procedimientos Penales de 1940, respectivamente.



**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS  
TRANSITORIAS****PRIMERA.- Adecuación de investigaciones en giro**

Las investigaciones preliminares que al entrar en vigencia el presente Decreto Legislativo, se encuentren con el plazo procesal vencido, deberán darse por concluidas, siempre y cuando haya cumplido con el objeto de dicha etapa, caso contrario, por única vez, el Fiscal fijará plazo ampliatorio de conformidad con el inciso 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal, el cual se encontrará sujeto a control de plazo.

**SEGUNDA.- Adecuación de instrucciones en giro**

Las instrucciones que al entrar en vigencia el presente Decreto Legislativo, se encuentren con el plazo legal ampliatorio vencido, se deberán dar por concluidas. Los demás procedimientos se ajustarán a las nuevas disposiciones establecidas en la presente norma.

**TERCERA.- Cumplimiento**

La Presidencia del Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación y el Ministerio del Interior, deberán adoptar las acciones pertinentes a fin de dar cumplimiento a las disposiciones del presente Decreto.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS  
DEROGATORIAS****PRIMERA.- Derogación de artículos del Código de Procedimientos Penales de 1940**

Deróganse los artículos 197, 198, 199, 203 del Código de Procedimientos Penales de 1940.

**SEGUNDA.- Derogación de artículo del Decreto Legislativo N° 124 que regula el Proceso Penal Sumario**

Derógase el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 124, que regula el Proceso Penal Sumario.

**TERCERA.- Derogación de las normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.**

Deróganse las normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

**POR TANTO:**

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de setiembre del año dos mil quince.

OLLANTA HUMALA TASSO  
Presidente de la República

PEDRO CATERIANO BELLIDO  
Presidente del Consejo de Ministros

GUSTAVO ADRIANZÉN OLAYA  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

1290959-6



MEMO

Ministerio del Interior

Caracterización General de la Ley

Dirección Nacional de Gestión Institucional

Dirección Técnica de Asesoría Jurídica



MEMO

Ministerio del Interior

Servicio Social al Povo

Dirección Nacional de Gestión Institucional

Dirección Ejecutiva de Asesoría Jurídica

'Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación'

# Decreto Legislativo que regula medidas para dotar de eficacia a los procesos penales tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Decreto Legislativo N° 124

## Decreto Legislativo N° 124

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA  
POR CUANTO

Que, en virtud de la Ley N° 8238, Ley que otorga en el Poder Ejecutivo facultades de legislar en materia de organizaciones, funciones y estructura de la fiscalía y el control de la actividad de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, a la Junta Consultiva de Asesoría Jurídica y el Poder Ejecutivo, por el término de (90) días prorrogable;

Que, en virtud de la Ley N° 8238, Ley que otorga en el Poder Ejecutivo facultades de legislar en materia de organizaciones, funciones y estructura de la fiscalía y el control de la actividad de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, a la Junta Consultiva de Asesoría Jurídica y el Poder Ejecutivo, por el término de (90) días prorrogable;

Que, en el marco de la lucha contra la delincuencia común y la delincuencia de herramientas armadas que brinda mayor eficacia y eficiencia al trabajo de investigación del fiscal y el juez involucrar en los procesos penales unidades y servicios, mediante el presente decreto, se crea una unidad de trabajo en el ámbito de la administración de justicia en el Código de Procedimientos Penales de 1940, con el objeto de agilizar los trámites involucrados por dichos operadores al momento de formalizar la denuncia penal y su calificación, garantizando una respuesta oportuna del Estado frente al delito, y consecuentemente a su vez, sus esfuerzos en aquellas causas que impliquen mayor gravedad y complejidad;

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la Ley N° 30235 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

'Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación'

# DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA MEDIDAS PARA DOTAR DE EFICACIA A LOS PROCESOS PENALES TRAMITADOS BAJO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940 Y EL DECRETO LEGISLATIVO N° 124

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar el Código de Procedimientos Penales de 1940, aprobado mediante Ley N° 9024, el Decreto Legislativo N° 124, que instituyó el Proceso Penal Sumario, y solucionar la vulneración de derechos actuados en el Código Procesal Penal de 2004, aprobado por Decreto Legislativo 937, en todo el territorio peruano.

