



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Manual Auto Instructivo
CURSO “PRISION PREVENTIVA”

Elaborado por el
Dr. Juan Elías Carrión Díaz

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso “Prisión preventiva”, ha sido elaborado por el Dr. Juan Elías Carrión Díaz para la Academia de la Magistratura, en julio de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “Prisión Preventiva”.

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Actualización y Perfeccionamiento
Horas Lectivas	:	74
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Juan Elías Carrión Díaz

II. SUMILLA:

El presente curso denominado “Prisión Preventiva”, se encuentra estructurado en tres unidades con los siguientes ejes temáticos: consideraciones preliminares sobre la prisión preventiva, Presupuestos materiales de la prisión preventiva y el plazo razonable y cesación de la prisión preventiva.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Conoce el alcance, limitaciones, principios, derechos y presupuestos materiales de la prisión preventiva.

Capacidades:

- Diferencia la utilidad y pertinencia que corresponde a la prisión preventiva acorde a la finalidad cautelar para la cual se pretende su imposición.
- Identifica el momento procesal en que se manifiesta más oportuno la solicitud de la prisión preventiva.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
• Definición • Presupuestos constitucionales de la prisión preventiva.	Para el desarrollo del Taller el discente dispondrá del material de estudio elaborado	Aprecia la importancia de los presupuestos y principios de la prisión preventiva.

Principios procesales de la prisión preventiva	por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.	
Lecturas Obligatorias: 1) SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. La prisión preventiva. En Lecciones de Derecho Procesal Penal 2) JAUCHEN Eduardo. Prisión Preventiva. En Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo II 3) Precedente de evaluación de decisiones CNN N. 120-2014		

UNIDAD II: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
- Consideraciones sobre los presupuestos materiales. - La apariencia del delito o el fumus delicti comisi. - El peligro procesal.	Para el desarrollo del Taller el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.	Reflexiona sobre los presupuestos, apariencia del delito y el peligro procesal.
Lecturas Obligatorias: 1) Casación N° 626-2013-Moquegua. 2) Casación N° 631-2015. Arequipa. 3) Circular sobre Prisión Preventiva N° 325-2011-P-PJ 4) Directiva N° 002-2013-MP- Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva		

UNIDAD III: PLAZO RAZONABLE Y CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
• Plazo de la prisión preventiva. • Cesación de la prisión preventiva.	Para el desarrollo del Taller el discente dispondrá del material de estudio elaborado por el especialista, el mismo que contará con un marco teórico desarrollado específicamente para estos efectos, así como lecturas y casos oportunamente entregados.	Valora el conocimiento de los plazos y conocimiento de la cesación de la prisión preventiva.
Lecturas Obligatorias: 1. Casación N° 309-2015-Lima. 2. Casación N° 391-2011-Piura. 3. Exp. N°2009-PHC/TC Huánuco.		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “La Prisión Preventiva” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas,

lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ASECIO MELLADO, José María. La prisión provisional, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- ASECIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal. 2 Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- ASECIO MELLADO, José María. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. El Nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales. V.V.A.A. Palestra Editores, Lima, 2005.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal”. En Alerta Informativa. www.lozavalos.com.pe/alertainformativa.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1996.
- BERDUGO (et al.) Lecciones de derecho penal. Parte general, Editorial Praxis, Barcelona, 1999.
- BRUZZONE, Gustavo. A. “La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el proceso penal”. En Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. MAIER. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2005.
- BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian, compiladores. En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editorial Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio. Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1992.

- CORVALÁN, Juan Gustavo. Condiciones objetivas de punibilidad. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.
- Casación Penal N.º 01-2007-Huaura. Sala Penal Permanente. Lima, 26 de julio de 2007.
- Casación Penal N.º 391-2011-Piura. Sala Penal Permanente, Lima 18 de junio de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 2/97, párrafo 41.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 12/96. Caso 11.245 (Argentina), Resolución del 1 marzo 1996.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Villagran Morales, del 19 de noviembre de 1999.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 12/96.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2/97.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maqueda. Sentencia del 17 de enero de 1995.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 12/96.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 35/96.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, fondo, sentencia de fecha del 29 de enero de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suarez Rosero vs. Ecuador*, fondo, sentencia de fecha del 12 de noviembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, fondo, sentencia de fecha del 06 de mayo de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, fondo, sentencia de fecha del 12 de agosto de 2008.
- CESANO, José Daniel. "Cesación de la prisión preventiva". En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Palestra Editores, Lima, 2005.
- CEREZO MIR, Curso de derecho penal español. Parte general, Tomo I, 5º ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- DE LUCA, "Principi costituzionali di libertà e istruzione formale", Atti del convegno nazionale di studio sul problemi della istruzione formale, Bolonia, 1973.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores, Lima, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho penal español. Parte general, 4º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Ejecutoria, Exp. N.º 281-95-Junín, 20 septiembre de 1995.
- Ejecutoria Suprema, Exp. N.º 455-97-Callao, 26 marzo de 1998.
- Ejecutoria Suprema R. N. Exp. N.º 3044- 2004.
- Ejecutoria superior. Sala permanente. Cuaderno N.º 27-2007, 28 de febrero de 2007.
- RN N.º 3100-2009. Sala Penal Permanente, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegría.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, en Revista Peruana de Ciencias Penales, N.º 23, 2008.

- GIMENO SEDRA, Vicente, MORENILLA ALLARD, Pablo, TORRES DEL MORAL, Antonio, DÍAZ MARTINEZ, Manuel. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Editorial Colex, Madrid, 2007.
- GRACIA MARTÍN, Luis. En Prólogo a MENDES DE CARVALHO, Érika. Punibilidad y delito, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- GREVI, Libertà personale dell'imputato e costituzione, Editorial Giuffrè, Milán, 1976.
- JAUCHEN, Eduardo. Derechos del Imputado. Rubinzal –Culzoni. Buenos Aires, 2005.
- JESCHECK/WEIGEND. Tratado de derecho penal. Parte general, 5° ed., traducción de Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- LA ROSA, Mariano, R. Exención de prisión y excarcelación. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.
- LÓPEZ GARELLI, Mario. “derecho a la libertad personal y al debido proceso: algunos casos recientes en el sistema interamericano de derechos humanos”. En: lus et praxis, volumen N° 5, número 1, Universidad de Talca, 1999.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general, 7° edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005.
- MONTERO AROCA Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. En Derecho jurisdiccional, Proceso civil. Tomo II. 13° Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- NARDIELLO, Ángel Gabriel. Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales. Planteo y resolución de casos. Editorial Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2012.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal. Editorial Alternativas, Lima, 1993.
- ORÉ SOSA, Eduardo. Organización criminal. a propósito de la ley 30077 ley contra el crimen organizado. Artículo disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf.
- Prado Saldarriaga, Víctor. La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076, en Determinación judicial de la pena, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- Prado Saldarriaga, Víctor. Consecuencias jurídicas del delito, IDEMSA, Lima, 2016.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”. En: Revista Estudio de la Justicia, N° 4, Santiago de Chile, 2004.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Prisión provisional y prevención de delitos ¿Legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del enemigo?”. En Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. CANCIO MELIA, Manuel, GOMEZ-JARA, Carlos (Coordinadores), Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

- SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. “La Prisión Preventiva. La demostración del *periculum* procesal en el jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 157, Lima abril, 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: “Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño”. Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rij/bases/guia1/gord.htm>.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Estudios de derecho penal, Grijley, Lima, 2000.
- STC, Exp. N° 110-99-HC/TC. Lima, 22 de junio de 1999.
- STC, Exp. N° 033-2000-HC/TC. Lima, 13 de abril de 2000.
- STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC. Lima, 12 de agosto de 2002.
- Exp. N. ° 791-2002-HC/TC. Lima, 21 de junio de 2002.
- STC, Exp. N° 1260 - 2002 - HC/TC- Huánuco, 9 de julio de 2002.
- STC, Exp. N° 1567-2002-HC/TC. Lima, 5 de agosto de 2002.
- STC, Exp. N° 3771-2004-HC/TC-Piura. Lima 29 de diciembre de 2004.
- STC, Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Lima, 17 de octubre de 2005.
- STC, Exp. N° 1196-2005-PHC/TC. Lima, 17 de marzo de 2005.
- STC, Exp. N° 3390-2005-HC/TC. Lima, Lima, 6 agosto de 2005.
- STC, Exp. N° 618-2005-PHC/TC. Caso Ronald Winston Díaz Díaz. FJ N.° 11.
- STC, Exp. N° 5291-2005-PHC/TC. Caso Heriberto Manuel Benítez Rivas y otra. FJ N° 6.
- STC, Exp. N° 549-2004-HC/TC. Lima, 21 de enero de 2005.
- STC, Exp. N° 7624-2005-PHC/TC. Lima, 27 de julio de 2006.
- STC, Exp. N° 07624-2005-HC/TC. Lima, 2 de agosto de 2006.
- STC Exp. 05228 – 2006 – HC/TC, Caso Samuel Gleiser Katz, Fj. 15 – 19.
- STC, Exp. N° 01035-2015, Sala de Apelaciones del Callao, 6 julio 2016.
- STC N° 178/1985, Madrid, 28 de mayo de 1985. FJ. 3.
- STC N° 128/1995, Madrid, 3 de octubre de 1995, FJ. 8, Caso Sotos-PSV.
- Sentencia N° 97 Buenos Aires, 20 de noviembre de 2002 - Autos: “CONESA, Fernando José y otro p.ss.aa. de asociación ilícita, etc. -Recurso de Casación”. Magistrados: Dres. Cafure de Battistelli, Rubio y Sesín.
- SERGUI, Natalia. Límites Temporales a la Prisión Preventiva. Nueva Doctrina Penal. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- TROCKER, Nicolo. “Nuevo artículo 111 de la Constitución, el proceso justo en materia civil, perfiles generales”. Revista Trimestral de Derecho y Proceso Civil. N.° 2. Milán, 2001.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Neusmeister. Sentencia del 26 de junio de 1991.
- VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. “Plazo y suspensión de la detención judicial”. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 97, Gaceta Jurídica. Lima, diciembre 2001.

- VILLA STEIN, Javier. Derecho penal. Parte general, Ara Editores, Lima, 2014.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2006.
- ZUGALDIA ESPINAR (et al.) Fundamentos de Derecho Penal. Parte general. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “La Prisión Preventiva” en el marco de actividades de las Sedes Desconcentradas. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en tres unidades con los siguientes ejes temáticos: consideraciones preliminares sobre la prisión preventiva, Presupuestos materiales de la prisión preventiva y el plazo razonable y cesación de la prisión preventiva.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, identificar y aplicar la figura de la prisión preventiva de acuerdo a sus principios y a sus elementos materiales que la fundamentan, acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

ÍNDICE

PRIMERA UNIDAD: CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	14
Preguntas guía.....	15
Capítulo 1. Definición.....	16
Capítulo 2: Presupuestos constitucionales de la prisión preventiva.....	18
a) El principio de proporcionalidad.....	18
i. El sub-principio de idoneidad.....	19
ii. El sub-principio de necesidad.....	20
iii. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	22
b) El principio de legalidad procesal.....	23
c) El principio de razonabilidad.....	25
d) El derecho fundamental a la presunción de inocencia.....	24
e) El derecho a la debida motivación.....	30
Capítulo 3. Principios procesales de la prisión preventiva.....	33
a) El principio de excepcionalidad.....	33
b) El principio de temporalidad.....	34
c) El principio de variabilidad.....	35
d) Sospecha sustantiva de responsabilidad.....	35
Lecturas obligatorias.....	37
Resumen.....	38
SEGUNDA UNIDAD: Presupuestos materiales de la prisión preventiva.....	40
Capítulo 1. Consideraciones sobre los presupuestos materiales	41
Capítulo 2. La apariencia del delito o el <i>fumus delicti comissi</i>	44
A. Fundados y graves elementos de convicción.....	51
B. Calificación racionalmente aproximativa al tipo penal imputado.....	53
C. Presupuestos de punibilidad.....	54
C. 1. Supuestos que excluyen la punibilidad	56
a) Excusas absolutorias.....	56
b) Condiciones objetivas de punibilidad.....	57
D. Presupuestos de perseguibilidad.....	58
E. Pena privativa de libertad mayor de 4 años.....	59
Capítulo 3. El peligro procesal.....	62
3. 1. Peligro de fuga.....	67

a) 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.....	70
b) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento...	72
c) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.....	75
d) 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.....	76
e) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a la misma.....	77
3. 2. El peligro de obstaculización.....	79
A. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba..	81
B. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.....	82
C. Inducirá a testigos, peritos o coimputados a realizar comportamientos obstruccionistas o actos de no colaboración con el esclarecimiento de los hechos.....	84
Resumen.....	86
Lecturas obligatorias.....	88
TERCERA UNIDAD: Plazo razonable y cesación de la prisión preventiva.....	89
Capítulo 1. Plazo de la prisión preventiva.....	91
Capítulo 2. Cesación de la prisión preventiva.....	97
Resumen.....	107
Lecturas obligatorias.....	109



UNIDAD I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA





PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuáles son los principios y derechos que inciden en la valoración de la prisión preventiva?
2. ¿Cómo intervienen los principios y derechos en la valoración de la prisión preventiva?

Capítulo 1. Definición

La prisión preventiva es una medida de coerción de naturaleza personal que tiene por finalidad restringir temporalmente la libertad del imputado, confinándolo a una cárcel pública para evitar que el sujeto se convierta en portador de riesgos que afecten el curso del proceso penal.

La Casación Penal N° 01-2007 señaló que:

“La prisión preventiva (...) es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene fin punitivo). Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un periodo de tiempo más lato, a requisitos más exigentes –cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él- tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican –sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y motivación”¹.

BRUZZONE indica que la prisión preventiva o “el encarcelamiento preventivo se justifica, para neutralizar los llamados peligros procesales (de entorpecimiento de la investigación y fuga), cuando para preservar la doble finalidad que reconoce el proceso penal: averiguación de la verdad y cumplimiento del derecho material. Siempre, a fin de justificar el encierro preventivo de una persona inocente desde el ángulo constitucional, pero imputada con elementos concretos de la realización de un delito (...)”².

El “objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que

¹ Casación Penal N.º 01-2007-Huaura. Sala Penal Permanente. Lima, 26 de julio de 2007.

² BRUZZONE, Gustavo. A. “La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el proceso penal”. En Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. MAIER. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2005, p. 244.

se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia"³.

Estamos ante *una medida coercitiva* no punitiva, que afecta el derecho a la libertad personal de la forma más intensa y estricta, que persigue como fin inmediato el asegurar la presencia del imputado en el proceso, orientándose a evitar el peligro procesal: posible fuga del imputado u acciones de entorpecimiento de la actividad probatoria, garantizando con ello la posible ejecución de la pena.

Según CAFFERATA NORES, la "característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva"⁴.

En resumen la privación de la libertad individual de la persona, conocida como prisión preventiva, se sostiene en tres presupuestos: a) apariencia de delito, b) peligro procesal y c) prognosis de la pena, cada uno obedece a una multiplicidad de parámetros previstos en la ley, sin que ello signifique que estamos ante un catálogo cerrado, sino más bien ante supuestos normativos flexibles que se adaptan a realidades fácticas cambiantes, e indicadores que se adaptan a la construcción del riesgo procesal es dinámica y debe apreciarse en forma paulatina⁵.

³ CIDH, Informe N° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), Resolución del 1 marzo 1996, p. 48.

⁴ CAFFERATA NORES, José Ignacio. Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1992, p. 3.

⁵ La Comisión Interamericana "considera que en la evaluación de la conducta futura del inculcado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad", y que el encarcelamiento "debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad. El interés del individuo que ha delinquido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta". CIDH, Informe N° 12/96. Caso 11.245 (Argentina), Resolución del 1 de marzo de 1996, p. 50.

Capítulo 2: Presupuestos constitucionales de la prisión preventiva

La prisión preventiva como medida coercitiva debe sujetarse al imperio de la Constitución, del artículo VI del Título Preliminar y del artículo 253° del Código Procesal Penal a un conjunto de principios y derechos que garantizan una valoración racional de los presupuestos materiales.

Así, la prisión preventiva “no se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento, a nivel judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello no pueden sólo justificarse en la prognosis de pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”⁶.

Los principios y derechos constitucionales que deben analizarse al evaluar la prisión preventiva conjuntamente con los presupuestos materiales son los siguientes:

- a. **El principio de proporcionalidad.**- El principio de proporcionalidad exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados. El sentido actual del principio es el de estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo.

El principio de proporcionalidad, es también principio de prohibición de exceso, para aludir a su capacidad de control de las posibles restricciones que puedan ser impuestas al evaluar los presupuestos materiales de la prisión preventiva.

“El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de justicia material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera (...). (En tal sentido) éste explica la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito material de la prisión preventiva. Igualmente se deriva del principio de proporcionalidad de la prioridad de las medidas de aseguramiento, la prohibición de la prisión preventiva en asuntos poco graves y los límites temporales de duración de ésta”⁷.

⁶ Exp. N° 1091-2002-HC/TC. Lima, 12 de agosto de 2002.

⁷ LLOBERT RODRIGUEZ, Javier. *Ibidem*, p. 338, 362.

Este principio está integrado por tres sub-principios:

- i. **El sub-principio de idoneidad.**- Exige que la prisión preventiva se aplica cuando no existe otra medida cautelar menos lesiva del derecho a la libertad, que cumpla con la función de sujetar al imputado al proceso o para evitar la frustración del mismo. La medida menos gravosa entra precisamente en consideración a efectos de determinar el medio suficientemente apto y a su vez el menos excesivo para satisfacer la necesaria previsión cautelar.

Se trata como afirma CASTILLO CÓRDOVA de un “juicio (que) tiene una doble exigencia. En *primer lugar* que la medida restrictiva de derecho tenga un fin que sea constitucionalmente válido, y en *segundo lugar*, que la medida en sí misma sea idónea para alcanzar el fin propuesto”⁸.

LLOBERT RODRIGUEZ concuerda con GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO al señalar que “el principio de idoneidad se refiere a que la prisión preventiva sea el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trata de evitar”⁹.

La idoneidad comporta así una *adecuación cuantitativa*, esto es, que la duración, prolongación e intensidad de la medida de coerción procesal debe ser capaz de sujetar al imputado al proceso en la misma medida que sea requerida, por lo tanto, representa un límite al exceso del prisión preventiva, ya que la detención no puede ser indefinida y tampoco puede ser igual en todo el proceso, toda vez que cumplida la finalidad de la medida cautelar o cambiando las condiciones que inicialmente sustentaron su imposición, es deber del juzgador variarla, por otra que lesione en menor medida la libertad o de ser el caso suprimirla¹⁰.

⁸ CASTILLO, CÓRDOVA. Luis. *Ibíd*em, p. 164.

⁹ LLOBERT RODRIGUEZ, Javier. *Ibíd*em, p. 345.

¹⁰ “La limitación que proveniente del principio de proporcionalidad tiene como fundamento el cumplimiento del plazo que hubiera correspondido a la pena aplicable y, si bien es un límite razonable y evidente, tiene como origen la concepción sustantiva de la prisión preventiva”. SERGI, Natalia, *Nueva Doctrina Penal*. Op. cit., p. 124.

En su *ámbito cualitativo*, la medida coercitiva debe ser la única entre todas las posibles capaz de lograr los fines del proceso. Asimismo, la idoneidad comporta un elemento subjetivo que se manifiesta en una evaluación primigenia de la imputación (gravedad del hecho punible), del grado de responsabilidad y de las situaciones particulares de cada caso en concreto. Por último debe analizarse el éxito probable de la medida.