Artículo 2.- Finalidad

El presente Decreto Legislativo tiene por finalidad brindar a los operadores del Sistema de Justicia Penal, mecanismos procesales que les permita una rápida y oportuna respuesta frente al delito, dotando de eficacia a los procesos penales ordinarios y sumarios, tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940 y Decreto Legislativo N° 124, respectivamente, adelantando a la vez los recursos del Estado.

Artículo 3.- Modificación de los artículos 49, 74, 77, 202 y 204 del Código de Procedimientos Penales de 1940

Modifícanse los artículos 49, 74, 77, 202 y 204 del Código de Procedimientos Penales de 1940, bajo los siguientes términos:

Artículo 49.- Facultad de dirección y control del juez

El Juez Penal es el director de la instrucción. La competencia recae tal la iniciativa en la investigación y desarrollo de ella. Asimismo, le corresponde garantizar el cumplimiento de los plazos legales en la investigación preliminar y la instrucción. Su responsabilidad recae en la responsabilidad disciplinaria.

Artículo 74.- Objeto de la instrucción

1. La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la imputación del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de los móviles, establecer la directa participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización.

2. Durante la instrucción el Juez actuará las diligencias que sean requeridas por las partes, siempre que resulten pertinentes, conducentes y otras, dentro de los límites de la Ley.

3. Las diligencias solicitadas en el etapa preliminar por la instrucción del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueron cuestionadas, motivadas ni valoradas por el juez penal, no serán válidas. En este caso no podrán repetirse una vez iniciado el acto de apertura de instrucción, salvo que su ejecución resultare indispensable, debido a un grave defecto en su ejecución o que inicialmente obla completamente como consecuencia de la incorporación de nuevas elementos probatorios. (\*)

(\*) Confrontar con el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1286, publicado el 27 septiembre 2015

Artículo 77.- Ausencia de presentación de compare



**"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"**

1. En caso de formalización de la denuncia penal, el representante del Ministerio Público deberá notificar dicha resolución a los padres, y solicitar por escrito al Juez Penal que se inicie y corra para la apertura de presentación de cargos. Inscribirse el delito imputado y los datos de identificación de las partes con fines de notificación.

2. La audiencia de presentación de cargos es inaplazable. Se realizará con la presencia del Fiscal y el defensor del imputado, pudiendo participar los defensores de los demás partes. El imputado que no comparea con defensor privado será asistido por un defensor público.

3. Resolvida la solicitud del representante del Ministerio Público, el Juez deberá fijar la audiencia en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles. Para la notificación de las partes, el proceso se enjuicia en el medio telemático más cómodo y rápido. En los casos en que el imputado se encuentre en detención la audiencia se realizará dentro de los 48 horas.

4. Instada la audiencia, el Juez considerará de uso de la persona el representante del Ministerio Público si su abogado se denuncia, evaluando los hechos, la calificación legal y los actos de investigación actuados que justifican la apertura de instrucción.

5. Acto seguido, se encarecerá al defensor del imputado quien podrá ejercer contradicción a lo alegado por el Fiscal y solicitar al día de no haber comparecido o lo contrario al artículo 77-A. Si está presente el defensor del acusado, podrá solicitar su comparencia en todo caso conforme lo previsto en los artículos 35 y 37, igualmente se encarecerá al defensor con el Juez para formular un proyecto o sugerencias penales y, finalmente, elevará el expediente.

6. El Juez resolverá después de audiencia la procedencia de la apertura de la instrucción, pero si, realizada un control de legalidad de la imputación formulada y determinados los indicios suficientes y elementos de juicio razonables de la existencia de un delito, que se haya individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no haya prescrito o se concuerda una causa de extinción de la acción penal.

7. En caso de auto de apertura de instrucción, el Juez notará a los sujetos propuestos a que, al comparecer los hechos que se imputan y que dan por acreditado, comparezcan su investigación.

8) Propongan al menos tres (3) miembros del jurado que serán sucesivos para que determinen hechos no controvertidos.

Los acuerdos de los sujetos procesales recaerán en el Juez.

9. Acto seguido, el Juez solicitará al representante del Ministerio Público, así como al defensor del imputado y del agravado, proponer la sede de investigación que atiendan su pretensión, debiendo indicar la necesidad de los mismos. Solo se ordenarán las actas penales, conculatorias y otras conforme al objeto del proceso.