GIMENO SENDRA resume las exigencias de este principio al indicar que “el cumplimiento del sub-principio de necesidad exige la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como lo es el de la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no sólo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa, para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión provisional (esto es, la comparecencia del imputado al juicio oral), ello no obstante, no suponga el sacrificio de aquel derecho fundamental (...) La vigencia del principio de necesidad ha de serlo, además a lo largo de toda la permanencia de la prisión provisional, de tal suerte que, debe el Juez constantemente examinar de oficio si se mantiene los motivos que justifican esta restricción del derecho a la libertad, pudiendo disponer de oficio la libertad provisional o plena del procesado”¹¹.

- ii. **El sub-principio de necesidad.-** SAN MARTÍN CASTRO precisa que “(...) la prisión preventiva debe justificarse objetivamente para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman. La *necesidad*, desde esta perspectiva, entraña, de un lado, considerar que la prisión preventiva es excepcional –la prisión preventiva es la excepción frente a la regla general de la libertad de las personas, de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso mediante la restricción de la libertad en cualquier de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma- y, por ello, debe

¹¹ GIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. Op. cit., p. 178.

adoptarse cuando se cumplan escrupulosamente los fines que la justifican; y, de otro lado, entender que sólo se impondrá si no existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad personal (subsidiaridad), al punto que si estas exigencias no se mantienen a lo largo de todo el procedimiento, es del caso que se disponga su excarcelación inmediata, que importa la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus*”¹².

El sub-principio necesidad “(...) prevé los límites de las medidas coercitivas de acuerdo a la intensidad, estableciendo cuándo la misma supera el límite de lo tolerable. Así cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro de fuga o de obstaculización, debe acudir a ellas, todo como consecuencia del principio de proporcionalidad, cuyo sub-principio de necesidad indica que debe buscarse en la injerencias a los derechos fundamentales la medida menos gravosa”¹³.

Desde la perspectiva anotada “el principio (de necesidad) armoniza con la Constitución en cuanto éste tutela la presunción de inocencia (artículo 2°.24 literal “e”) y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 9° inciso 3 establece que la libertad es la regla y la detención la excepción”¹⁴.

El principio de necesidad requiere justificar cómo se vería afectado el proceso, si es que no se impone la prisión preventiva. Se trata como afirma SÁNCHEZ MERCADO de “(...) usar el mecanismo de coerción procesal más eficaz para nulificar el peligro procesal, es decir, que ni no se pueda

¹² SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La privación cautelar de la libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: “Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño”. Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rj/bases/guia1/gord.htm>, p. 33.

¹³ LLOBERT RODRIGUEZ, Javier. Ibidem, p. 345.

¹⁴ ORE GUARDIA, Arsenio. “Las Medidas Cautelares Personales”, Ibidem, p. 106.

obtener el mismo resultado con otra medida (detención domiciliaria o comparecencia)”¹⁵.

Indica PUJADAS TORTOSA que “la regla de intervención mínima exige que se acuerde la medida menos gravosa y suficiente para el fin pretendido. En otras palabras, y al objeto de nuestro estudio, ante una determinada situación de vulnerabilidad del proceso por una eventual conducta del sujeto pasivo del mismo, ha de darse a dicho sujeto el tratamiento idóneo, menos gravoso y suficiente para evitar la frustración del proceso”¹⁶.

En síntesis como nos recuerda “el Tribunal Constitucional (...) la libertad física puede ser objeto de restricciones, y éstas no ser arbitrarias, si es que tal medida se presenta como estrictamente necesaria para garantizar y asegurar el normal desenvolvimiento de una sociedad democrática”¹⁷.

- iii. **El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.**- “La proporcionalidad *strictu sensu* obliga a que la medida considerada suficiente para el fin perseguido no suponga un tratamiento excesivo en relación, no ya con el riesgo para el proceso sino con el interés que la justifica teleológicamente”¹⁸.

Se trata de un juicio de ponderación respecto de la realización de un cuidadoso contrapeso de los intereses en conflicto en el caso concreto, ello comporta la previa evaluación de los principios de idoneidad y necesidad, en tal sentido se “(...) exige que, en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”¹⁹.

¹⁵ SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. “La Prisión Preventiva. La demostración del *periculum* procesal en el jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 157, Lima abril, 2006, p. 232.

¹⁶ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibíd*em, p. 144.

¹⁷ Exp. N° 1091-2002-HC/TC. Lima, 12 de agosto de 2002.

¹⁸ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibíd*em, p. 150.

¹⁹ LLOBERT RODRIGUEZ, Javier. *Ibíd*em, p. 346.

En cuanto a la “calidad de criterios para medir el interés estatal en la persecución penal se deben considerar: a) La consecuencia jurídica del delito que se prevé como la que se habrá de imponer (lo que hace inadmisibles que la restricción importe un mal mayor que la propia reacción legítima), b) La importancia de la causa, en razón de la repercusión del hecho criminal y la posición jurídica del imputado, c) El caudal probatorio que exige la proporcionalidad entre la gravedad de conocimiento que pueden originar los medios probatorios de cargo”²⁰.

BINDER anota que “la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión”²¹, por ello la duración desproporcionada de dicha medida desvirtúa la funcionalidad de este principio en el seno del proceso, generando su mutación de una medida cautelar en una sanción.

“En definitiva la proporcionalidad *strictu sensu* no busca la decisión proporcional, sino evitar la claramente desproporcional. En cambio, si se respetan también las exigencias de idoneidad e intervención mínima, habrá de afirmarse la debida correspondencia de la medida acordada con los elementos que la fundamentan (el riesgo de frustración y la peligrosidad procesal del imputado): la conformidad del todo con las partes que lo componen que es, al fin y al cabo, el sentido del adjetivo proporcional”²².

- b. El principio de legalidad procesal.-** ASECIO MELLADO señala que “el Código Procesal peruano es respetuoso con este principio rector. Su artículo 253° dispone la obligación de sometimiento a la ley para la restricción de cualquier derecho fundamental en un doble sentido: por un lado, exigiendo la autorización legal para que sea procedente su acuerdo; por otro lado, disponiendo que el desarrollo de cualquier limitación habrá de ajustarse a las determinaciones legales y a las exigencias previstas en la norma. Trasladadas estas exigencias a la prisión provisional, resulta que la misma sólo podrá acordarse en el seno del proceso penal, nunca al amparo de normas de otra naturaleza, ni en procedimientos de

²⁰ ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. *Ibidem.*, p. 18.

²¹ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Op. cit., p. 200.

²² PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibidem.*, p. 153.

otro tipo y que si adopción y desarrollo se habrán de acomodar a las determinaciones previstas en el propio Código Procesal Penal”²³.

Desde la perspectiva del principio de legalidad procesal, la prisión preventiva únicamente se impondrá si concurren copulativamente los presupuestos materiales de esta medida cautelar y bajo los motivos, fines y de acuerdo al procedimiento preestablecido en la norma procesal penal.

“La ausencia de cualquier de estos requisitos hace imposible su adopción, siendo necesario acudir a cualesquiera otra de las medidas establecidas en la ley (...) Una lectura integral de los arts. 255°, 286° y 287° (del Código Procesal Penal), autoriza a concluir que, en tales situaciones, podrá el Juez, de oficio, inclinarse por imponer la comparecencia con restricciones aunque no hubiera sido expresamente solicitado”²⁴.

“La aplicación del anterior presupuesto a la prisión provisional exige no sólo, como es lógico, que esta medida se encuentre prevista en el ordenamiento procesal, sino que, además, sólo pueda ser adoptada como consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio de este derecho fundamental”.²⁵

Así, los presupuestos materiales establecidos en los artículo 268° al 270° del Código Procesal Penal deben ser interpretados racional y razonablemente, se excluye cualquier interpretación restrictiva o analógica *in malam parte* rechazada constitucionalmente, en consecuencia ante cualquier conflicto interpretativo corresponde “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de dudas o de conflictos entre leyes penales”²⁶.

Asimismo el principio de legalidad procesal exige como lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas o métodos que, aún calificados de legales, puedan reputarse como

²³ ASECIO MELLADO, José María. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. El Nuevo Proceso Penal. Op. cit., p. 495.

²⁴ ASECIO MELLADO, José María. *Ibidem*, pp. 498, 499.

²⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. Ob. cit., p. 116.

²⁶ Artículo 139 numeral once de la Constitución Política del Estado Peruano.

incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (...)”²⁷.

- c. **El principio de razonabilidad.**- Este principio comporta el hecho que la decisión del órgano jurisdiccional para dictar una prisión preventiva debe materializarse como producto de dos criterios: *el primero* se basa en la comparación de los valores subyacentes a la decisión y de los valores socialmente imperantes, *el segundo* es el criterio de la eficiencia de la decisión a tomar.

Desde esta perspectiva, el ámbito de lo razonable se delimita al conjunto de decisiones discrecionales, aceptables tanto para el lego como para el especialista en derecho. Comparte este razonamiento el Tribunal Constitucional cuando señala:

“La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados”²⁸.

El principio de razonabilidad es un principio esencial que permite al juzgador garantizar un equilibrio óptimo entre las exigencias contrapuestas: de la prisión preventiva y del derecho fundamental a la libertad, por ello su aplicación depende de que existan motivos lógicos y racionalmente demostrables, por lo que “la prisión preventiva irrazonable «invierte» el sentido de la presunción de inocencia tornándola cada vez «más vacía» y convirtiéndola finalmente en una «burla»”²⁹.

Así “será arbitraria una detención (preventiva) que a pesar de ajustarse formalmente a las pautas de legalidad, no cumple, en el caso concreto, con criterios de razonabilidad sustantiva”³⁰.

- d. **El derecho fundamental a la presunción de inocencia.**- Este derecho exige realizar una evaluación de la prisión preventiva,

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Villagran Morales, del 19 de noviembre de 1999.

²⁸ Exp. N° 1567-2002-HC/TC. Lima, 5 de agosto de 2002.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.° 12/96, párrafos 80, 83.

³⁰ BOVINO, Alberto. *Ibidem*, pp. 320, 322.

desde la perspectiva que esta no responda u otros fines que los estrictamente procesales³¹, y ello no es más notorio que cuando se evalúa el dato de la gravedad del delito, así este elemento debe empezarse a valorar una vez culminado el juicio sobre la apariencia del derecho y sobre el peligro procesal, ello asegura un criterio de discernimiento acorde a un fin jurídico-formal o interno.

“Para respetar el principio de inocencia, es indispensable tener en cuenta, en todo momento y para todos los casos, que no se puede otorgar fines materiales –sustantivos– a la privación de libertad procesal o cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena (v. gr., impedir que el imputado cometa un nuevo delito). La detención preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fines procesales. El carácter procesal de la detención significa que la coerción (la privación de libertad) se utiliza para garantizar la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal. Se trata, en consecuencia, de lograr que el proceso penal se desarrolle normalmente, sin impedimentos, para obtener la solución definitiva que resuelve el aspecto sustantivo del caso”³².

Al respecto el Tribunal Constitucional tiene dicho:

“A juicio de este Colegiado, la satisfacción de tal exigencia (peligro procesal) es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y

³¹ “Por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización (...); por la misma razón tampoco podrá prolongarse más allá de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de libertad de un presunto inocente, y que sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables”. Exp. N° 3771-2004-HC/TC-Piura. Lima 29 de diciembre de 2004.

³² BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian, compiladores. En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editorial Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, p. 434.

con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que (no) tiene la prisión preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes"³³.

Conforme a lo expresado, la norma constitucional exige que para acordar la prisión preventiva se exige la concurrencia de suficientes medios de prueba o indicios racionales. Esta exigencia se ha interpretado como un plus para acordar esta medida coercitiva.

Respecto del peligro procesal tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia, impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación o el juicio oral. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado. Tanto la primera como las ulteriores decisiones deberán estar suficientemente fundadas, en el sentido de contener una clara referencia a los datos fácticos y una explícita apreciación de su relevancia jurídica.

Al respecto el Tribunal Constitucional español que sigue la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordina el uso legítimo de la prisión preventiva a que concurra:

"La necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva"³⁴.

³³ Exp. N° 1260 - 2002 - HC/TC- Huánuco, 9 de julio de 2002

³⁴ STC N.º 128/1995, Madrid, 3 de octubre de 1995, FJ. 8. Caso Sotos-PSV.

Desde la perspectiva anotada la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, en un primer momento, sobre la consideración preferente (y quizá exclusiva) de los datos de la gravedad del delito y de la pena. Pero, con carácter general, reclama que la ponderación del riesgo de fuga se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del afectado. Advirtiendo que la estimación que pudo justificar la decisión inicial no tendría por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento, que exigirá en cada momento una revisión de la actualidad de los elementos de hecho tenidos en cuenta inicialmente y de su aptitud para que se entienda vigente la necesidad de prolongación de la medida.

El criterio jurisprudencial anotado tiene la indudable virtud de situar la interpretación de carácter legal en un ámbito de racionalidad, que deberá presidir no sólo la adopción de la prisión preventiva, sino también su misma duración, ofreciendo además algunas indicaciones instrumentales de referencia.

Así se trata de anudar los presupuestos jurídicos que habilitan para la adopción de la medida a referentes fácticos explícitos y mínimamente objetivables y contrastables, y de hacerlo sin anticipar criterios de valoración de la cuestión de fondo y, precisamente, en un estadio preliminar de la investigación. Además, y dado que la subsunción no puede operar por simple yuxtaposición de la norma al dato fáctico, en rigor, habría de articularse analíticamente su relación. En fin, hay que insistir, todo ello debería hacerse sin quiebra del principio de presunción de inocencia, que, como se ha visto, no puede dejar de sufrir en este asunto. Porque, en efecto, la prisión preventiva comporta que sea "necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal"³⁵, lo es para asegurar la viabilidad del actual degradado modo de ser real de este proceso penal, que descansa ostensiblemente en la "confusión entre poder final y poder instrumental [y en la] contaminación entre proceso y penal"³⁶.

En resumen siguiendo a LLOBERT RODRIGUEZ y CHACÓN CORADO llegamos a las siguientes conclusiones:

³⁵ ASENCIO MELLADO, José María. La prisión provisional, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 147.

³⁶ G. DE LUCA, "Principi costituzionali di libertà e istruzione formale", Atti del convegno nazionale di studio sui problemi della istruzione formale, Bologna, 1973, p. 3.

- La prisión preventiva no es incompatible con la presunción de inocencia, pero la presunción de inocencia influencia la regulación de la prisión preventiva.
- La prisión preventiva no puede convertirse en una pena anticipada.
- La prisión preventiva sólo se puede diferenciar de la pena de prisión en cuanto a los fines que se persiguen por una y por otra.
- La prisión preventiva no puede perseguir los fines de la pena (retribución general o especial).
- La prisión preventiva tiene que tener una función de carácter procesal, de naturaleza cautelar y excepcional, por lo que no puede ser considerada como regla.
- Solamente son admisibles como causal de la prisión preventiva el peligro de fuga y de obstaculización (a ello hace mención el caso Suárez Rosero de la CIDH, que ya se señaló³⁷).
- No es admisible la causal de peligro de reiteración (o reincidencia, habitualidad, etc.).
- No son admisibles las prohibiciones excarcelatorias con respecto de determinados delitos.
- La probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito de la prisión preventiva es consecuencia del principio de proporcionalidad y no del principio de presunción de inocencia.

³⁷ La Corte Interamericana ha señalado 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 se demuestre 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 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”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77.

- Las alternativas a la prisión preventiva son consecuencia del principio de proporcionalidad y no propiamente de la presunción de inocencia.
- La persona que sufre prisión preventiva es un sacrificio judicial indemnizable por el Estado.
- La prisión preventiva conlleva graves consecuencias para el detenido, no solamente en cuanto a su persona, sino a su familia, y altera el derecho de defensa”³⁸.

e. **El derecho a la debida motivación.**- La resolución que se pronuncie favorablemente respecto de la prisión preventiva debe ser especialmente motivada, el juez tiene el deber de ser más exhaustivo respecto de cada uno de los presupuestos materiales y elementos probatorios en que sustento su convicción³⁹.

Esta exigencia ha sido incorporada de modo expreso en el artículo 286.2° del CPP modificado por Ley N° 30076 de fecha 19 de agosto de 2013, que establece como obligación el deber del juez de motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su decisión para los casos en que no concurran los presupuestos de la prisión preventiva, situación que también se extiende para los casos en que se declare fundada la prisión preventiva⁴⁰.

El juez está obligado a expresar en forma suficiente los motivos de hecho y de derecho en que se basa su convicción determinativa

³⁸ CHACÓN CORADO, Mauro Rodérico. “La presunción de inocencia y la prisión preventiva”. Op. cit., p. 393, 394.

³⁹ “La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva”. Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Lima, 17 de octubre de 2005.

⁴⁰ Como nos recuerda ORE GUARDIA “la motivación derivada del artículo 139° inciso 5 de la Constitución y está regulada, respecto a la detención preventiva, en la Resolución Administrativa N° 111-2003-CE-PJ del 25 de setiembre de 2003, la misma que establece que los mandatos de detención deben ser motivados respecto de cada uno de los requisitos concurrentes de: prueba suficiente, pena probable y peligro procesal”. ORE GUARDIA, Arsenio. “Las medidas cautelares personales”. Ibídem, p. 154.

de la concurrencia de los presupuestos materiales, así como debe expresar en forma razonada el valor otorgado a los medios de prueba presentados en que se sustentan los presupuestos materiales, esa fundamentación no puede ser reemplazada por la relación o individualización de los documentos, o bajo la modalidad del simple requerimiento de las partes; menos aun con el empleo de expresiones tautológicas, citas de la norma procesal, formulas mecánicas o términos genéricos que en general comporten una motivación aparente o una falta de motivación.

Se necesita por imperio constitucional la expresión clara, objetiva e individualizada de los elementos de hecho y de convicción concurrente, los mismos que deben ser subsumidos correctamente en cada uno de los presupuestos procesales, con cita de las normas legales aplicables al caso concreto.

Así "se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida -lo que no es raro que suceda en la práctica- mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación"⁴¹.

En la práctica la dificultad que se encuentra, es conseguir que en el discurso motivador resulten convincente o verosímilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia y con el principio de proporcionalidad.

Corresponde al juez realizar una evaluación individualizada del caso en concreto, partiendo siempre de una interpretación evolutiva de la norma favorable a la libertad persona, en estricta aplicación de los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

Afirma SÁNCHEZ MERCADO que "el dictado del mandato de detención no puede ser automático, deber ser útil y servir para garantizar los fines que la constitución y la ley considera adecuados a la disponibilidad del imputado o evitar la frustración de la investigación. Si por la propia naturaleza de las circunstancias

⁴¹ V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Editorial Giuffrè, Milán, 1976, p. 149.

no resulta idónea para estas finalidades no deberá imponerse. Gráficamente podría considerarse que en los siguientes supuestos la imposición de un mandato de detención no resulta útil.

- Para proteger el acopio de pruebas cuando estas ya se han recogido, por la misma razón cuando se trata de un delito fragante (podría existir peligro de fuga).
- Para evitar la fuga cuando el procesado sufra de una enfermedad o impedimento físico que anule o disminuya considerablemente su capacidad de locomoción, salvo que existan otros factores como la colaboración de otros miembros de una organización delictiva”⁴².

En esta línea de ideas “dos son las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser «razonada», en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues, de otra forma, no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada”⁴³.