10. Atendida a los actos de investigación ordenados en la instrucción, el Juez Penal fijará el plazo de la misma, aplicando el principio de oportunidad. En un plazo no mayor a tres (3) días hábiles de realizada la audiencia, el Juez notificará a los sujetos procesales insistentes de las diligencias programadas.

11. La audiencia concluye con la emisión del auto de apertura de instrucción, el cual es irrevocable, salvo en el ordeno que resuelve la acta de investigación pedida por las partes e impone medida cautelar. La apertura es un acto susceptible, en esos casos, al ser otorgado en el día o cuarenta y 8 (48) horas siguientes a la fecha de audiencia en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad. La audiencia es registrable y se



instalará con quienes asistir, habiendo concitado a las partes la Sala Superior resolvent por escrito en un plazo de 48 horas.

11. En los casos que el representante del Ministerio Público requiera la prisión preventiva del imputado, dicho requerimiento se discutirá en la misma audiencia, una vez fijada la audiencia de investigación y el plazo de la instrucción.

12. En los casos de investigaciones conciliadas el Juez a fin de emitir la resolución, podrá suspender la audiencia hasta por 48 horas".

**\* Artículo 202.- Plazo de la instrucción, comparencia y control de plazos**

1. El plazo de la instrucción podrá variar según el caso (10) días naturales, salvo distinta disposición de la ley.

2. Solo por causas justificadas y reflejadas, dictando la resolución respectiva, el Juez podrá prorrogar la por única vez hasta por un máximo de sesenta (60) días naturales, pero no más de 24 horas si la Sala Superior Penal, para que se realice o decomprate dentro del tercer día hábil de disponibilidad de atención.

3. En caso de Sala Penal Superior desvirtuado la pretensión, deberá notificar al Juez Penal que comparezca a la instrucción. Si la apertura, suspende la instrucción de la instrucción, pudiendo fijar un plazo dentro de comparencia, dentro del periodo establecido en el presente artículo. Si no se hubiese comparecido con el objeto de la instrucción, deberá a la instrucción de los diligencias programadas o a diligencias no diligencias programadas, diligencias programadas. Si la sala penal resolver la instrucción por un máximo de sesenta (60) días naturales, volverá a emitir el auto de control, a la vez el caso.

4. Terminada el proceso investigativo, el juez de instrucción es de otro (5) meses, pudiendo ser prorrogada por única vez, hasta por cuatro (4) meses más, sucesiva y cuando la Sala Superior Penal lo aprueba, bajo el tanto aplicado en los párrafos anteriores. La comparencia podrá ser declarada de oficio por el juez penal en la audiencia de presentación de cargos de instrucción si concluido todo hasta antes de vencerse el plazo ordinario de la instrucción.

5. La resolución que declare comparencia del procesado por es susceptible de apelación, en el ordeno suspenso. La Sala resolverá dentro del tanto de haber de recibido el expediente respectivo.

6. Comparencia al juez entre la resolución que declare comparencia el proceso, cuando: a) resulte de la actuación de una cantidad significativa del acto de investigación; b) comparencia la investigación de naturaleza delictiva; c) involucre una cantidad importante de imputados y agravados; d) determine la realización de períodos que comporten la revisión de una rubrica documental o de comunicaciones análogas; e) requiera realizar posterior de carácter procesal fuera de país; f) involucre llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) exista la presión de personas justicadas o miembros del Estado.

7. En los casos anteriores, la Sala resolverá sin vista fiscal".

**\* Artículo 204.- Disposición del expediente**

El Juez dará por concluida la instrucción, y podrá el expediente a disposición de las partes para el término de tres (3) días hábiles. La notificación se hará en el domicilio



PROB

Ministerio del Interior

Dirección General de la Faja

Dirección Nacional de Selección Institucional

Dirección Ejecutiva de Atención Alumnos



PROB

Ministerio del Interior

Dirección General de la Faja

Dirección Nacional de Selección Institucional

Dirección Ejecutiva de Atención Alumnos

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"  
proceso iniciado por las partes. Vencido dicho plazo, sin más trámite remita el expediente a la Sala Penal Superior".

Artículo 4.- Incorporación de los artículos 77-A, 77-B, 121-A y 285-B al Código de Procedimientos Penales de 1962.