Sintetizando lo analizado “la obligación formal del juez consiste en efectuar una especial motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad en la que ha de plasmar el «juicio de ponderación», entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar, en el auto, la necesidad de la medida y ello, no sólo para que el imputado pueda conocer las razones justificativas de la restricción de su derecho fundamental, sino también para que pueda ejercitar con eficacia los recursos devolutivos contra aquella resolución en los que el tribunal «ad quem» podrá comprobar la justificación o no del acto”⁴⁴.

⁴² SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. “La prisión preventiva. La demostración del *periculum* procesal en el jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Op. cit., p. 231

⁴³ Exp. N.º 791-2002-HC/TC. Lima, 21 de junio de 2002.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. Op. cit., p. 178.

Capítulo 3. Principios procesales de la prisión preventiva

La aplicación de las medidas limitativas de derechos se encuentran regulados por principios que son inherentes a las medidas cautelares. Las autoridades del Ministerio Público y del Poder Judicial, en el caso concreto deben observar cada uno de estos principios, que son los siguientes:

- a. El principio de excepcionalidad.- Las medidas limitativas de derechos deben aplicarse única y exclusivamente en situaciones específicas, ajustadas estrictamente a la naturaleza particular del proceso. No debe aplicarse más allá de los límites estrictamente necesarios. Asimismo este principio comporta una exigencia para el órgano jurisdiccional consistente en que sólo impondrá la medida cautelar como último recurso para cumplir los fines de la investigación.⁴⁵

Al respecto JAUCHEN precisa que “sólo como excepción puede aplicársele una coerción personal restrictiva o privativa de su libertad cuando, en el caso concreto, conforme al delito cometido a circunstancias particulares, se pongan en peligro los fines del proceso; la eficaz investigación del hecho y la efectiva aplicación de la ley penal; debiendo tomarse como base las pautas recién indicadas de las que debe extraerse el peligro de que el imputado de cualquier modo perturbe o frustre la investigación o eluda la acción de la justicia dándose a la fuga. Toda privación de libertad que no persiga exclusivamente estos propósitos es inconstitucional”⁴⁶.

Así la Ley no podría configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan

⁴⁵ “Una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas”. Exp. N.º 033-2000-HC/TC. Lima, 13 de abril de 2000.

⁴⁶ JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del Imputado. Rubinzal –Culzoni. Buenos Aires, 2005, p. 283.

inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad. Vale aquí recordar que debe exigirse «una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aún previstas en la Ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación»⁴⁷.

La excepcionalidad es un principio básico que regula la institución cautelar y que tiene jerarquía tanto constitucional como supranacional, al estar consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 numeral 3, que a la letra señala: "La prisión preventiva no debe ser la regla general", sino la excepción.

- b. El principio de temporalidad.- Las medidas limitativas de derecho se aplican por el tiempo necesario para recabar los elementos de juicio y los medios probatorios pertinentes. En este sentido, la urgencia en su aplicación va de la mano con el criterio de aplicación de la medida leve a la más grave.

Del criterio anotado es el Tribunal Constitucional cuando señala que “las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*; es decir, que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial; por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales se adoptó la medida, la misma sea variada. Y es que toda medida cautelar, por su naturaleza, importa un pre juzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”⁴⁸.

En cuanto a los elementos que deben presidir la fundamentación sobre el mantenimiento de la medida cautelar, existen dos criterios de valoración en la motivación. *El primero* exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del

⁴⁷ STC N° 178/1985, Madrid, 28 de mayo de 1985. FJ. 3.

⁴⁸ Exp. N° 1196-2005-PHC/TC. Lima, 17 de marzo de 2005.

caso y las personales del imputado. *El segundo* introduce una matización en el anterior, al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la decisión del mantenimiento de la medida cautelar impuesta, de modo que, si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la medida cautelar, así como los datos de que en ese instante disponga el juez pueden justificar la imposición de una medida cautelar atendiendo al tipo de delito, a la gravedad de la pena y otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley, dado que de estos datos pueden inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga, el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores.

En el caso de la prisión preventiva “(...) parece claro que sólo podrá acordarse cuando, por la calidad o intensidad del peligro para el proceso, ninguna otra medida resulte suficiente. (...) En la suficiencia de la medida (no su igual efectividad a otra), radica la esencia de esta exigencia: no son igualmente efectivas, para evitar la huida, la prisión provisional y la obligación de comparecencia periódica (...) Finalmente, ha de advertirse que la suficiencia de la medida depende también de la cantidad de la injerencia, esto es, de su duración e intensidad”.⁴⁹

- c. El principio de variabilidad.- La prisión preventiva es por su naturaleza temporal, por tanto, al alterarse los supuestos iniciales en que se sostuvo su imposición deben cambiarse a una medida menos aflictiva de la libertad si se presentan los presupuestos materiales y constitucionales para fundarlo, de lo contrario, debe revocarse aun de oficio por comparecencia con o sin restricciones si los iniciales medios de prueba han sido desvirtuados en el curso de la investigación preliminar o en el curso de la fase intermedia.
- d. Sospecha sustantiva de responsabilidad.- Las circunstancias que configuran el dictado de la medida cautelar, parten necesariamente de la existencia real y efectiva de una mínima actividad probatoria que acredite el hecho o indicio

⁴⁹ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de Medidas Cautelares Penales. Op. cit., p. 146.

que el investigado ha cometido un ilícito, constituyéndose así en un factor *sine qua non* respecto de la sospecha sustantiva de responsabilidad; por tanto, “la comprobación de la posible responsabilidad del imputado por el hecho delictivo que se le atribuye, resulta una exigencia ineludible que debe ser respetada por el Estado para privar de libertad a una persona jurídicamente inocente en el marco de un proceso penal”.⁵⁰

Pese a la dificultad de expresar fórmulas exactas para definir la existencia de un grado de sospecha sustantiva de responsabilidad suficiente para el dictado de la medida cautelar, éste puede presumirse cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos. Este juicio se hará al inicio de la investigación con base en el estado de la misma, pero como bien puede resultar que la posibilidad que se afirmó al inicio no se mantenga posteriormente, debiera dársele a la sospecha un carácter dinámico.

En conclusión la adopción y el mantenimiento de las medidas cautelares están en función del mantenimiento o variabilidad de los presupuestos que facilitaron su adopción inicial. Si se modifica el estado sustancial de los presupuestos fácticos que justificaron la adopción de dichas medidas, deberá suprimirse o variarse por otra medida menos lesiva. En tal sentido, la medida limitativa de derechos debe terminar cuando desaparecen las causas que lo justificaron, porque como toda medida cautelar su naturaleza importa un prejuzgamiento que es provisional, instrumental y mutable⁵¹.

⁵⁰ SERGUI, Natalia. Límites Temporales a la Prisión Preventiva. Nueva Doctrina Penal. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 123.

⁵¹ “La Comisión Interamericana considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición *sine qua non* para continuar la medida restrictiva de libertad”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2/97, párrafo 26.



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. La prisión preventiva. En Lecciones de Derecho Procesal Penal
- 2) JAUCHEN Eduardo. Prisión Preventiva. En Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo II
- 3) Precedente de evaluación de decisiones CNN N. 120-2014

(Disponible en el anexo de lecturas).



RESUMEN DE LA UNIDAD I

- Los principios y derechos constitucionales son un conjunto de garantías que aseguran al imputado que se evaluara conjuntamente con el requerimiento de prisión preventiva, otros presupuestos que inciden sobre la naturaleza y alcance de la pretensión, y los derechos cuya afectación se verían afectados si se impone la prisión preventiva.
- Estos derechos y principios son mecanismos moduladores de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, que inciden en la evaluación de si corresponde declarar fundada esta medida coercitiva.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Cómo interviene el principio de proporcionalidad en su tres sub principios en la evaluación del requerimiento de prisión preventiva?

2) ¿Cuándo se afecta el derecho a la presunción de inocencia en la imposición de la prisión preventiva?



SEGUNDA UNIDAD:

PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA





PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué requisitos debe cumplir la apariencia de delito?
2. ¿A quién le corresponde la carga de acreditar los presupuestos materiales de la prisión preventiva?

Capítulo 1. Consideraciones sobre los presupuestos materiales

El artículo 268 del Código Procesal Penal regula la prisión preventiva, medida que faculta al Juez, siempre ha pedido del Ministerio Público, dictar mandato de prisión preventiva siempre que se cumpla con los siguientes presupuestos:

- Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor y partícipe del mismo.
- Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad; y
- 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).

Los presupuestos materiales de la prisión preventiva se desarrollan en los artículos 268°, 269° y 270° del Código Procesal Penal. La interpretación de los alcances de los presupuestos materiales ha sido desarrollada *como pautas metodológicas y criterios jurídicos* por la Resolución Administrativa N° 325- 2011- P-PJ Circular sobre prisión preventiva de fecha 13 de setiembre del 2011 emitida por la Presidencia del Poder Judicial.

La Resolución Administrativa N° 325- 2011-P-PJ en sus doce considerandos, establece pautas para interpretar, argumentar y justificar las decisiones judiciales. Así para que el Juez de la Investigación Preparatoria dicte prisión preventiva, deben concurrir elementos de convicción de los que se pueda sostener con probabilidad que el imputado es el autor o partícipe de un hecho punible **y** que no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad, al señalarse la “y”, como conjunción copulativa que tiene por finalidad unir palabras o ideas, se entiende que para disponer una detención preventiva deben necesariamente concurrir los requisitos establecidos en los literales a), b) y c) del artículo 268° del CPP.

En cuanto a los presupuestos establecidos en el literal **c)** del artículo 268° del CPP que se refieren al peligro de fuga (Art. 269° del CPP) u peligro de obstaculización (Art. 267° del CPP), se comprende que la «u» indica una conjunción disyuntiva que se emplea en lugar de la «o» y denota dos conductas distintas que tiene su propio ámbito personal de desarrollo, por lo que alternativamente se puede presentar cualquiera de los dos supuestos individual (uno u otro); pero no se excluyen entre sí, por lo que cabe la posibilidad que se presente copulativamente ambos, sea que se presente uno u otro presupuesto debe acreditarse su existencia en términos de verosimilitud.

“La prueba sobre la existencia del hecho y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal son condiciones que deben concurrir simultáneamente para la justificación de la prisión preventiva, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida, proyectarse en forma autónoma con relación a cada uno de ellos. Si la fundamentación vinculada con algunos de los apuntados requisitos no ha sido idóneamente efectuada, la coerción deviene infundada, con prescindencia de que la verificación del restante presupuesto haya sido correctamente justificada”⁵².

“El principal elemento a considerar con el dictado de (una) medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas como reprochables jurídicamente (...). En particular, el peligro de que el procesado no interfiera u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados con distintos elementos antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse de una posible sentencia prolongada”⁵³.

⁵² Sentencia N° 97, Buenos Aires, 20 de noviembre de 2002 - Autos: "CONESA, Fernando José y otro p.ss.aa. de asociación ilícita, etc. -Recurso de Casación". Magistrados: Dres. Cafure de Battistelli, Rubio y Sesín.

⁵³ Exp. N° 3390-2005-HC/TC. Lima, Lima, 6 agosto de 2005.

Capítulo 2. La apariencia del delito u el *fumus delicti comissi*

El artículo 268°.1 literal “a” del Código Procesal Penal indica que el primer requisito de toda medida coercitiva es el *fumus comissi delicti* o apariencia del delito. Se denomina *fumus delicti comissi* al hecho imputado y a la calificación jurídica propuesta por el Fiscal en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en términos de verosimilitud sobre la existencia del hecho y la participación del procesado.

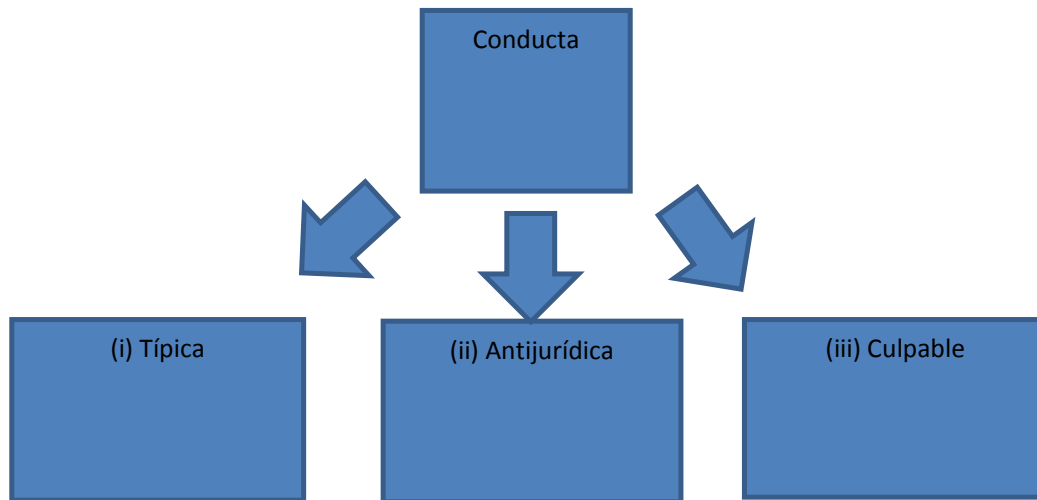
SAN MARTÍN CASTRO citando a ORTELLS RAMOS, señala que constan “de dos reglas. *La primera regla* está referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Comprende los aspectos objetivos del delito, no los condicionantes de la responsabilidad penal que se dan en la atribución subjetiva del delito a una persona determinada. Los datos de la investigación han de ofrecer plena seguridad sobre estos aspectos, por lo que en caso de duda no es posible acordar la prisión. *La segunda regla* está en función, propiamente, al juicio de imputación contra el imputado. Este juicio debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Se requiere, por tanto, algo más que «un indicio racional de criminalidad»; el *plus* material es la existencia de una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, al punto que a ello se agrega que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal”⁵⁴.

Al respecto GIMENO SENDRA acota que “la adopción de la prisión provisional requiere la observancia de los siguientes requisitos desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier infracción penal o contravención, sino de un delito (y de aquí que no se justifique limitación alguna del derecho a la libertad en las faltas) y, atendiendo a un criterio formal, es necesario no sólo que exista constancia del hecho, sino también que el Juez tenga motivos bastantes sobre la responsabilidad del imputado”⁵⁵.

⁵⁴ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano”. Op. cit., p. 34.

⁵⁵ GIMENO SEDRA, Vicente. Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional. Op. cit., p. 445.

Al exigirse necesariamente estar ante un delito excluye toda imputación por falta. Ahora, de manera resumida podemos decir que delito es toda conducta típica, antijurídica y culpable.



La importancia de la conducta humana⁵⁶ está en que se enmarca como elemento de enlace⁵⁷ con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, necesarios para imputar penalmente a un sujeto. De ahí que la ausencia de conducta humana es relevante para descartar cualquier imputación, sea por fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estado de inconsciencia. Su importancia ha sido reconocida por la jurisprudencia, así:

“Vale decir que no es posible imputar un delito a una persona sin una acción que hubiese desplegado, o en términos sencillos, no hay delito sin acción, porque es a este elemento al cual posteriormente se le van a atribuir los predicados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para completar la configuración de un delito”⁵⁸.

El primer elemento base para la existencia de un delito es el tipo penal [ejemplos: el tipo penal de homicidio (art. 106 del Código Penal), tipo

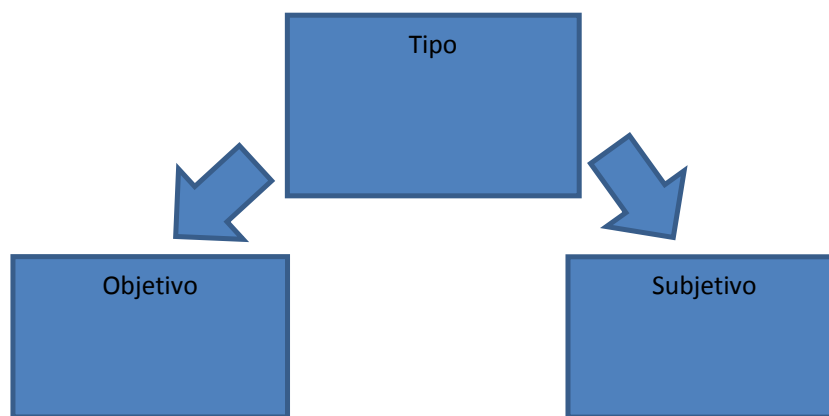
⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general, 7° edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, p. 181.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Estudios de derecho penal, Grijley, Lima, 2000, p. 13.

⁵⁸ FJ 11, Exp. N° 01035-2015, Sala de Apelaciones del Callao, 6 julio 2016.

penal de hurto (art. 185 del Código Penal), tipo penal de colusión (art. 384 del Código Penal), tipo penal de peculado (art. 387 del Código Penal), etc.], entendida como la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador⁵⁹.

Este tipo penal para ser relevante a efectos de configurar delito tiene que cumplir con la tipicidad, que se manifiesta a través de la verificación de si la conducta descrita guarda concordancia con lo descrito en el tipo penal, mediante un juicio de subsunción. Entonces “*típica*” será aquel elemento que guarda características de tipicidad.

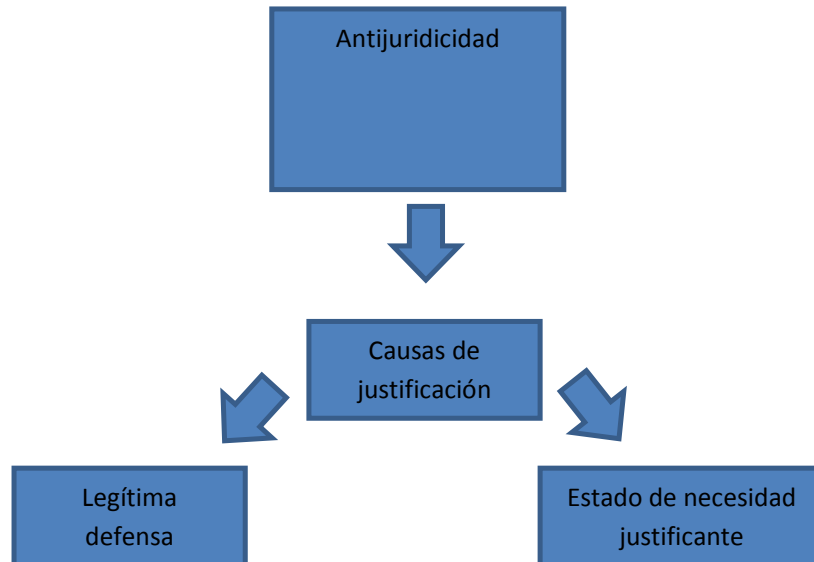


El tipo penal puede ser (i) objetivo y (ii) subjetivo. El primero implica establecer la imputación de la conducta y del resultado (i) [ejemplos: “mata a otro” (art. 106 del Código Penal), “apodera ilegítimamente de un bien mueble” (art. 184 del Código Penal), “el funcionario o servidor público que concierne con los interesados para defraudar al Estado” (art. 384 del Código Penal), “el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza caudales o efectos” (art. 387 del Código penal), etc.], lo que en doctrina se denomina “imputación objetiva”. Mientras que el segundo (ii) contiene los elementos subjetivos del tipo penal, es decir el dolo y la culpa. Lo que en doctrina se denomina “imputación subjetiva”. Este parecer ha sido reconocido por la jurisprudencia:

“Para la configuración de los injustos penales se requiere de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, consistentes estos últimos en la perpetración de la conducta ilícita con el dolo, entendiéndose esto como

⁵⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2006, p. 295.

la conciencia y voluntad del agente de cometer el hecho antijurídico y culpable"⁶⁰.



Una conducta típica, por sí misma, no configura de manera inmediata una imputación penal, se presenta únicamente como indicio de la antijuridicidad. Así, la antijuridicidad como segundo elemento del delito es entendida como aquella contradicción con el derecho⁶¹. De lado contrario se presentan las causas de justificación como criterio que excluye la antijuridicidad, a pesar que la conducta siga siendo típica está permitida por el derecho⁶² (ejemplo: quien mata a otra persona en legítima defensa). Algunas de las causas de justificación las encontramos en el artículo 20 del Código Penal, sin embargo, al tener una configuración de sistema abierto pueden provenir de todo el ordenamiento jurídico.

Las más relevantes causas de justificación son: a) Legítima defensa y b) Estado de necesidad justificante. El primero de ellos se encuentra regulado en el art. 20, numeral 3 del Código Penal, y su fundamento

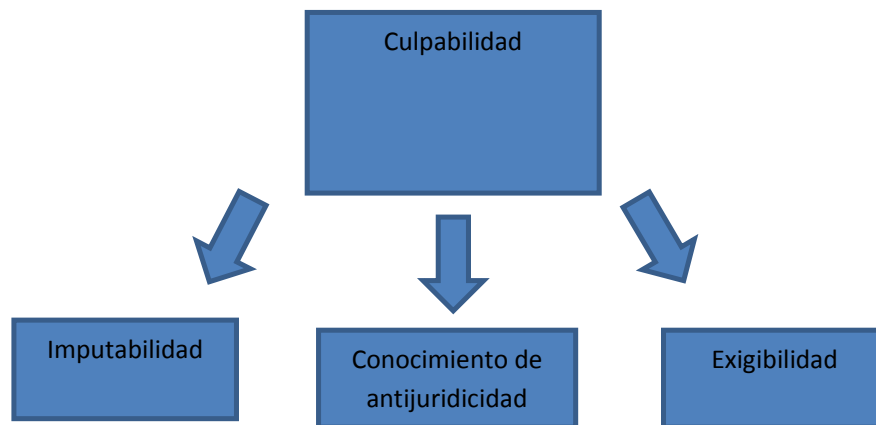
⁶⁰ Ejecutoria Suprema, Exp. N° 455-97-Callao, 26 marzo de 1998.

⁶¹ JESCHECK/WEIGEND. Tratado de derecho penal. Parte general, 5° ed., traducción de Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 249.

⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho penal español. Parte general, 4° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 273.

radica en los principios de autodefensa y mantenimiento del ordenamiento jurídico⁶³.

El ordenamiento jurídico peruano exige como requisitos que la agresión sea ilegítima, necesidad racional del medio empleado, y falta de provocación suficiente. Por su parte, el segundo, previsto en el artículo 20, numeral 4, se caracteriza porque se afecta o lesiona un interés de menor valor al salvado⁶⁴. *“Hay estado de necesidad justificante cuando el agente lesiona un bien jurídico penalmente tutelado de menos importancia como la tranquilidad pública para salvar para salvar otro bien jurídico de mayor jerarquía como la vida humana”*⁶⁵. Se requiere una situación de peligro real, y que la defensa desplegada sea necesaria, es decir, que no se haya podido evitar el resultado producido.



Si el injusto (tipicidad y antijuridicidad) se encarga de analizar al delito en sí mismo, a través de la culpabilidad se refleja la imputación personal. Por tanto, está orientado a valorar las características propias de cada sujeto. Así, si 2 personas son procesadas como coautores del delito de robo agravado, y en juicio se determina que uno de ellos era menor de edad (inimputable), tal beneficio lo beneficiará únicamente a dicho sujeto, y no a su coautor mayor de edad.

Entonces no basta con que la conducta de un sujeto sea típica y antijurídica, sino, como primer presupuesto se exige que sea *“imputable”* o denominado también como *“capacidad de culpabilidad”*, que venga a ser la suficiente capacidad de motivación del autor por la norma

⁶³ Cfr. CEREZO MIR, Curso de derecho penal español. Parte general, Tomo I, 5° edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 207.

⁶⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ibídem, p. 551.

⁶⁵ Ejecutoria, Exp. N° 281-95-Junín, 20 septiembre de 1995.

penal⁶⁶. Además, dicho sujeto debe “*comprender la antijuridicidad de su conducta*”, de no ser así nos encontraríamos ante un “error de prohibición” (art. 14, segundo párrafo, del Código penal). Y por último, las normas, por su sólo existencia son exigibles⁶⁷, de ese modo se enmarcan como un deber ciudadano⁶⁸.

Hasta aquí se ha buscado dejar en claro que para que un Juez establezca prisión preventiva, deben existir fundados y graves elementos de convicción que acerquen razonablemente a la comisión de un delito, y para la configuración de un delito es condición necesaria que exista una conducta típica, antijurídica y culpable.

Ahora la importancia que tiene la identificación de la teoría del delito para con la prisión preventiva es importante, porque como bien lo ha indicado la Casación N° 626-2013 (FJ 29, p. 25): “Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causas de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si este último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fomus delicti comissi*”.

De este modo, la defensa, en la audiencia de prisión preventiva podría refutar el planteamiento del Fiscal, cuando el resultado producido se haya dado como causa de una fuerza física irresistible, por ejemplo, quien, debido a la fuerza del terremoto producido es impulsado violentamente contra una persona, causándole lesiones o la respectiva muerte. Estaríamos claramente ante un supuesto de ausencia de acción, lo cual desconocería toda posibilidad de configurar delito alguno. A pesar que este fundamento tendría recibo en una excepción de improcedencia de acción, es también oportuno destacar la viabilidad y relevancia que tiene para los casos de prisión preventiva, pues en último término la denegación de prisión preventiva por parte del Juez no implica absolución del imputado, como si lo sería de declararse fundada una excepción de improcedencia de acción. Todo esto es factible siempre que dicha situación sea muy clara.

De igual modo, procede también para las situaciones donde no haya dolo, sino imprudencia, lo que resulta importante toda vez que esta última amerita una menor pena, así por ejemplo no existirá dolo cuando

⁶⁶ BERDUGO (et al.) Lecciones de derecho penal. Parte general, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 248.

⁶⁷ VILLA STEIN, Javier. Derecho penal. Parte general, Ara Editores, Lima, 2014, p. 519.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 402.

el sujeto para evitar ser mordido por unos perros rabiosos que le habrían causado la muerte logra escapar al romper el vidrio de una ventana. Obviamente, al no haber dolo, no podrá hablarse de un delito de daños. Este mismo ejemplo sirve para fundamentar una causa de justificación por estado de necesidad, debido a que el sujeto afectó un bien de menor valor para proteger uno de mayor valor, como lo es su vida.

También son relevantes aquí los casos de error de prohibición, es decir, cuando el sujeto creía que la conducta que realizaba estaba permitida, aquí entran a tallar todos los aspectos del error de prohibición culturalmente condicionado (artículo 15 del Código Penal).

Al hablar de delito, y en base al principio de responsabilidad por el hecho propio como derivado del principio de culpabilidad se requiere que la actuación delictiva sea a título de autor o partícipe.

La figura de la autoría se encuentra prevista en el artículo 23 del Código Penal, sin embargo, es claro que esta regulación normativa no comprende un concepto de autor, y tampoco debería comprenderlo. Siguiendo este articulado, autor –en sentido amplio– será «el que realiza por sí» (autor directo), «o por medio de otro» (autor mediato), «y los que lo cometan conjuntamente» (coautor).

Autor directo es aquel que tiene poder de decisión sobre la comisión del delito, poder que la obtiene por medio del dominio del hecho. Por ejemplo, Pedro desea matar a su enemigo, por tanto, toma su arma de fuego y dispara contra él hasta causarle la muerte. *Autor mediato* es aquel que instrumentaliza a otra persona, aprovechando su dominio de voluntad (quien se encuentra inmerso en error o coacción) para cometer el delito. *Coautor* será aquel que de manera conjunta con otras personas domina la comisión del delito, de ahí que rige el dominio del hecho entendido específicamente como dominio funcional del hecho.

Partícipes serán aquellos que si bien no ostentan dominio del hecho, colaboran de manera accesoria (principio de accesoriedad) en la comisión del delito. *Instigación* (artículo 24 del Código penal) es aquella conducta activa que dolosamente hace surgir en el autor la decisión, la resolución, de realizar un delito doloso concreto⁶⁹. La *complicidad* entendida como el aporte doloso a la comisión de un delito puede ser de dos clases: complicidad primaria (artículo 25, primer párrafo, del Código Penal) y complicidad secundaria (artículo 25, segundo párrafo, del Código Penal). La distinción entre uno y otro la encontramos en el principio de escasez. Entonces, si el aporte es indispensable para la

⁶⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ibídem*, p. 513.

comisión del delito, es decir, escaso, estaremos ante la complicidad primaria. De manera contraria, la complicidad secundaria se hará presente cuando el aporte brindado sea común.

La importancia de determinar el grado de intervención delictiva de cada sujeto está en que aquella sirve para fundamentar el pedido del Fiscal para el establecimiento de la prisión preventiva. De lo contrario no sería posible su imposición. El Fiscal tendrá que señalar de manera concreta si el sujeto está imputado como autor directo, mediato o coautor, por tanto, no bastará con que señale que es únicamente autor. Tampoco bastará con que señale que es únicamente partícipe, pues además tendrá que identificar si es instigador o cómplice (primario o secundario).

A. Fundados y graves elementos de convicción

Una vez determinada los presupuestos constitutivos del tipo penal invocado, corresponde analizar la existencia de *indicios razonables y objetivos* sobre la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo, en alguno de los grados de participación criminal establecidos por la ley penal sustantiva; o lo que es lo mismo, debe de apreciarse indicios racionales sobre su participación en el hecho que se imputa.

ANDRÉS IBAÑEZ señala que “la imputación en sentido estricto, implica una afirmación de hecho (ha pasado algo penalmente relevante), un juicio (provisional) de cierta acción con algún tipo de delito, la atribución (asimismo en principio) de su autoría a un sujeto; y la decisión de iniciar contra éste, una actividad de persecución de la cual y dentro de la cual tiene derecho de defenderse. (...) La imputación tiene que ser verosímil, es decir lo que en ella se afirma debe conformar una hipótesis plausible según el orden normal de las cosas. Con este fin el que imputa está obligado a fundar ya su afirmación en datos. Así no sirve como base para la imputación una sospecha imprecisa –por ejemplo por razón de olfato– que no cuente con apoyo en una información verbalizable e intersubjetivamente valorable. Esta exigencia es la traducción procesal de principio de hecho o de materialidad de la acción, propio del derecho penal sustantivo, que condiciona la legitimidad de toda iniciativa dirigida al ejercicio del *ius puniendi* a la individualización de una conducta, a primera vista típica, es decir, descrita en un precepto del Código Penal”.⁷⁰

La Circular sobre prisión preventiva establece en el fundamento segundo que:

⁷⁰ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Las garantías del imputado en el proceso penal, pp. 14, 15. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>

“(…) es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos - del material instructorio en su conjunto -, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)”.

Los indicios mínimos son aquellos que establecen la participación en el delito, entendidos como todo rastro o vestigio que nos permita presumir la participación del imputado sujeto a la acción penal. Estos indicios permiten establecer las circunstancias fácticas capaces de determinar la vinculación del imputado con el delito que se le atribuye. Sobre estos se construye la imputación.

La exigencia prevista por el Código Procesal Penal va más allá del aspecto cuantitativo, esto es, que no basta la existencia de una pluralidad de indicios respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados, sino que por imperio de la norma procesal se requiere que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito, esto significa que entramos en el ámbito cualitativo, por el cual lo que importa es la calidad del medio o medios de prueba, más que la cantidad de los mismos.

Precisamos que la afirmación de la verosimilitud del delito no solamente puede determinarse a través de indicios, sino que también mediante elementos convicción, entendido estos últimos como elementos probatorios. Ahora bien cuando el literal a) del artículo 268°.1 del CPP señala que deben de existir fundados y graves elementos de convicción, debe interpretarse en el sentido que se prefieren indicios o elementos probatorios de calidad respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados para estimar razonablemente la comisión de un delito, antes que la cantidad de indicios o elementos de prueba⁷¹.

⁷¹ “El NCPP asumir una posición muy similar a la del ordenamiento español, la cual, al requerir motivos bastantes para la aplicación de la prisión preventiva, acerca la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza pero nunca idéntico”. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Ibidem*, p. 43.

Así lo que se exige es llegar a un conocimiento razonable sobre los hechos relevantes con contenido penal, esto es, la fundada atribución de un hecho punible sustentada en un grado de probabilidad suficiente como para dar fiabilidad a la pretensión requerida, por lo que no es la certeza sobre los hechos imputados lo que se busca, sino la verosimilitud del derecho, esto es la presencia de una credibilidad objetiva y seria que descarte una imputación maliciosa respecto del relato de hechos, o temeraria respecto del grado de imputación y cuestionable por falta de medios de prueba que la sustenten.

Como dice DEL RÍO LABARTHE “(...) la probabilidad se diferencia de la posibilidad (suficientes elementos según el CPP de 1991) en que ésta solo requiere una equivalencia entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis, y la certeza (vinculada a la sentencia condenatoria), de que ésta se alcanza una vez que es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis. El NCPP asumir una posición muy similar a la del ordenamiento español, la cual, al requerir motivos bastantes para la aplicación de la prisión preventiva, acerca la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza pero nunca idéntico”⁷².

En síntesis corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria la evaluación de las circunstancias que se presenten en el caso en concreto a fin de establecer si la hipótesis planteada por las partes se ajusta a la realidad teniendo en consideración los derechos fundamentales en juego además de la mayor o menor verosimilitud del derecho.

B. Calificación racionalmente aproximativa al tipo penal imputado

La Circular de Prisión Preventiva establece en el fundamento segundo párrafo segundo, que:

“(...) no puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)”.

⁷² DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *Ibíd*em, p. 43.

Lo acotado implica que el suceso histórico narrado en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria y recogido en el requerimiento de prisión preventiva, fácticamente debe ser cercano al que contendría la acusación, y la calificación jurídica provisional del hecho sea penalmente relevante para afirmar cada uno de elementos esenciales del tipo penal.

Desde la perspectiva de la teoría del delito, se exige la afirmación de una acción típica⁷³, en general se reconoce que el dolo puede deducirse de la existencia del tipo objetivo⁷⁴; asimismo se debe afirmar la existencia de *antijuridicidad*⁷⁵, *culpabilidad*⁷⁶ y finalmente, que la conducta es *punible*⁷⁷, sumados a la perseguibilidad, estos tres últimos elementos son presupuestos para una calificación racional de todo tipo penal.

C. Presupuestos de punibilidad

Los llamados presupuestos de punibilidad son hechos objetivos que condicionan la punibilidad del delito con base en consideraciones

⁷³ Salvo que se la existencia de una a causa de exclusión del tipo.

⁷⁴ Existen posiciones contrarias que afirman que el injusto no se puede concebir solo conforme a la peligrosidad objetiva, que puede ser mínima, y pese a ello haber injusto por la dirección de la acción del autor al realizar directamente un peligro improbable. Lo esencial para el dolo es que el autor pueda dar dirección a sus actos y no la mera peligrosidad objetiva. “Tradicionalmente se ha entendido que para la prueba de los hechos psíquicos o psicológicos, existen dos grandes medios probatorios. En primer lugar, la confesión autoinculpatoria, que, según suele afirmarse, es la prueba por excelencia de la existencia de dolo, puesto que sólo el acusado sabe realmente qué pasaba por su cabeza en el momento de cometer los hechos. Y, en segundo lugar, la prueba de indicios, es decir, la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados. Este segundo medio probatorio es el mecanismo al que más frecuentemente se acude en la práctica para atribuir conocimientos, ya que las confesiones autoinculpatorias no son demasiado frecuentes”. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo” En: Revista Estudio de la Justicia, Nº 4, Santiago de Chile, 2004, p. 18.

⁷⁵ Existe antijuridicidad, si no se prueba una causa de justificación.

⁷⁶ Existirá culpabilidad, salvo que se acredite la incapacidad o una causa de inimputabilidad.

⁷⁷ Sera punible una conducta típica, antijurídica y culpable, salvo que se acredite una excusa absoluta o condiciones objetivas de punibilidad.

fundamentalmente político-criminales⁷⁸, pero también puede darse por razones utilitarias o por motivos de política económica.

“Se habla de punibilidad como un estadio posterior -ajeno a la antijuridicidad y culpabilidad- en el que el legislador exigirá adicional y excepcionalmente ciertos requisitos para imponer una pena”⁷⁹.

A la expresión punibilidad se le suele asignar un doble sentido: como necesidad de merecimiento de pena y en otros casos como efectiva posibilidad jurídica de aplicar una pena. Desde esta perspectiva un hecho punible será delito si es una conducta típica, antijurídica y culpable y por tanto, merecedora de pena. “La afirmación de que nos hallamos ante un delito punible exige la realización de dos valoraciones diferentes: A) En primer lugar, supone afirmar el merecimiento de pena, es decir, pronunciarse sobre la esencia del ilícito, constituido únicamente por el desvalor de acción realizado por un autor culpable (aspecto valorativo). Esto es, el merecimiento de pena depende únicamente de la concurrencia de un ilícito culpable (de un delito) B) En segundo lugar, significa constatar la concurrencia de la necesidad de pena, que podría esbozarse, en principio, como la utilidad o conveniencia político- criminal de la sanción criminal (aspecto teleológico). Esto es, la comprobación de que el delito tiene que ser penado por no existir otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo (en definitiva, que no exista razones político-criminales que aconsejen o hagan imperativa la renuncia a la pena)”⁸⁰.

De este modo nos encontramos con esta cuarta categoría de la teoría del delito cuando el hecho punible, no obstante, estar adecuado a las tres primeras categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), carece de algún elemento de punibilidad o penalidad ulteriores a los que configuran el injusto penal, y cuyas consecuencias restringen la aplicación de la pena, no extensibles para todos los delitos, sino sólo para algunos casos.

⁷⁸ Para GRACIA MARTÍN, “los contenidos político-criminales son especialmente los relativos a los fines de la pena, a los elementos estructurales de aquéllas, o sea, lógico, objetivos y axiológicos”. GRACIA MARTÍN, Luis. En Prologo a MENDES DE CARVALHO, Érika. Punibilidad y delito, Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 13.

⁷⁹ ALCÓCER POVIS, Eduardo. Ibídem, p. 10.

⁸⁰ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena Marín, RAMOS TAPIA, María Inmaculada. Fundamentos de Derecho Penal. Parte general. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 360.

Es esta categoría la punibilidad, que excluyen el merecimiento de pena o que restringen la aplicación de la pena la que desarrollaremos en sus dos ámbitos: las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad.

C. 1. Supuestos que excluyen la punibilidad

Dos son los elementos que nos interesa analizar desde la perspectiva procesal, para identificar aquellos supuestos en los que el hecho punible pese a cumplir con cada una de las categorías de la teoría del delito, no sea pasible de imposición de una pena y por ende no corresponde que al imputado por el hecho investigado se le sujete a una medida de coerción.

- a. Excusas absolutorias.- Se entiende por excusas absolutorias aquellas circunstancias relacionados con la persona del autor que pese a que presenta su conducta como típica, antijurídica y culpable, no es punible para ciertos delitos, por razones de política criminal establecidas por el legislador.

En cuanto a su naturaleza, están “vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, sólo le afectan a él y no a los demás partícipes en el delito”⁸¹.

“El legislador es consciente de que la conducta es delictiva, y por ello lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello lo priva de la sanción penal, basándose en apreciaciones previas de carácter político-criminal”⁸².