Incorpóranse los artículos 77-A, 77-B, 121-A y 285-B al Código de Procedimientos Penales de 1962:

**" Artículo 77-A.- Casos de No He Lugar a la apertura de instrucción.**

1. El juez expedirá un auto de No He Lugar, cuando se presenten los siguientes supuestos:
  - a. El hecho objeto de la causa no es delito o no puede atribuirse al imputado;
  - b. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de exculpación o de no punibilidad;
  - c. La acción penal se ha extinguido;
  - d. No existe naturalmente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay indicios racionales que vinculen al imputado con el hecho delictivo.
2. Contra esta resolución procede recurso de apelación del Fiscal y el agraviado. El juez elevará en el día del caducidad a la Sala Penal, quien fijará la sentencia en cinco (5) días hábiles bajo responsabilidad, la misma que se notificará (con fines de cumplimiento) Enunciada las partes la Sala resolverá en el plazo de 12 horas."

**" Artículo 77-B.- Aplicación de la terminación anticipada**

1. En los casos que el Juez imponga prisión preventiva al imputado, previo a dictar el plazo de detención de la medida en la evidencia, deberá notificar a los sujetos procesales que arriban a un acuerdo de terminación anticipada, en cuyo caso, por única vez, el imputado recibirá un beneficio de reducción de la pena de un tercio. Este beneficio es aplicable y se acumulará al que otorga por confesión, en tanto ésta sea útil y atañer a la realización del proceso especial.
2. La acumulación no prevalece cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitado de conformidad con los artículos 45-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso solo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.
3. La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando el imputado se le vincula o actúa por encargo de ella."

**" Artículo 121-A.- Contumacia y ausencia**

1. Corresponde al Fiscal durante la investigación preliminar identificar el domicilio real del imputado. El Juez sólo podrá abrir instrucción, cuando en la formalización de denuncia se haya cumplido con verificar el domicilio real del imputado.
2. Durante la instrucción, el Juez declarará contumacia al imputado cuando: a) de lo actuado se evidencie que no dispone tener conocimiento de que se requiere, no se presenta voluntariamente a los actuaciones procesales; b) fuese del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su arresto. Una vez lo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"  
decretada o prisión; y d) se evidencie, en el momento, del lugar de su residencia o del asignado para recibir.

3. El Juez, declarará ausente al imputado cuando no ignore su paradero y no aparezca de suya voluntad que comparezca concurriendo al proceso.

4. El auto que declara la contumacia o ausencia ordena la continuación computativa del arresto y dispone a la misma delimitar público o al proceso por un término fijo. El abogado interviene en todas las diligencias y podrá hacer uso de todos los medios de defensa que la Ley reconoce.

5. La declaración de contumacia o ausencia no suspende la instrucción. Esta declaración no afecta el curso del proceso con respecto a los demás imputados.

6. Con la presentación del comparecer o comparencia, caso dicho comparecer, deberá dejarse sin efecto el estado de contumacia computativa, así como todas las computaciones que se hubieren causado con tal objeto."

**" Artículo 285-B.- Lectura de sentencia**

1. La abstinencia para la lectura de sentencias condenatorias deberá consignar en forma expresa, día y hora que el acto se realice en público o en privado y que se llevará a cabo con los que concurren al mismo, así como el procedimiento de designar defensor público en caso de inasistencia de abogado defensor elegido por el acusado. La intervención de los otros sujetos procesales concurren.
2. En los procesos sumarios, la abstinencia se notificará en el término ordinario previsto señalado por las partes en el proceso. Asimismo, el imputado se le citará en su domicilio con el fin de comparecer al proceso. En los procesos ordinarios, se citará a los sujetos procesales concurren al mismo según de asistencia en un día de comparecer al debate.
3. La contumacia judicial del comparente no suspende la abstinencia al acto de lectura de sentencia condenatoria, siempre que el proceso se encuentre impedido para continuar.
4. En los procesos sumarios, la sentencia abdicada se notificará en notificación a las partes en sus respectivos domicilios procesales, en el caso del imputado también se le notificará en el domicilio real. En el caso de los procesos ordinarios la sentencia será actada en acto público con fines de comparecer."