Desde esta perspectiva “las excusas absolutorias, estas son circunstancias o requisitos directamente relacionados con la *persona* del autor, que lleva al legislador a considerar que si bien se está ante un comportamiento antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Son de carácter

⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 1996, p. 419.

⁸² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1996, p. 226.

personal, con lo cual, sólo excluyen la punibilidad en aquellos intervinientes en quienes concurren”⁸³.

Las excusas absolutorias se encuentran desarrolladas en el artículo 208° del Código Penal y se aplican en los delitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones y daños cuando es cometido entre cónyuges, concubinos ascendientes, descendientes y afines en línea directa, siempre y cuando vivan juntos.

Procediendo en este caso las excusas absolutorias.

En cuanto a “los efectos que genera son los siguientes:

1. Excluyen la pena.
 2. Dejan subsistente la responsabilidad civil a que diera lugar el delito excusado.
 3. Pueden dar lugar a sanciones administrativas o disciplinarias (siempre que no se viole el principio *ne bis in ídem*).
 4. No existe impedimento para aplicar medida de seguridad.
 5. Esta exclusión punitiva es de carácter personal y no posee comunicabilidad de las circunstancias, aplicables a extraños que participen de la acción típica y antijurídica”.⁸⁴
- b. Condiciones objetivas de punibilidad (COP).- Definir las COP resulta difícil en tanto que existen diferentes definiciones que más que identificar el concepto identifican las circunstancias o elementos comunes que la componen.

En la doctrina nacional ALCÓCER POVIS afirma que “las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias o requisitos relacionados con el *hecho*. Aquí el legislador añade elementos que no pertenecen al injusto y cuya concurrencia condiciona la punibilidad. Por ejemplo, las cuantías en algunos delitos, como el contrabando (Ley N° 28008 de los delitos aduaneros que exige que la mercancía

⁸³ ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal”. *Ibíd*em, p. 10.

⁸⁴ NARDIELLO, Ángel Gabriel. Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales. Planteo y resolución de casos. Editorial Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2012, p. 219.

tenga un valor superior a 2° UIT) y en el hurto (Arts. 185° y 444° CP, mediante los cuales se extrae que la conducta es delictiva si el valor del bien mueble sustraído supera el monto de una remuneración mínima vital)”⁸⁵.

La doctrina argentina representada por CORVALÁN señala que “de las definiciones ofrecidas por los autores (que identificaron la diversidad de elementos comunes) se extrae, como primera conclusión, que el elemento por excelencia que ha de incluirse en una definición de las condiciones de punibilidad es su desvinculación con la subjetividad del autor (ajenidad al dolo). En segundo plano, que de ellas depende que se concrete la punibilidad, entendida como la efectiva y concreta aplicación de pena, precedida por un delito completo en todos sus elementos (conducta típica, antijurídica y culpable). En tercer término, sin duda adentrarse en la discusión sobre la existencia de la punibilidad como categoría, es casi unánime la opinión que las sitúa por fuera de las tres categorías (tradicionales) esenciales del delito; es decir, no pertenecer ni al tipo, ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, en su concepción tradicional”⁸⁶.

Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan por ejemplo, en el delito de libramiento indebido. El último párrafo del artículo 215° del Código Penal dispone que no proceda el ejercicio de la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha del requerimiento⁸⁷.

Otros supuestos donde se puede aplicar, sin inconveniente alguno, realizando una interpretación extensiva *favor rei* es en el desistimiento eficaz, establecido en el artículo 18° del Código Penal y en los delitos de bagatela⁸⁸.

D. Presupuestos de perseguibilidad

⁸⁵ ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal”. En Alerta Informativa. www.lozavalos.com.pe/alertainformativa, pp. 5, 6, 7.

⁸⁶ CORVALÁN, Juan Gustavo. Condiciones objetivas de punibilidad. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 243.

⁸⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal. Editorial Alternativas, Lima, 1993, p. 313.

⁸⁸ Así, ORÉ GUARDIA, Arsenio. Estudios de derecho procesal. Ob. cit., p. 313.

VILLAVICENCIO TERREROS afirma que “existen ciertos presupuestos que condicionan la perseguibilidad penal y que sólo se refieren a la posibilidad del proceso penal. Nos referimos a ciertos requisitos de perseguibilidad que están mencionados en el Código Penal aunque su estudio corresponde al Derecho Procesal. Ejemplo: acción privada en los delitos de violación de la intimidad (artículo 158° Código Penal), acción privada del ofendido en delitos contra el honor (artículo 138° Código Penal), etc.”⁸⁹

E. Pena privativa de libertad mayor de 4 años

El artículo 268° literal “b” del CPP establece como uno de los presupuestos materiales que “la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”. Se trata de límite penológico, por medio del cual el legislador ha impuesto como condición que la prisión preventiva tiene que ser mayor a los 4 años de pena privativa de libertad. Nos encontramos ante una evaluación de la pena abstracta.

Al establecer el legislador penas privativas de libertad superiores a cuatro años, se desprende que por su excepcionalidad la prisión preventiva debe imponerse únicamente a delitos graves. Aquí resulta importante analizar brevemente la prognosis de la pena. Importancia que es destacada por la Casación N° 626-2013 (FJ 30, p. 25) cuando señala que:

“Implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversal con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada”.

Prognosis según el Diccionario de la Real Academia Española es el conocimiento anticipado de algún suceso, y trasladado al campo penal es interpretado como el conocimiento anticipado de la pena a imponer, o mejor dicho la pena probable a imponerse. Para tal tratamiento se necesita analizar la figura de la “individualización de la pena”, figura que, a pesar de estar ligada siempre a la actividad judicial, creemos que, en estos casos de prisión preventiva el Fiscal debe fundamentar su prognosis de pena, lo que le permitirá, a su vez, la posibilidad de ser debatido en la

⁸⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Derecho Penal Parte General, Grijley, Lima, 2006, p. 230.

audiencia por la defensa del imputado, y al final valorado por el Juez. Por lo que, no basta con que el Fiscal en su pedido de prisión preventiva fundamente este presupuesto estableciendo únicamente que la pena del delito es superior a cuatro años.

La determinación de la pena es el procedimiento por el que se fija la pena concreta que se impone a una determinada persona, responsable de una determinada conducta delictiva⁹⁰. En este sentido, si se asume que el delito es un injusto culpable y graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable⁹¹. Se trata de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales⁹².

Actualmente la “individualización de la pena” se encuentra prevista en el artículo 45-A del Código penal (artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley N° 30076, del 19/08/2013). Es de destacar que antes de esta regulación legal existía un vacío en los parámetros para determinar el quantum de la pena, se contaba únicamente con el artículo 45 (presupuestos para fundamentar y determinar la pena) del Código penal. Situación que hizo que se elaboren varios instrumentos jurídicos: Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 (Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena), Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Determinación de la pena y concurso real), y el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 (Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena), los cuales buscaron establecer parámetros a tener en cuenta al momento de establecer la pena. Luego se emitió la Circular de la Presidencia de la Corte Suprema relativa a la correcta determinación judicial de la pena (Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ, 02/09/2011) donde ya se hace referencia al sistema de tercios.

Toda esta evolución normativa termina con la promulgación de la Ley N° 30076, que incorporó el artículo 45-A (*individualización de la pena*) al Código Penal, estableciendo que la determinación de la pena debe basarse bajo los *principios de proporcionalidad de las penas y de motivación judicial*. Este artículo viene a enmarcar el procedimiento a seguir para determinar la pena, que debe seguir 2 etapas: *identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta*⁹³. El primero

⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 741.

⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 23, 2008, p. 199.

⁹² Prado Saldarriaga, Víctor. Consecuencias jurídicas del delito, IDEMSA, Lima, 2016, p. 197.

⁹³ Para más detalles, Prado Saldarriaga, Víctor. La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076, en Determinación judicial de la pena, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 50.

parte de la pena conminada en el tipo penal, permitiendo reconocer el mínimo y máximo de pena. Por ejemplo, en el delito de homicidio simple (artículo 106 del Código penal) se establece un mínimo de 6 y máximo de 20 años; sin embargo, cuando se tienen tipos penales incompletos en razón de la pena a imponer, como sucede con el delito de Parricidio (artículo 107 del Código penal) que establece únicamente que la pena a imponer será no menor de 15 años, se tiene que acudir al artículo que regula la figura de la “duración de la pena privativa de libertad” (artículo 29 del Código penal) que establece que la pena mínima es de 2 días y la máxima de 35 años. Entonces el delito de Parricidio tendrá como pena mínima 15 y máxima de 35 años. La *segunda etapa* se encarga de establecer la pena concreta que se impondrá al sujeto por el hecho delictivo cometido en calidad de autor (autor directo, mediato, coautor) o partícipe (instigación, complicidad primaria, complicidad secundaria).

El supuesto regulado en el artículo 268° literal “b” del CPP tiene un contenido interpretativo distinto al desarrollado en el artículo 269°.2 del CPP para valorar el peligro de fuga, en este caso la norma se refiere a una expectativa de comportamiento del procesado como producto de la carga psíquica que una posible sanción penal genera en el imputado, que lo podría incitar a no afrontar el proceso penal.

Capítulo 3. El peligro procesal

Se trata de un presupuesto material que contiene dos elementos: peligro de fuga y de entorpecimiento de la actividad probatoria. Estos presupuestos pueden presentarse individualmente o en conjunto, para acreditar el peligro procesal basta con identificar la existencia de alguno de ellos, no es admisible las sospechas o presunciones, por lo que si no es posible reconocer la presencia de alguno de estos elementos no puede acreditarse el peligro procesal.

La Circular sobre prisión preventiva en el primer párrafo, considerando tercero afirma que los elementos desarrollados en los artículos 269° (peligro de fuga) y 270° (peligro de obstaculización) del Código Procesal Penal constituyen:

“(…) una guía –sin duda flexible o abierta– para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos para justificar la imposición de una medida procesal tan grave como la prisión preventiva. Tales lineamientos tienen como objetivo evitar la justificación de la misma sobre la base de resoluciones estereotipadas o con una escasa motivación en el ámbito nuclear del *peligrosismo procesal*”.

La aseveración de la existencia de indicios o elementos de prueba incriminantes no constituyen *per se*, justificación del peligro procesal, por lo que el peligro procesal debe ser individualizado desde la capacidad del imputado para constituir sujeto de riesgo, así estamos ante la cualidad de un sujeto para realizar actos de frustración procesal, habrá de afirmarse su «peligrosidad procesal». La «peligrosidad procesal» se compone de dos elementos: la aptitud o disposición material y la actitud o disposición anímica. Así, al calificar a un sujeto como peligroso procesalmente, se afirma:

- a) Que dispone de capacidad (material e intelectual) para acceder y alterar el objeto específico de la protección cautelar. Pero que pueda actuar no significa que vaya a hacerlo, por lo que además debe precisarse si se exterioriza indicios externos de la conducta probable.
- b) Que dispone de capacidad anímica para hacer uso de la anterior capacidad de acceso y alteración. Que, está dispuesto, en definitiva a materializar el riesgo de frustración del proceso. Para apreciar esta disposición anímica (referida a

un acto futuro) no es esencialmente necesario que el sujeto ya haya frustrado el proceso, ni tan siquiera que lo haya intentado; en el supuesto que así haya sucedido hablaré de «peligrosidad procesal real». En caso contrario de «peligrosidad procesal potencial». Para poder afirmar la peligrosidad procesal es necesario, pues que concurra un elemento volitivo, se haya materializado o no tal elemento en un acto real consecuente. Esto permite negar el simple paso del tiempo justifique la imposición de una medida cautelar penal⁹⁴.

El elemento volitivo es de naturaleza subjetiva en su apreciación, en tanto se reconduce a actos concretos que puedan afectar de modo decisivo la continuación del proceso, frustrándose el mismo debido a la incomparecencia injustificada del imputado, lo mismo ocurre con aquellas situaciones o circunstancias que entorpezcan la actividad probatoria (búsqueda de fuentes, elementos de prueba y la actuación de medios de prueba).⁹⁵

En similar sentido SAN MARTÍN CASTRO afirma que “dos son los motivos de prisión preventiva que bajo su amparo postula nuestra ley (...) A. El *primer motivo* está referido a la pena prevista en el caso concreto para el imputado, siempre que se trate de la comisión un delito doloso (...). B. El *segundo motivo* se vincula a dos reglas, de carácter subjetivo, referidas al peligrosismo procesal: peligro de fuga y peligro de oscurecimiento de la actividad probatoria”⁹⁶.

Desde esta perspectiva, el peligrosismo procesal es el conjunto de condiciones personales que reúne el imputado, como agente portador de un riesgo concreto. Estos riesgos pueden ser el de peligro de fuga (art. 269° CPP) o el peligro de obstaculización (art. 270° CPP).

⁹⁴ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Ibídem, pp. 64, 65.

⁹⁵ Es doctrina mayoritaria que “el encarcelamiento preventivo se justifica, para neutralizar los llamados peligros procesales (de entorpecimiento de la investigación y fuga), cuando para preservar la doble finalidad que reconoce el penal: averiguación de la verdad y cumplimiento del derecho material. Siempre, a fin de justificar el encierro preventivo de una persona inocente desde el ángulo constitucional, pero imputada con elementos concretos de la realización de un delito (...)”. BRUZZONE, Gustavo. A. La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en el proceso penal. En: Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2005, p. 244.

⁹⁶ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La privación cautelar de la libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ibídem, p. 35.

Estos supuestos normativos se vinculan con un conjunto de circunstancias de carácter personal, a partir de las cuales se realiza una proyección, respecto de la capacidad atribuible al imputado o a terceros relacionados con él que puedan apoyarlo en la ejecución de un acto de frustración que eluda los dispositivos de protección y de control instituidos por el Estado para que se cumplan los fines procesales, materializando un riesgo de evasión, fuga u ocultamiento que obstruya la continuación del proceso o que se convierta en riesgo de frustración relacionada con la búsqueda de fuentes de prueba o con la obtención de elementos o medios de prueba, que pueden ser objeto de actos de destrucción, alteración o sustracción de fuentes, elementos o medios de prueba.

Cuando se indica que el imputado puede generar peligro para los fines del proceso no sólo se alude a la posible obstrucción de la actividad probatoria (oculten, alteren, destruyan las fuentes o elementos de pruebas) o a la eventual fuga o el ocultamiento del imputado, sino que esto incluye otras acciones de diverso género como es el asegurar la integridad psico-física de los investigados o testigos, etc.

El peligrosismo procesal requiere identificar con un alto grado de objetividad que acontecimiento nocivo de obstaculización o de frustración en concreto presumiblemente realizara, como para ser tratado como un agente portador de riesgos, por tanto, se requiere precisión respecto a si su conducta se enmarca dentro del peligro de fuga y/o de obstaculización, no siendo válida para sustentar esta medida de coerción cualquier alegación respecto de prevención de futuras e indeterminadas conductas o de conductas de terceros no vinculados al imputado como son el accionar de los funcionarios policiales, fiscales o judiciales o de auxiliares vinculados a estos (Ej. peritos).

Existen algunos casos en que el peligrosismo procesal se vincula con la peligrosidad criminal, influyendo esta última sobre la primera de modo tal que adquiere una connotación propia, como son los casos de personas que cometen delitos bajo circunstancias agravantes (artículo 46° - A del Código Penal), supuestos de reincidencia (artículo 46° - B del Código Penal) y habitualidad (artículo 46° - C del Código Penal), en estos casos, la situación de peligrosidad criminal del imputado denota un comportamiento indicativo de peligrosismo procesal.

Cabe concordar con SAGÜÉS “(...) que aun cuando conceptualmente la «peligrosidad procesal» y la «peligrosidad criminal» son dos figuras distintas, tiene a menudo puntos en común. Por ejemplo, la magnitud de la hipotética pena correspondiente al delito o delitos por el cual se acusa a alguien, sea por un hecho grave o por la existencia de pluralidad de

procesos en su contra, sea por un hecho grave o por la existencia de pluralidad de procesos en su contra (en los que por ejemplo, ha obtenido previas excarcelaciones) torna razonable- y así ocurre con frecuencia- que ha dicho inculcado no se le otorgue el beneficio de libertad provisional, a fin de impedir que eluda la actuación de los tribunales penales, alternativa a la que por ciento (en la hipótesis señaladas) podría estar muy tentado. Pero aquellas mismas circunstancias explicarían, por razones de peligrosidad criminal, igual limitación a su libertad. A su turno, si una persona hubiere violado libertades provisionales anteriormente otorgadas, o hubiese protagonizado previamente episodios de fuga, ello importa un serio indicio de su «peligrosidad procesal». Y si un sujeto hubiere registrado determinadas condenas- aunque estuviera cumplidas- en la medida en que eso pudiera incidir sensiblemente en una nueva pena grave que pudiera aplicársele, y esto, a su vez, pudiere conllevar razonablemente a entender que dificultaría la efectiva aplicación de la futura sanción (v. gr., como factor estimulante de fugas), la denegatoria de la excarcelación tampoco parece absurda, por motivos de peligrosidad procesal (que a la vez podría ser, en tal hipótesis, de peligrosidad criminal). En definitiva, el monto de la pena en juego o la historia criminal del inculcado importan factores en nada ajenos para valorar la posible «peligrosidad procesal» de un acusad, por el mero hecho de que ese mismo dato concierna asimismo a su «peligrosidad criminal»⁹⁷.

PUJADAS TORTOSA considera que “(...) la comisión de un delito, el móvil del mismo, la desvalorización social del acto, su forma de ejecución (circunstancias todas ellas que se usan como elemento indiciario para evaluar la peligrosidad) son sólo circunstancias que pueden 1) servir como indicio para valorar la capacidad material de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar (en el supuesto de comisión de delitos complejos, básicamente) o 2) poner de manifiesto la necesidad de prestar atención a circunstancias psíquicas del sujeto (por ejemplo, a partir de determinados móviles o de la comisión de delitos con un elevado grado de desvalorización del acto). Pero en ningún caso cabe afirmar que la comisión de un delito tenga, en la apreciación de la peligrosidad procesal, el papel primordial que juega en la de la criminal (...)”⁹⁸.

Al respecto RAGÜÉS precisa que “la prisión preventiva sólo será legítima como medio en la prevención de delitos, en aquellos casos en los que, si el imputado permaneciera en libertad, existiría un riesgo grave y

⁹⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. “La libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Argentina”. Ob. cit., p. 220.

⁹⁸ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Ibidem., p. 209.

concreto de alteración de la paz social o de lesión o puesta en peligro grave de los bienes jurídicos más importantes, sin que para conjurar dicho peligro, exista ningún medio menos lesivo que la privación de libertad del imputado”⁹⁹.

Un caso especial nos lo plantea el Acuerdo Plenario N° 7 - 2006/CJ-116 cuando establece que:

“La no inscripción de una persona ante la RENIEC es sólo un dato indiciario que el Juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal –y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria-, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado”.

Conforme se aprecia los indicios para determinar el peligrosismo procesal, puede tener orígenes diversos, cabe concluir que no se exige certeza respecto de la proyección de las conductas que se pretende neutralizar, basta la identificación de elementos que permitan concluir que intenta eludir o perturbar la acción de la justicia, sólo así es admisible contrarrestar su accionar actual o inminente mediante la imposición de medidas coercitivas que restrinjan su libertad.

En síntesis, no basta con proponer la existencia del peligro procesal, porque esta es un presupuesto material abstracto, se requiere identificar el peligrosismo procesal, en tanto que este representa las condiciones particulares por las que el imputado se convierte en un riesgo concreto para la investigación o para el proceso. De no darse la acreditación de los presupuestos materiales descritos en los artículos 269° y 270° del CPP, no podremos postular la existencia del peligrosismo procesal, ello traerá como consecuencia la no imposición de la prisión preventiva, conforme lo indica el tercer párrafo del considerando segundo de la Circular cuando señala que:

“Si no se cumple con el primer presupuesto material y el inicial motivo de prisión, el Juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal”.

⁹⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Prisión provisional y prevención de delitos ¿Legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del enemigo?”. En Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. CANCIO MELIA, Manuel, GOMEZ-JARA, Carlos (Coordinadores), Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 716.

3. 1. Peligro de fuga

El peligro de fuga se refiere a la posibilidad de que el imputado evite no someterse al proceso, eludiendo o burlando la acción de la justicia, mediante la fuga o el ocultamiento. “La posibilidad de que el procesado se fugue debe ser analizada en conexión con varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de un posible sentencia prolongada. En consecuencia, si los órganos judiciales que intervienen en un caso determinado no pueden demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada”¹⁰⁰.

La dimensión o ámbito que se pretende proteger es la cautelar-final, ante el riesgo de fuga que podría generar en el procesado el miedo real a una previsible condena, dicho juicio se formula sobre la base de un conjunto de circunstancias concurrentes en la etapa procesal intermedia, en cuya ponderación se debe considerar la falta de arraigo, la proximidad del juicio oral, la confirmación o firmeza del procesamiento, naturaleza del delito y la pena solicitada por la acusación, entre otras razones objetivas de las que se pueda deducir fundadamente la posible. Es de notar que esta dimensión juega normalmente como un momento de un continuum en el que la eficacia de la fase cautelar-instrumental sirve para reforzar la conciencia de la necesidad de la segunda fase.

El artículo 269° del Código Procesal Penal modificado por Ley N° 30076 describe en amplitud lo que se debe entender por peligro de fuga. Así por peligro de fuga se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.

En tal sentido “el juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal del imputado en un determinado delito ha de ser conjugado con el *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento que (...) viene determinado por el peligro de fuga o de ocultación del imputado”¹⁰¹.

¹⁰⁰ LÓPEZ GARELLI, Mario. “derecho a la libertad personal y al debido proceso: algunos casos recientes en el sistema interamericano de derechos humanos”. En: *Ius et Praxis*, volumen N° 5, número 1, Universidad de Talca, 1999, p. 279.

¹⁰¹ GIMENO SEDRA, Vicente. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Ob. cit., p. 447.

Como dice ASECIO MELLADO “no cabe, pues, una interpretación automática de ninguno de los elementos de referencia establecidos en la ley, ni siquiera la gravedad de la pena por muy elevada que esta sea. Muy al contrario, el Juez debe ponderar todos ellos y su incidencia real y práctica en el caso (...)”¹⁰².

Dentro del ámbito de examen del peligro de fuga, no se encuentra la complejidad del proceso, pues si bien este elemento incide sobre la duración del proceso, y por tanto está referido a la tramitación del proceso, no tiene ninguna incidencia sobre la posible conducta que pueda asumir el sujeto pasivo de la medida coercitiva.

En el contexto normativo referido, “la prueba del denominado peligro de fuga se resume a sustentar racionalmente que el imputado, con un mal ejercicio de su libertad, optará por rehuir o pasar a la clandestinidad, imposibilitando, con su ausencia, la realización o continuación de la condena. De la misma forma, la demostración del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, consiste en evidenciar que el imputado con su comportamiento, obstaculizara la reconstrucción de la verdad histórica. Concretamente se busca:

- 1) Impedir la desaparición física de elementos de prueba o su alteración, coaccionar o sobornar a testigos para que no declaren o lo hagan de manera que beneficien al procesado.
- 2) Evitar la manipulación de futuros elementos probatorios o actos de investigación.
- 3) Tener al procesado a disposición de los órganos de juicio

(...) Pero también podría considerarse, en principio, que en los siguientes supuestos la imposición de un mandato de detención resulta útil:

- Cuando se trate de una persona de gran capacidad de corromper a los funcionarios públicos, entre ellos, cuando se trata de un colegiado, a uno de los juzgadores.

¹⁰² ASECIO MELLADO, José María. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. Ibidem, p. 26.

- Cuando tenga en su poder indirectamente o de manera directa pruebas materiales.
- En los delitos de bandas y otros delitos económicos en los que existe prueba documental que puedan ser desaparecidas o manipuladas y en los delitos de corrupción política.
- Cuando se trate de sujetos adictos a sustancias estupefacientes.
- Cuando no tuviese domicilio conocido.
- Cuando sea una persona indocumentada y cuya verdadera identidad no se haya podido establecer (expósitos, extranjeros, indocumentados)”.¹⁰³

En el caso de que exista una pluralidad de individuos comprendidos deberá además de observarse su comportamiento individual, la presencia de claros elementos respecto de una estrategia conjunta dilatoria de un comportamiento procesal u otros que tiendan a evitar que la investigación judicial pueda manejarse óptimamente.

Al examinar el peligro de fuga debe apreciarse las particulares condiciones del investigado, que permitan con suficiente probabilidad determinar, la existencia de una posible fuga.

“Por lo tanto, el peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente o según criterios abstractos, sino, con arreglo al claro texto de la ley y sólo en razón de las circunstancias del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada, según el caso, no se puede derivar, sin más la sospecha de fuga. (...) Por lo tanto, la mera entidad del delito reprochado nunca puede por sí sola ser obstáculo a la libertad, sino que debe entenderse como una pauta más para valorar en el caso concreto la posibilidad de elusión. No basta entonces, con la seriedad de la imputación para habilitar la procedencia

¹⁰³ SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. “La prisión preventiva. La demostración del *periculum* procesal en el jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Ob. cit., p. 231.

de la prisión preventiva, dado que no puede construirse sobre esta base una presunción iuris et de iure”¹⁰⁴.

La concurrencia de los riesgos anotados que afectan la consecución de los fines a los que aspira el Estado mediante el proceso penal debe ser objeto de una delicada y minuciosa evaluación por el juez, por lo que de no existir riesgo procesal o este puede ser evitado corresponde imponer comparecencia simple conforme lo establece el artículo 286°.2 del CPP.

Si bien la norma está vinculada a que se rechace la imposición de la prisión preventiva por no concurrir los presupuestos materiales (peligro de fuga o de obstaculización), queda claro que el alcance extensivo de este artículo nos lleva a asumir que su aplicación se extiende a las medias medidas de coerción procesal de naturaleza personal.

La tarea del Juez de la Investigación Preparatoria es analizar si existen elementos objetivos, que permitan presumir que el imputado intentará eludir la acción de la justicia, pues justamente por estar en la etapa inicial de acopio de información, es necesaria la alta probabilidad, como relación de conocimiento, para tener por probado el peligro que funde legítimamente la necesidad de una medida cautelar tan restrictiva del derecho a la libertad como es la privación de libertad durante el proceso. Para determinar con precisión la existencia del peligro de fuga, el Juez deberá valorar en conjunto:

A. 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.

Por arraigo¹⁰⁵ se entiende las condiciones propias de cada imputado que lo sujetan a un determinado espacio geográfico. Se determinan estas condiciones estableciendo un vínculo entre el procesado, las razones familiares o materiales que inciden en su permanencia en la localidad. Se trata por tanto, de un dato esencial para ponderar la posible inclinación de fuga del imputado.

¹⁰⁴ LA ROSA, Mariano, R. Exención de prisión y excarcelación. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 500, 501.

¹⁰⁵ Concordando con esta definición DEL RÍO LABARTHE señala “el arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. La falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes (v. gr. Medios económicos)”. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 53.

Así debe examinarse el vínculo con la familia (dentro de ella si tiene hijos o personas a su cargo), su profesión u oficio, su estabilidad laboral, domicilio fijo, e incluso su reputación, la existencia de bienes propios en el país y todo otro elemento objetivo que permita entender al juzgador que si el procesado rehuyera la acción de la justicia, la afectación que se causara a su persona sería más grave, que si se sujetara al proceso.¹⁰⁶

En contrasentido, es posible sostener que existe peligro de fuga, si realizado una evaluación integral de las circunstancias existentes se determina que:

- a. El imputado no tiene domicilio conocido o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajos asentados en el país; o
- b. Que el imputado disponga de facilidades para abandonar el país ya sea como producto de las relaciones que mantenga con residentes de otros países que puedan facilitar los medios, condiciones o ayudarlo a preparar y ejecutar la huida o para permanecer oculto; o
- c. Las circunstancias que incidan en la movilidad del imputado tales como su salud, conexiones con otros países y medios económicos y materiales. Por último dentro de este ámbito puede considerarse la edad del imputado pues esta puede ser un elemento a valorar en caso sea necesario determinar el arraigo.

Asimismo cabe puntualizar que “el riesgo de ocultamiento se torna insuficiente pasado cierto plazo, pues disminuye en la medida que se dilata la detención, ya que el lapso de

¹⁰⁶ Para SAN MARTÍN CASTRO, el peligro de fuga, “se reconduce a cinco elementos valorativos: gravedad del delito, naturaleza y caracteres de éste, circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena, circunstancias del imputado-referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes- y conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales e incompencia del imputado al llamamiento judicial”. SAN MARTÍN CASTRO, César. “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004. Décimo año. Edición 2004. Tomo II. 10° Edición. Editor Honrad-Adenauer-Stiftung Asociación Civil. Uruguay, p. 629.

ésta será computado a efecto del cumplimiento de la eventual pena”¹⁰⁷.

B. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento

El artículo 269.2° del Código Procesal Penal establece como un elemento de valoración del peligro procesal la gravedad de la pena, se trata de una proyección que hace juez de la investigación preparatoria de la pena privativa de la libertad que impondría el juez unipersonal o el colegiado en caso condene al imputado.

Estamos ante un elemento de valoración distinto del establecido en el artículo 268° literal “b” del CPP y que debe interpretarse como la pena abstracta, es decir, el marco de pena señalado en el Código Penal para cada tipo penal, a la que puede sumarse la agravante estipulada para el tipo penal agravado.

Debemos resaltar el carácter gravedad de la pena, para aludir al efecto que puede generar en el sujeto pasivo de la medida de coerción la posibilidad de cumplir una pena privativa, que por su intensidad limitara sus expectativas de vida. Así estamos ante la expectativa que genera en el imputado la carga psíquica de ser pasible de una posible sentencia condenatoria con pena efectiva grave.

Si bien el presupuesto desarrollado es en buena cuenta un pronóstico sobre un comportamiento futuro con el fin de determinar el peligrosismo procesal, generada a partir de circunstancias personales, no debe dejarse de lado que no hablamos de una mera expectativa de una pena grave, dado que tal interpretación implica *per se* que el imputado evitará sujetarse de la acción penal, esto no es posible determinarse sólo de la proyección de la pena concreta, pues se trataría de una conclusión apriorística acerca del comportamiento de toda persona sometida a un proceso penal, cuya consecuencia convertiría a la medida coercitiva en una pena anticipada o una medida de seguridad.

Al respecto el Tribunal Constitucional tiene señalado que:

“La medida coercitiva no debe justificarse solo en la prognosis de pena, pues ello supondría invertir el Principio de Presunción de Inocencia por el de

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 2/97, párrafo 41.

criminalidad. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que pueden tomarse en cuenta tanto el argumento de la seriedad de la infracción como la severidad de la pena para analizar el riesgo de evasión del detenido, sin embargo, al aplicarla se puede desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola en un sustituto de la pena privativa de la libertad”.¹⁰⁸

Precisando el alcance interpretativo del artículo 268° literal “b” del CPP el Tribunal Constitucional acota:

“Cuando el NCPP dispone que debe valorarse la pena a imponerse queda claro que exige una prognosis de la sanción. El juez no solo debe revisar la pena conminada, debe analizar, además cuál es la pena probable (pena concreta). Un análisis de la norma obliga a descartar la prisión preventiva en los casos en que la pena conminada en su extremo máximo no supere los 4 años de pena privativa de libertad. Pero incluso cuando la misma supere dicho límite, debe valorarse si en el caso concreto la gravedad del delito es suficiente para elegir una pena superior a los 4 años. Para ello se deben tener en cuenta elementos distintos a la pena conminada, *factores que califican la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho* (arts. 45° y 46° del CP)”.¹⁰⁹

De este modo, la gravedad de la pena debe reconducirse a una proyección de la pena concreta como resultado del proceso penal, desde dos perspectivas: a) criterios para la aplicación de la pena (art. 45 del CP); y b) criterios para la individualización de la pena.

Ambos presupuestos deben entenderse como una proyección que realiza el juez sobre la cantidad de pena concreta que recaería si el imputado fuera declarado culpable, esto se realiza sobre los elementos de juicio existentes y sobre las condiciones personales del imputado.

En esta misma línea de pensamiento señala GIMENO SENDRA refiriéndose al peligro de fuga que “(...) este peligro de evasión del imputado se acrecienta en la medida que el hecho imputado sea de mayor gravedad, y, por tanto, la futura pena a imponerse sea más grave. De

¹⁰⁸ Exp. N° 1260- 2002-HC/TC. Lima 09 de julio del 2002.

¹⁰⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Ibidem*, p. 48.

aquí que el *periculum in mora*, en nuestro procedimiento penal ofrezca un marcado carácter cuantitativo. Si el hecho punible no lleva aparejado pena privativa de libertad alguna o puede en el futuro beneficiarse el condenado de la suspensión de la pena, habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga, por lo que decaerá la necesidad de la medida cautelar”¹¹⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 2/97, resalta la importancia de este presupuesto cuando señala:

“La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia”.

Es necesario matizar lo expresado, pues sin perjuicio de la penalidad establecida para el hecho imputado, la presunción en abstracto de que el imputado, conociendo la posibilidad de un pronunciamiento condenatorio que importe la privación de su libertad, se sustraerá a la acción de la Justicia, debe estar fundamentada en elementos sustanciales de juicio, si en el caso concreto no existe fundamentos o existiéndolos resultan insuficientes, sustentar la imposición de la prisión preventiva basado en este presupuesto es irrazonable y desproporcionado.

Así no basta que la medida coercitiva parezca adecuada en abstracto al fin perseguido por la ley, es necesario además que existan otros elementos de convicción suficientes para fundar que este presupuesto es determinante.

Desde la perspectiva la prisión preventiva que tiene como fundamento evitar que se frustre la acción de la Justicia, esto es, que se entorpezca la investigación o que se eluda su decisión (condena), no es suficiente la mera referencia a la pena establecida para el delito por el que se acusa, ello no constituye un fundamento válido para su dictado, debiéndose precisar en cada caso cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permiten presumir fundadamente que el imputado intentará burlar la acción de la Justicia.

¹¹⁰ GIMENO SEDRA, Vicente. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Op. cit., p. 447.

Concordante con lo expresado es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para quien:

“El riesgo de fuga no se puede apreciar únicamente sobre la base de la gravedad de la pena; se debe analizar en función de un conjunto de factores suplementarios que puedan confirmar la existencia de un peligro de desaparición o bien induzcan a pensar que este peligro es remoto y, por tanto no puede justificar la prisión preventiva”.¹¹¹

C. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo

La Ley N° 30076 de fecha 19 de agosto de 2013 modifica el artículo 269°.3 del CPP eliminando el texto primigenio que decía la “importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él” y la reemplaza por *“la magnitud del daño causado y la ausencia de un actitud voluntaria del imputado para repararlo”*. Dos supuestos se presentan:

- a. La magnitud del daño causado.- Respecto de la magnitud del daño causado, hablamos de la intensidad de la lesión efectiva y concreta que sufre el sujeto pasivo en la disponibilidad del bien jurídico tutelado, es decir, la afectación de cierto modo particular, pero permanente que le impide al titular del bien jurídico el disponer de los propios derechos.

En este contexto mientras más grave es el daño causado, mayor probabilidad existe que el imputado considere que será sujeto de una sanción penal efectiva, este elemento adquiere una relevancia especial en los casos en que el daño ocasionado es irreparable o cuando siendo reparable, el costo de su recuperación implica un tratamiento largo, costoso o provoque en la víctima un sufrimiento excesivo.

- b. La ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.- El derecho penal protege bien jurídicos, las afectaciones que realice el imputado y su posterior conducta para reparar dicho daño, deben ser compulsadas desde el

¹¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Neusmeister. Sentencia del 26 de junio de 1991.

primer momento en que es investigado, por ello si en el curso del proceso penal se aprecia la voluntad del procesado de reparar el daño ocasionado en el marco de sus posibilidades económicas, ya sea total o parcialmente, debe entenderse que se trata de un ánimo de colaboración de reparar el daño causado.

Esta voluntad de reparar el daño causado, debe influir necesariamente a efectos de determinar la imposición de una medida coercitiva menos aflictiva a la libertad personal a la que normalmente correspondería en tales casos, atendiendo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, y ello en razón que el ánimo de colaboración, permite suponer menores riesgos de fuga.

Es de precisar que no debe evaluarse el criterio magnitud del daño causado o la ausencia de un actitud voluntaria del imputado para repararlo de forma separada, es decir, no basta que se presente sólo alguno de estos criterios, pues el artículo 269°.3 del CPP establece el análisis concurrente de la magnitud del daño causado y la ausencia de un actitud voluntaria del imputado para repararlo, es decir, que ambos criterios deben ser analizados para realizar un juicio de procedencia.

D. 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

La actitud del procesado tanto en la investigación preliminar como en el proceso penal, es uno de los presupuestos claves para determinar si se sujetara a él o no, ello implica examinar la voluntad del procesado a no entorpecer el esclarecimiento de los hechos, de acudir a las citaciones efectuadas, más no obligación de proporcionar la información que lo vinculen con la imputación, pues ello generaría autoinculpación, y constituiría una afectación del derecho de defensa, en su vertiente de no incriminación), etc.

Cabe precisar que el riesgo de fuga no puede fundarse en el comportamiento demostrado en el momento de la detención, sino a partir de que el justiciable es llamado a declarar, en tal sentido se debe evaluar su conducta a lo largo de la investigación preliminar o del proceso penal.

“Cuando se evalúa el comportamiento del imputado durante el procedimiento, debe analizarse cuál ha sido su disposición frente al

proceso. Es posible evaluar si el imputado ha asistido a las diligencias para las que se ha requerido su presencia, pero ello en ningún caso obliga a considerar como conducta procesal indebida el hecho que éste no confiese, no declare, no diga la verdad o no colabore con la Administración de Justicia. Nadie puede ser obligado ni inducido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo (art. IX. NCPP)”¹¹².

Es de notar que cuando la norma se refiere al *comportamiento del imputado durante (...) otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal*, lo que se hace es establecer una pauta objetiva respecto de un mayor grado de realización de posibles actuaciones del imputado de sustraerse de la acción de la justicia o de entorpecer la labor de investigación. Cabe notar que no necesariamente la conducta previa del imputado, es en todos los casos indicativo de peligrosidad procesal, se requiere determinar si su actitud en el presente proceso será a no de sujeción al proceso penal.

E. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a la misma

La Ley N° 30076 de fecha 19 de agosto de 2013 elimina el segundo numeral del artículo 268° del CPP referido a los presupuestos materiales que decía “también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad”.

Asimismo la Ley N° 30076 modifica el artículo 269° del CPP incorporando un quinto numeral referido a “la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma”, se trata de un supuesto del peligro de fuga que lo que realmente persigue es evitar la reiteración delictiva.

El **crimen organizado** está constituido por las actividades de grupos criminales fuertemente estructurados y que realizan infracciones graves

¹¹² DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Ibídem*, p. 59.

como medio para conseguir beneficios y/o para obtener influencia política o social¹¹³.