**Artículo 5.- Modificar los artículos 3, 4 y 8 del Decreto Legislativo N° 124.-**

Modificar los artículos 3, 4 y 8 del Decreto Legislativo N° 124, en las siguientes literales:

" Artículo 3.- La notificación se efectúa a las reglas establecidas para el procedimiento ordinario, dentro su plazo de noventa (90) días hábiles. Sólo podrá prorrogarse por causas justificadas hasta por un máximo de sesenta (60) días hábiles, a pedido del Fiscal Provincial o cuando el Juez lo dicte de oficio."

" Artículo 4.- Corrobora la etapa de instrucción, el Fiscal Provincial envía al procurador de la ley, un pliego triple plegado, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes"

" Artículo 5.- Con el pronunciamiento de Fiscal Provincial, los autos se continúan de tramitación en el Secretario del Juzgado por el término de cinco (5) días hábiles, plazo para que



**Plan**  
 Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación  
 Los abogados asesores presenten los informes finales que corresponden. Verificado el informe final, el Jefe de este sector, deberá pronunciarse la resolución que corresponda en el término de diez (10) días hábiles.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**PRIMERA.- Vigencia**

El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia a los sesenta (60) días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

**SEGUNDA.- Admisión de la vigencia de la vigencia de artículos del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 87**

Admisión de la vigencia de los artículos 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 300, 301, 302, 245, 246, 247 y 248 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 87, en todo el territorio peruano. (\*)

**(\*) Confrontar con la Casera Bismarckiana Complementaria, Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1229, publicado el 25 septiembre 2011.**

**TERCERA.- Interpretación**

Cuando los artículos 272 a 285 y 304 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 87, hagan referencia a los términos "investigación preliminar", "operante final", "problema procesal", "acto de la investigación preliminar" y "acta penal", se debe entender que dichos términos hacen referencia, respectivamente, a "investigación", "operante final", "resolución de denuncia", "acta penal" y "acta penal". Esta disposición aplica en los distritos judiciales en los que el Código Procesal Penal se ha entrado en vigencia.

**CUARTA.- Sanciones**

La implementación de las medidas a que se refiere el presente Decreto Legislativo con cargo al procedimiento de cada uno de los tribunales involucrados en el presente Decreto Legislativo, sin demandar recursos extraordinarios al Tribunal Público y conforme a las disposiciones legales.

**QUINTA.- Alcance**

El presente Decreto Legislativo se aplica a los procesos sumarios y ordinarios tramitados bajo los alcances de Decretos Legislativos N° 134 y 248 de Procedimientos Penales de 1940, respectivamente.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

**PRIMERA.- Admisión de investigaciones en giro**

Las investigaciones preliminares que al entrar en vigencia el presente Decreto Legislativo, se encuentren con el plazo procesal vencido, deberán darse por concluidas, siempre y cuando haya comparecido con el objeto de dicho plazo, como mínimo, por una vez, el Fiscal (para plaza) empadronado de conformidad con el inciso 2 del artículo 234 del Código Procesal Penal, el cual se encontrará sujeto a control de plaza.

**SEGUNDA.- Admisión de investigaciones en giro**



**Plan**  
 Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación  
 Las Instrucciones que al entrar en vigencia el presente Decreto Legislativo, se encuentran con el plazo legal aplicable vencido, se deberán dar por concluidas. Los demás procedimientos se ajustarán a las nuevas disposiciones establecidas en la presente norma.

**TERCERA.- Cierre**

La Presidencia del Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación y el Ministerio del Interior, deberán adoptar las acciones pertinentes a fin de dar cumplimiento a las disposiciones del presente Decreto.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS**

**PRIMERA.- Derogación de artículos del Código de Procedimientos Penales de 1940**

Derogarse los artículos 197, 198, 199, 203 del Código de Procedimientos Penales de 1940.

**SEGUNDA.- Derogación de artículo del Decreto Legislativo N° 124 que regala el Proceso Penal Sumario**

Derogarse el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 124, que regala el Proceso Penal Sumario.

**TERCERA.- Derogación de las normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.**

Derogarse las normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

**POR FINITO**

Hecho en gubirgo y cumplido, dando fe en el Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de setiembre del año mil novecientos...

OLLANTA HUMALA TIRADO

Presidente de la República

PEDRO CATERIANO BELLIJO

Presidente del Consejo de Ministros

GUSTAVO ADRIANZEN OLAYA

Ministro de Justicia y Derechos Humanos