La Ley N° 30077 como señala ORE SOSA, destierra el uso de los términos agrupación criminal (art. 152 inc. 8 CP), organización delictiva o banda (art. 179 inc. 7 CP), organización ilícita (art. 318-A lit. “b” CP) y asociación delictiva (art. 257-A inc. 1 CP), todos los cuales quedan sustituidos por la denominación organización criminal, pues el concepto de organización criminal comprende todas estas formas o manifestaciones de la criminalidad de grupo¹¹⁴.

El legislador proporciona un **concepto legal** de criminalidad organizada, en el artículo 2.1 de la Ley contra el Crimen Organizado cuando señala que se considera como tal:

“(…) a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves”.

Si bien podría pensar que se trata de una regla excepcional, pues se aplica para casos comedidos por una organización criminal, la Ley N° 30077- Ley Contra el Crimen Organizado ha establecido el marco conceptual en el artículo 2°.1:

“Para los efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada

¹¹³ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 615.

¹¹⁴ ORE SOSA, Eduardo. Organización criminal. a propósito de la ley 30077 ley contra el crimen organizado. Artículo disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3° de la presente Ley”.

Conforme la norma, una organización criminal, es aquella formado por cuando menos tres individuos, que tiene roles diferentes y cuyos esfuerzos en conjunto tienen por finalidad la concreción de los siguientes delitos: homicidio (Art. 108 CP), Secuestro (Art. 152 CP), Trata de Personas (Art. 152° CP), Violación del secreto de las comunicaciones (Art. 162° CP), Delitos contra el patrimonio (Arts. 186°, 189°, 195°, 196-A, y 197 del CP), Pornografía infantil (Art. 183° del CP), Extorsión (Art. 200° CP), Usurpación (Arts. 202° y 204° del CP), Delitos informáticos (Art. 207° - B, 207° - C del CP), Delitos contra la propiedad industrial (Art. 222° del CP), Delitos monetarios (252°, 253°, 254° del CP), tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279°, 279°-A, 279° - B, 279° - C, 279°- D del CP, Delitos contra la salud pública (Arts. 294°-A y 294-B del CP, Tráfico Ilícito de Drogas, modalidades descritas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del CP), Delito de tráfico de migrantes (Art. 303-A, 303-B), Delitos Ambientales (Art. 310-A, 310-B y 310-C del CP), Delito de marcaje (317°- A del CP), Genocidio, Desaparición forzada y tortura (Arts. 319°, 320° y 321° del CP), Delitos contra la Administración Pública (Arts. 382°, 383°, 384°, 387°, 393°, 393-A, 394°, 395°, 397°, 397°-A, 398°, 399°, 400° y 401° del CP), Delito de falsificación de documentos (427° primer párrafo del CP), Lavado de activos (Decreto Legislativo N° 106° modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6).

En los delitos anotados cometidos por tres o más personas, estamos ante un delito cometido en el marco de una organización criminal, por lo que el imputado que esté involucrado en cualquier grado de participación es considerado «peligroso criminalmente», es esta condición de la que genera la «peligrosidad procesal».

La reintegración a una organización delictiva por parte del imputado es otro supuesto de «peligrosidad procesal», se sustenta en la posibilidad de que la organización criminal proporcione los medios para facilitar la fuga del imputado.

3. 2. El peligro de obstaculización

“La peligrosidad es un estado subjetivo, referido a un objeto sí, pero indicativo de una determinada tendencia o intención personal. En mi opinión apreciar la peligrosidad procesal exige atender a una especie de

disposición anímica o predisposición para materializar el riesgo de frustración”¹¹⁵.

Desde esta perspectiva el peligro de perturbación u obstaculización de la actividad probatoria debe ser entendido como el accionar del imputado o de terceros vinculados a su persona, que tiene por fin entorpecer, alterar o cuando menos hacer mucho más difícil la búsquedas de las fuentes de prueba o la incorporación de los medios de prueba al proceso penal.

“Esta función pretende evitar que una conducta positiva (ilícita) del imputado puede ocasionar la desaparición de futuras fuentes de prueba, o en su caso la alteración de su veracidad”¹¹⁶. Es de notar que se exige que la probable obstrucción probatoria sea relevante en términos de limitar o cuando menos hacer difícil el esclarecimiento de los hechos imputados por parte del Fiscal de la Investigación Preparatoria.

ASENCIO MELLADO apunta que “ha de diferenciarse en este caso entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir una *capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba*, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta. En el caso de elementos de prueba personales habrá que apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El Juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso. Cuando de pruebas materiales se trate, el análisis judicial no ha de diferir mucho del anterior, y solo será procedente acordar la prisión provisional cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos. Es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse”¹¹⁷.

¹¹⁵ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibíd*em, p. 119.

¹¹⁶ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Ibíd*em, p. 60.

¹¹⁷ ASECIO MELLADO, José María. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. *Ibíd*em, pp. 27, 28.

A continuación desarrollamos cada uno de los supuestos previstos como peligro de obstaculización por el artículo 270° del Código Procesal Penal:

A. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba

Este presupuesto hace referencia a una probable actividad del imputado basado en su disposición material para eliminar, malbaratar, manipular, destruir u ocultar fuentes o medios de prueba que lo vinculen directa o indirectamente con la imputación. “Dicha conexión puede venir dada por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho enjuiciado (que indique la necesidad de analizar un determinado grado de capacidad organizativa e intelectual del imputado para planificar y ejecutar actos complejos), la situación social y familiar o las conexiones que el sujeto tenga con otros países, si se estima que en ellos pueda hallarse la concreta fuente de prueba”¹¹⁸.

Desde esta perspectiva la expresión razonablemente hace referencia a una “probabilidad inferencial” indicativa del alto grado de apoyo que las premisas referidas a la frustración procesal prestan a la hora de determinar en el caso concreto el grado de credibilidad racional respecto del peligro de obstaculización.

Así para establecer si efectivamente esto es posible, hay que determinar que fuentes o medios de prueba relevantes se encuentran en peligro real, por lo que no basta alegar peligro de obstaculización en abstracto, si antes, no se individualiza sobre qué medios es posible que se manifieste su afectación.

Dicho de otro modo “la disposición material de un sujeto se analizará observando el conjunto de sus recursos físicos e intelectuales para materializar un riesgo de frustración procesal (...). (Así):

- Dentro de los recursos físicos e intelectuales cabe observarse mecanismos o aptitudes directamente predicables del sujeto pasivo del proceso, pero también el apoyo que terceros puedan prestar tanto a la planificación como a la ejecución de un acto de frustración del proceso.
- Con lo anterior y asumiendo que ordinariamente el hombre delibera y luego ejecuta, habrá de admitirse la

¹¹⁸ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibíd*em, p. 126.

capacidad del sujeto tanto para planificar como para ejecutar un concreto acto de frustración del proceso.

- Para evaluar la disposición material habrá de atenderse, básicamente, a circunstancias que a) relaciones el sujeto pasivo del proceso con el objeto específico de la protección cautelar y b) referidas sólo al sujeto, resulten acreditativas de las capacidades, habilidades y aptitudes, mediatas o inmediatas, físicas e intelectuales, de dicho individuo.
- Existe una relación directa entre el análisis de la disposición material y la conexión existente entre el sujeto pasivo y el objeto específico de protección. Cuando más inmediatamente sea esa conexión, más fácil será el análisis de la disposición material. Cuando más alejada, mayores argumentos habrán de aducirse para afirmar la disposición material del sujeto. Generalmente dicha conexión se asocia con la titularidad de un derecho, lo que justifica lógicamente que una de las maneras de proteger el proceso consista en limitar ese derecho”¹¹⁹.

En conclusión, como bien dice ASECIO MELLADO “(...) el peligro de obstrucción ha de ser concreto en cada caso dado y no meramente genérico o abstracto (...) sin que valga una mera probabilidad abstracta basada en conjeturas o razonamientos generales”¹²⁰.

B. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente

El término “influir” hace referencia a la ascendencia que tiene el imputado sobre sus coprocesador, testigos o peritos, a efectos de incitar que estos últimos cooperen, participen, respalden o apoyen la posición del imputado con el fin de favorecerlo sabiendo que los hechos que narran son falsos, esto puede darse producto de la coacción, presión, inducción, amedrentamiento, amenaza o intimidación que sufre el coimputado, testigos o peritos para que informen falsamente.

Asimismo se puede presentar la situación contraria que la influencia del imputado está destinada a que el coimputado, los testigos o peritos se

¹¹⁹ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibidem*, pp. 24, 25.

¹²⁰ ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2 Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pp. 205, 209.

comporten de manera desleal, entendido esto, como aquella actitud tendiente a encubrir, proteger o esconder datos objetivos respecto de la participación del procesado en el hecho imputado.

El imputado puede también influir a efectos de que el coimputado, los testigos o peritos que declaren respecto de la participación del procesado en el hecho imputado, lo haga de manera reticente, ya sea demorando su participación como testigos o tomando una actitud evasiva, esquiva, ambigua, imprecisa o confusa.

La determinación de que el procesado pueda influir directa o indirectamente en sus coprocesador, testigos o peritos debe evaluarse a la luz del comportamiento del procesado a lo largo de la investigación, de su carácter y de sus antecedentes personales.

Es de notar que debe valorarse la disponibilidad de recursos o medios por parte del imputado tendientes a alterar o influir en otros procesados, testigos o peritos, a través de actos propios o por terceros, a la luz de las condiciones personales del procesado como puede ser el grado de ascendencia, influencia o de poder que podría ejercer sobre terceros.

Es importante determinar en qué etapa procesal se puede presentar el peligro de obstrucción de la actividad probatoria. Lo anotado es determinante en el sentido de que la intensidad del peligro de obstaculización o alteración de las declaraciones testimoniales no es uniforme, dado que el mayor peligro se presenta en la investigación preparatoria, pues en esta etapa en que el fiscal necesita individualizar su pretensión acusatoria en base a hechos con contenido penal, por tanto, necesitara de todos los medios legítimos de que disponga para concretar una congruente imputación, si esta, es insuficiente por falta de declaración testimonial o porque el testimonio del testigo o el informe del perito es alterado por amenazas o coacciones la imputación decrecerá poniendo en riesgo el inicio del proceso penal o su continuación.

Caso contrario se presenta en el curso del proceso penal, pues como señala la Corte Suprema en Pleno Jurisdiccional vinculante:

“Cuando se trata de testigos e imputados que hayan declarado en sede preliminar de investigación policial y/o en fase instructiva (indistintamente), en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuada con las garantías exigibles legalmente; situación que se extiende a las declaraciones en sede policial siempre que cumplan con lo expresamente

estatuído en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor. *El Tribunal (...) tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a una u otras de tales declaraciones*, pues puede ocurrir, por determinadas razones-que el Tribunal debe precisar cumplidamente-, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho en juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verisimilitud y fidelidad-cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción”¹²¹.

Como expresa la ejecutoria vinculante el órgano jurisdiccional valorara cuál de las declaraciones brindada ya sea en etapa de investigación preparatoria o en el curso del juicio oral le resultan más convincentes, para tomar una decisión de la responsabilidad del procesado, ello significa que aun en el supuesto que sea posible determinar la existencia de riesgo de obstrucción de la declaración del testigo o de la ratificación o sustentación de la pericia por parte del perito, el órgano jurisdiccional eligiera cual o cuales de estos medios de prueba brindados en espacios temporales distintos le ofrecen mayor credibilidad.

En contraposición se presenta peligro de obstrucción probatoria, si se determina una posible amenaza a la vida o integridad del testigo, perito, órgano jurisdiccional, fiscal que provenga del imputado o terceros vinculados a su persona.

C. Inducirá a testigos, peritos o coimputados a realizar comportamientos obstruccionistas o actos de no colaboración con el esclarecimiento de los hechos

Para evaluar las posibilidades de que el procesado influencie a otros a que actúen en su nombre se debe partir de la naturaleza del delito y de la repercusión que la posible condena repercutirá en otras personas, por ejemplo en los delitos como asociación ilícita para delinquir, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, robo agravado, etc. En estos casos las posibles repercusiones que la sentencia alcance sobre los integrantes no procesados inciten a éstos a proteger al imputado, a efectos de proteger así mismo.

¹²¹ Ejecutoria Suprema R. N. Exp. N.º 3044- 2004. Lima, 1 de diciembre de 2004.

Asimismo la inducción, incitación o instigación a cometer actos de sustracción de la persona del imputado o de obstrucción probatoria debe observarse a partir la ascendencia del imputado sobre terceros, esta puede ser producto de la posición de poder o de influencia que ostenta en una organización, empresa o institución en cuanto le permita ordenar a sus subordinados o personas dependientes de su persona la destrucción, alteración u ocultamiento de fuentes o medios de prueba.

Podemos concluir que por peligro de obstaculización se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado con su comportamiento o influenciado a otros a que actúen en su nombre entorpecerá la averiguación de la verdad en alguna de las modalidades previstas por el artículo 270° del Código Procesal Penal. Dicho de otro modo la prisión preventiva vinculada al peligro de obstaculización tendría que responder a una necesidad realmente existente y justificable para tener por cumplida su finalidad cautelar-procesal.

La prisión preventiva es una medida de coerción procesal graduable y variable, tanto durante la investigación preparatoria como durante el transcurso del juicio oral, desde esta perspectiva el juez penal dispone de una herramienta flexible en la tarea de conducir el proceso en sintonía con el respeto de pautas constitucionales reconocedoras de la dignidad de la persona imputada, en especial la presunción de inocencia como límite al *ius puniendi*.

De modo que la posibilidad amplia de atenuar, en niveles esencialmente graduables, no sólo amplía las chances de que transcurra el proceso en libertad, sino que a su vez permite contrarrestar los efectos negativos de la decisión inicial del encierro provisional del imputado, a partir de una reevaluación de los presupuestos que se presente en un determinado momento.

Así corresponde el Juez de la Investigación Preparatoria la facultad jurisdiccional de fijar, de acuerdo a la pretensión propuesta, si las condiciones que fueron presentadas inicialmente han cambiado, y es posible que se asegure la comparecencia del imputado en juicio mediante otros mecanismos coercitivos menos aflictivos de la libertad.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

- Los presupuestos materiales son un estándar de calidad que limita la facultad del Fiscal de requerir la prisión preventiva, más allá de encontrar datos adversos sobre la conducta del imputado, le exige explicar y sostener a través de un alto nivel de contrastación, la información disponible que sea capaz de predecir un comportamiento futuro del imputado como portador de riesgos para el proceso penal, el cual debe estar debidamente corroborado con elementos de prueba o indicios.
- Los presupuestos materiales son requisitos que exige el CPP para evitar que se requiera la prisión preventiva como una sanción adelantada.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿En qué consiste el peligro de fuga?

2) ¿Cuáles son los supuestos del peligro de entorpecimiento?

3) ¿Cuál es la diferencia entre peligro de fuga y peligro de entorpecimiento?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Casación N° 626-2013-Moquegua
- 2) Casación N° 631-2015- Arequipa
- 3) Circular sobre Prisión Preventiva N° 325-2011-P-PJ
- 4) Directiva N° 002-2013-MP- Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD III.

PLAZO RAZONABLE Y CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA



PREGUNTAS GUÍA

- 1) ¿A quién le corresponde la carga procesal de alegar los presupuestos de la cesación de prisión preventiva?
- 2) ¿Cuáles son los criterios para determinar la racionalidad del plazo de prisión preventiva?

Capítulo 1. Plazo de la prisión preventiva

La posibilidad que el órgano jurisdiccional tiene de aplicar las medidas coercitivas como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan la libertad. Este trato implica establecer un plazo razonable para que un ciudadano acusado de un delito sea procesado y condenado contado desde la fecha de aprehensión del imputado; por tanto, la extensión temporal del proceso está fijada por la ley de un modo previo, preciso y categórico, como toda limitación a las libertades fundamentales¹²².

El primer párrafo del artículo 272° del Código Procesal Penal señala el límite máximo de la prisión preventiva en 9 meses para procesos comunes, este plazo constituye un parámetro objetivo respecto de la permanencia del imputado en reclusión.

En términos de Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Un “(...) límite de tiempo (que) tiene como objeto proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado. El Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema”.¹²³

El plazo máximo que establece la norma procesal constituye una “la limitación temporal (que) se encuentra establecida no en el interés de la justicia sino en el del acusado”.¹²⁴ Asimismo constituye un parámetro de razonabilidad al “expresar una exigencia de equilibrio entre una justicia

¹²² Por ello se dice que “el Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maqueda. Sentencia del 17 de enero de 1995, párrafo 25.

¹²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 12/96, párrafos 76, 77.

¹²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 35/96, párrafo 70.

administrativa sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada ni sumaria”¹²⁵.

El artículo 272° segundo párrafo del Código Procesal Penal establece que en casos de procesos complejos el plazo máximo de prisión preventiva es de 18 meses. En estos casos lo que se evalúa son factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, el alcance de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o imputados, la seguridad¹²⁶ especial que amerite un particular proceso¹²⁷ debido a la gravedad del tipo penal y algunos otros elementos propios de cada caso, que objetivamente permitan calificar un determinado proceso como complicado¹²⁸.

Asimismo “una forma coherente de entender el supuesto del plazo especial por complejidad del proceso, y limitar el peligroso abanico de posibilidades que genera, es asumir que el criterio de complejidad suponga conjunción de las circunstancias consistente en:

- Pluralidad de imputados y pluralidad de agraviados; y,

¹²⁵ TROCKER, Nicolo. “Nuevo artículo 111 de la Constitución, el proceso justo en materia civil, perfiles generales”. Revista Trimestral de Derecho y Proceso Civil. N.º 2. Milán, 2001, p. 407.

¹²⁶ “La seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “[...] 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 período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar” (Informe N.º 2/97)”. Exp. N.º 7624-2005-PHC/TC. Lima, 27 de julio de 2006.

¹²⁷ El Tribunal Constitucional considera “(...) que la seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención”. Exp. N.º 07624-2005-HC/TC. Lima, 2 de agosto de 2006.

¹²⁸ En lo atinente a “la complejidad del asunto, este Colegiado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “para su valoración es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”. Exp. N.º 549-2004-HC/TC. Lima, 21 de enero de 2005.

- Pluralidad de imputados en el que el agraviado sea el Estado (...)”¹²⁹.

Por su parte el artículo 274°.1 del Código Procesal Penal indica que es posible la prolongación del plazo de prisión preventiva hasta 18 meses en casos de procesos no complejos, cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia.

Como nos recuerda VÁSQUEZ VÁSQUEZ “los presupuestos para que la prolongación del plazo de detención sea válidamente emitida son: Que en el proceso existan circunstancias que importen una especial prolongación de la investigación; y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia (...) la especial dificultad, no está referido a la pluralidad de imputados o agraviados, circunstancias que determinan en la norma la aplicación del plazo especial de detención por complejidad del proceso. La especial dificultad o prolongación de la investigación puede entenderse referida por ejemplo a la necesidad de realizar informes periciales complejos e inusuales que ameriten recopilación abundante de muestras y multiplicidad de exámenes, o cuando para cumplir con el objeto del proceso sea necesario recabar información en el extranjero; situación que producen la necesidad de una considerable prolongación de la investigación judicial”.¹³⁰

Cabe precisar que no es posible solicitar la prolongación de la prisión preventiva basado en la actitud negligente del órgano funcional, pues “la dilación indebida del proceso no imputable al beneficiario de la acción no puede ni debe afectarle; por lo que la deficiencia administrativa (ello) (...) viola los derechos del encausado reconocidos en el apartado c) del tercer párrafo del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles que garantiza que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas. (Así) la medida preventiva privativa de la libertad no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos de la investigación judicial y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano, como lo establece el artículo 1° y el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado”¹³¹.

¹²⁹ VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. “Plazo y suspensión de la detención judicial”. Revista Actualidad Jurídica. Tomo 97. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, diciembre 2001, p. 73.

¹³⁰ VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. “Plazo y suspensión de la detención judicial”. Op. cit., p. 74.

¹³¹ Exp. N° 110-99-HC/TC. Lima, 22 de junio de 1999.

En tal sentido la ampliación del plazo inicial de la prisión preventiva requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello y ha de adoptarse antes de que el plazo inicial haya expirado. Ello resulta concordante con lo expresado por el Tribunal Constitucional que ha señalado que:

“El inciso 24 del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal, el cual tiene un doble carácter. En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Cfr. Exp. N° 1091-2002-HC/TC), en virtud de lo cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales. Es por ello que la determinación del plazo razonable de detención no puede tomar en consideración únicamente la presunción de inocencia y el derecho a la libertad del procesado, sino que la constitucionalidad de la prisión provisional encierra el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, como una manifestación negativa del derecho a la libertad personal”.¹³²

Los supuestos previstos por el artículo 274º del Código Procesal Penal son:

- a. El plazo máximo de prisión es de 9 meses, en casos complejos será de 18 meses, estos plazos pueden ser duplicados en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, o espionaje, o de procesos de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados o en agravio de igual número de personas.
- b. El plazo máximo de prisión preventiva puede ser prolongado por un plazo igual siempre que concurren circunstancias que

¹³² Exp. N.º 7624-2005-PHC/TC. Lima, 27 de julio de 2006.

importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, pero, no es suficiente que el proceso haya sido declarado complejo, sino que es además necesario que el imputado pudiera sustraerse de la acción de la justicia, ello tiene que estar fundamentado en auto debidamente motivado a solicitud del Fiscal y con conocimiento al inculpado.

Cumplido los plazos máximos corresponde que el órgano jurisdiccional varíe la medida cautelar, decretando la libertad del imputado, cuidando si el caso lo amerita de imponer comparecencia sin restricciones u otra medida cautelar que cumpla con sujetar al procesado, si es que persiste el peligro procesal.

A nivel internacional la Corte IDH ha establecido criterios para la determinación de la vulneración al contenido constitucionalmente protegido del derecho al plazo razonables, lo que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: **a)** la actividad procesal del interesado; **b)** la conducta de las autoridades judiciales, y **c)** la complejidad del asunto; los cuales fueron reconocidos en los casos GENIE LACAYO y SUÁREZ ROSERO¹³³, asimismo nuestro Tribunal Constitucional¹³⁴, también acogió dicha interpretación al analizar el derecho al plazo razonable .

En efecto, según la interpretación del Tribunal Constitucional, el desarrollo de los criterios para la determinación de la racionalidad del plazo de investigación fiscal son los siguientes¹³⁵:

CRITERIOS	ATRIBUCIONES	MANIFESTACIONES
CRITERIO SUBJETIVO	Actitud obstruccionista del imputado	• La no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación.
		• El ocultamiento o negativa,

¹³³ Cfr. Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, fondo, sentencia de fecha del 29 de enero de 1997; Corte IDH, *Caso Suarez Rosero vs. Ecuador*, fondo, sentencia de fecha del 12 de noviembre de 1997; y más recientemente, Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, fondo, sentencia de fecha del 06 de mayo de 2008; Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, fondo, sentencia de fecha del 12 de agosto de 2008.

¹³⁴ Cfr. Exp. N° 618-2005-PHC/TC. *Caso Ronald Winston Díaz Díaz*. FJ N° 11; Exp. N° 5291-2005-PHC/TC. *Caso Heriberto Manuel Benítez Rivas y otra*. FJ N° 6.

¹³⁵ STC Exp. 05228 – 2006 – HC/TC, *Caso Samuel Gleiser Katz*, Fj. 15 – 19.

		injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación.
		• Las dilaciones al proceso imputables a su mala fe.
		• Todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.
	Actividad Fiscal	• La capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. • Cuando exista inactividad fiscal.
CRITERIO OBJETIVO	Naturaleza de los hechos objeto de investigación	• Complejidad de los hechos.
		• Pluralidad de investigados.
		• Dificultad en la realización de los medios de prueba.

Precisando respecto de la racionalidad de plazo de prisión preventiva, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° EXP. N° 3771-2004-HC/TC- PIURA, del 29 de diciembre de 2004 fundamento jurídico 19 señaló

“En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de *plazo razonable*, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N° 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculpado se encuentre en

condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa obstruccionista* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)”.

Capítulo 2. Cesación de la prisión preventiva

CESANO indica que “(...) el cese de la prisión preventiva es un procedimiento devolutivo del derecho de libertad, que procede en los casos en que una persona sometida a proceso ha sido privada de misma como medida asegurativa. Pero esta libertad se devuelve con ciertas sujeciones o cauciones (...) destinadas a lograr la comparecencia del justiciable a la causa toda las veces que fuera necesario, siendo revocable, por las causas que la misma ley establece y que, en lo esencial, se vinculan con situaciones que implican el quebrantamiento de los compromisos contraídos”¹³⁶.

La cesación persigue que culmine la prisión preventiva, a través de la variación de la misma por alguna otra modalidad de comparecencia, esto es, comparecencia con restricción o comparecencia simple.

La cesación es consecuencia del principio de variabilidad, que exige cambiar la prisión preventiva, por otra cuya gravedad es menor, si las circunstancias fácticas que permitieron la imposición de la prisión preventiva se han modificado en el caso en concreto¹³⁷.

¹³⁶ CESANO, José Daniel. “Cesación de la prisión preventiva”. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 520.

¹³⁷ Al respecto la Corte Suprema señala: “que una de las características de las medidas de coerción es su variabilidad o provisionalidad, es decir, su sometimiento a la cláusula *«rebus sic stantibus»*, de modo que su permanencia o modificación, en tanto perdure el proceso penal declarativo, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio que hicieron posible su adopción. Tal característica, que está en la propia naturaleza de tales medidas y del proceso que las expresa, explica que la Ley Procesal prevea diversos mecanismos para transformar, esto es, modificar, sustituir, alzar o corregir una medida de coerción, en tanto y en cuanto varíen los presupuestos materiales- según su entidad, alcance o modo de expresión- y circunstancias que determinaron su imposición: *fumus commisi delicti*- razonada atribución del hecho punible a una persona determinada- o *periculum in mora* (tratándose de medidas de coerción personales: *periculum libertatis*- indicios posibles de conducta disvaliosa del imputado, siempre para con el proceso (peligrosismo procesal), concretadas en los peligros de fuga o de entorpecimiento probatorio evaluable según el caso en concreto”. RN N° 3100-2009. Sala Penal

Precisa BARONA VILAR que “la variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas)”¹³⁸, esto último comporta que se revoque la medida cautelar. Este cambio puede ser para que se imponga una medida más aflictiva de la libertad o restrictiva del patrimonio, si se presentan los presupuestos materiales y constitucionales para fundarlo¹³⁹, o de lo contrario puede consistir en una degradación hacia una medida menos aflictiva, pero también la cautelar puede ser revocada (alzarse) aun de oficio por comparecencia con o sin restricciones, si los iniciales indicios y/ o medios de prueba han sido valorados con mayor rigor de que los que una investigación preparatoria más sosegada ha permitido o cuando en el curso de la fase intermedia se determina una menor responsabilidad penal de la que se imputo, o cuando los elementos probatorio sean insuficiente para acreditar la presunta responsabilidad penal.

2. 1. Presupuestos de la cesación de la prisión preventiva

La cesación requiere que se cumpla lo establecido en el artículo 283 del Código Procesal Penal que en su tercer párrafo indica:

“La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia”.

El término central para entender la cesación es: *nuevos elementos de convicción*, esto se refiere a elementos de prueba y excepcionalmente a medios de prueba, cuya carga acreditativa recae sobre la defensa del imputado, por lo que es a ella la que le corresponde presentar la documentación necesaria que permita sostener que han desaparecido

Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima, 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegría.

¹³⁸ MONTERO AROCA Juan, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia. En Derecho jurisdiccional, Proceso civil. Tomo II. 13° Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 673.

¹³⁹ “En el presente caso como lo ha reconocido la defensa del imputado en la vista de la causa no existe nuevos elementos de convicción que permita variar la medida de prisión preventiva decretada, toda vez que con fecha 20 de septiembre del año 2005, se emitió auto repertorio de instrucciones contra el imputado decretando la medida cautelar de comparecencia con restricciones que al ser impugnado por el Fiscal con fecha 08 de marzo del año 2006 la sala mixta de esta corte revoco dicha medida y lo reformo por mandato de detención preventiva lo que actualmente se conoce como prisión preventiva”. Ejecutoria superior. Sala permanente. Cuaderno N° 27-2007, 28 de febrero de 2007. Párrafo 04.1.

los presupuestos materiales alegados para imponer prisión preventiva, esto es, el peligro de fuga o de entorpecimiento.

Al respecto la Casación N° 391-2011-Piura estableció como doctrina jurisprudencial, fundamento jurídico 2.9 que:

“La cesación de la prisión preventiva requiere de una nueva reevaluación pero en base a la presencia de nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación. Por tanto sino se actúan nuevos elementos o los que se actuaron no fueron de fuerza suficiente para aquel propósito no podrá cesar la prisión preventiva. Ello lógicamente implica que la evaluación se deberá efectuar teniendo en cuenta los requisitos generales para la procedencia de esta medida de coerción personal, temporal y mutable”.¹⁴⁰

Como puede observarse se exige carga de la prueba, la cual debe tener un contenido doble: cuantitativo y cualitativo.

En su contenido cuantitativo exige nuevos actos de investigación realizados por el Ministerio Público a pedido de la defensa del imputado u de oficio, u en su defecto aportaciones de parte que alteren el cuadro probatorio que fue sustento para imponer la prisión preventiva.

Asimismo *nuevos elementos de convicción* exige actos de investigación o elementos de prueba o indicios que converjan como conclusión objetiva que el presupuesto invocado respecto de los presupuestos procesales alegados: apariencia del delito, apariencia del delito, peligro de fuga o peligro de entorpecimiento ya no se presentan o existen dudas sobre su permanencia.

La carga de la prueba asignada a la parte solicitante es un estándar probatorio muy alto, en tanto exige que presente elementos o medios de prueba, sobre lo siguiente:

A. Apariencia del delito

¹⁴⁰ Casación Penal N° 391-2011-Piura. Sala Penal Permanente, Lima 18 de junio de 2013.

La apariencia del delito es la identidad que debe existir entre un hecho calificado como delito y el tipo penal invocado desde la perspectiva de los elementos probatorios o indicios.

SAN MARTÍN CASTRO citando a ORTELLS RAMOS, señala que la apariencia de delito se manifiesta en la concurrencia “de dos reglas. *La primera regla* está referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Comprende los aspectos objetivos del delito, no los condicionantes de la responsabilidad penal que se dan en la atribución subjetiva del delito a una persona determinada. Los datos de la investigación han de ofrecer plena seguridad sobre estos aspectos, por lo que en caso de duda no es posible acordar la prisión. *La segunda regla* está en función, propiamente, al juicio de imputación contra el imputado. Este juicio debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Se requiere, por tanto, algo más que «un indicio racional de criminalidad»; el *plus* material es la existencia de una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, al punto que a ello se agrega que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal”¹⁴¹.

Al respecto CESANO indica que “los nuevos elementos de convicción incorporados desvirtúen la estimación inicial que permita la vinculación del imputado (en carácter de autor o partícipe) con la comisión del delito”¹⁴². Esto se traduce en cualquiera de los siguientes supuestos:

- i. El hecho delictivo no es típico. Esta labor técnico jurídico consistente en buscar, requerir e incorporar información que desvirtúe que la conducta imputada es típica, que se presenten causas de justificación o que la conducta no sea culpable.
- ii. “Que dichas pruebas permitan formular una calificación jurídica más benigna que la realizada al disponer el mandato de prisión preventiva; de manera que tal que, la nueva subsunción permita, ahora, al tribunal conjeturar la

¹⁴¹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: “Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño”. Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rj/bases/guia1/gord.htm>, p. 34.

¹⁴² CESANO, José Daniel. “Cesación de la prisión preventiva”. Ob. cit., p. 534.

imposición de una pena privativa de libertad no superior de cuatro años”¹⁴³.

- iii. Se acredite documentalmente que el imputado no participo en el hecho que se le atribuye. Se trata de establecer que el hecho o la acción típica no puede atribuirse al investigado, ya sea porque no es el sujeto imputado, por ejemplo casos de homonimia, o que se acredite la imposibilidad que el sujeto pueda ser el autor o cómplice del delito atribuido, ya sea porque acredite que se encontraba en un lugar distinto al momento de la ocurrencia de los hechos, no tenía las habilidades, conocimientos especializados necesarios y exigidos por el tipo penal.
- iv. Causas o factores que influyeron en la realización del hecho delictivo no pueden atribuirse al imputado, porque no existe una conexión directa de la conducta del agente con el resultado lesivo, o porque de la comprobación de la acción del procesado no puede objetivamente imputársele la producción del resultado. (imputación objetiva: Principio de confianza, prohibición de regreso, imputación a la víctima, etc.).

Debemos precisar que se trata de actos probatorios distintos a los ya existentes, esto implica, que necesariamente debe ser nueva información que altera sustancialmente la presencia de algunos de los presupuestos de la prisión preventiva.

Como precisa la Casación Penal N° 391-2011-Piura los actos de investigación iniciales que vinculan al imputado con el proceso han desaparecido o se han minorizado en un nivel tal que hace improbable que el imputado fuera participe en el delito que se le atribuye (el imputado ha acredita que no estaba en la ciudad cuando se cometió el delito) o que el delito se cometiera, ya sea porque fuera de imposible consecución (homicidio sobre un cadáver) o porque nuevos actos de investigación dan cuenta que el delito no se cometió (por ejemplo se atribuye homicidio, apareciendo la supuesta víctima viva o se imputa peculado y se presenta la norma que permite el uso de los recursos públicos para el fin en que fue utilizado).

El segundo ámbito es cualitativo, esto implica que los elementos de prueba tienen que tener la calidad probatoria para alterar las

¹⁴³ CESANO, José Daniel. *ibídem*, p. 534.

condiciones en que fue planteada la existencia del hecho y las circunstancias de su comisión.

Esto implica que los nuevos actos de investigación o la aportación de elementos de prueba documental tienen capacidad para subvertir el valor probatorio otorgado a los actos de investigación con los cuales el Fiscal solicitó la prisión preventiva. Por lo que puesta en duda la apariencia del delito (*fomus commissi delicti*), trae como consecuencia el cambio de la prisión preventiva por otra medida de coerción de menor lesividad. Cabe recordar que el artículo 268°.1 el literal “a” del Código Procesal Penal prescribe como primer requisito de toda medida cautelar que el Fiscal en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria proponga un hecho punible que en términos de verosimilitud afirme la existencia del hecho y la participación del procesado.

Corresponde en tal sentido que el juez realice una evaluación de la pretensión de cesación de prisión preventiva que consta de dos tipos de análisis. Un primer análisis parte de la comprobación de la existencia de elementos o medios de prueba suficientes desvirtúen de forma razonable la vinculación del imputado con el hecho punible, esto se puede lograr a partir de la existencia de testigos, peritos o documentos que apreciados en conjunto permitirán realizar un juicio valorativo respecto de la inicial solides de las imputaciones propuestas en la hipótesis fiscal, de modo que apreciados en conjunto estos datos subsecuentes convenzan al Juez de la Investigación Preparatoria que alterado el cuadro probatorio se alteran los hechos imputados.

B. El peligro de entorpecimiento

El peligro de perturbación u obstaculización de la actividad probatoria debe ser entendido como el accionar del imputado o de terceros vinculados a su persona, que tiene por fin entorpecer, alterar o cuando menos hacer mucho más difícil la búsquedas de las fuentes de prueba o la incorporación de los medios de prueba al proceso penal.

“Esta función pretende evitar que una conducta positiva (ilícita) del imputado puede ocasionar la desaparición de futuras fuentes de prueba, o en su caso la alteración de su veracidad”¹⁴⁴. Es de notar que se exige que la probable obstrucción probatoria sea relevante en términos de limitar o cuando menos hacer difícil el esclarecimiento de los hechos imputados por parte del Fiscal de la Investigación Preliminar.

¹⁴⁴ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores, Lima, 2008, p. 60.

ASENCIO MELLADO apunta que “ha de diferenciarse en este caso entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir una *capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba*, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta.

En el caso de elementos de prueba personales habrá que apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El Juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso. Cuando de pruebas materiales se trate, el análisis judicial no ha de diferir mucho del anterior, y solo será procedente acordar la prisión provisional cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos. Es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse”¹⁴⁵.

B. 1. Elementos probatorios que deben afirmarse para desvirtuar el peligro de obstaculización

El artículo 270° del Código Procesal Penal establece los supuestos que constituyen peligro de obstaculización, son estos los que deben ser rebatidos por la defensa incorporando nuevos elementos de prueba para poder afirmar la no presencia de este presupuesto material, esto son:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba

Este presupuesto hace referencia a una probable actividad del imputado basado en su disposición material para eliminar, malbaratar, manipular, destruir u ocultar fuentes o medios de prueba que lo vinculen directa o indirectamente con la imputación. “Dicha conexión puede

¹⁴⁵ ASENCIO MELLADO, José María. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. El Nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales. V.V.A.A. Palestra Editores, Lima, 2005, pp. 27, 28.

venir dada por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho enjuiciado (que indique la necesidad de analizar un determinado grado de capacidad organizativa e intelectual del imputado para planificar y ejecutar actos complejos), la situación social y familiar o las conexiones que el sujeto tenga con otros países, si se estima que en ellos pueda hallarse la concreta fuente de prueba”.¹⁴⁶

Desde esta perspectiva la expresión razonablemente hace referencia a una “probabilidad inferencial” pero objetiva en términos probatorios (elementos probatorios o indicios) que son indicativos de un alto grado de apoyo que las premisas referidas a la frustración procesal prestan a la hora de determinar en el caso concreto el grado de credibilidad racional respecto del peligro de obstaculización.

Así para establecer si efectivamente esto es posible, se debe determinar que fuentes o medios de prueba relevantes se encuentran mantienen en peligro real, para ello identificado el acto procesal en que se sostuvo este presupuesto, se debe analizar si el imputado o terceros vinculados a su persona, mantiene aún la capacidad de impedir que se aporte prueba documental o alterar la misma.

2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente

El término influir hace referencia a la ascendencia que tiene el imputado sobre sus coprocesador, testigos o peritos, a efectos de incitar que estos últimos cooperen, participen, respalden o apoyen la posición del imputado con el fin de favorecerlo sabiendo que los hechos que narran son falsos, esto puede darse producto de la coacción, presión, inducción, amedrentamiento, amenaza o intimidación que sufre el coimputado, testigos o peritos para que informen falsamente.

Asimismo se puede presentar la situación contraria que la influencia del imputado está destinada a que el coimputado, los testigos o peritos se comporten de manera desleal, entendido esto, como aquella actitud tendiente encubrir, proteger o esconder datos objetivos respecto de la participación del procesado en el hecho imputado.

El imputado puede también influir a efectos de que el coimputado, los testigos o peritos que declaren respecto de la participación del procesado en el hecho imputado, lo haga de manera reticente, ya sea demorando su participación como testigos o tomando una actitud evasiva, esquivada, ambigua, imprecisa o confusa.

¹⁴⁶ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibidem*, p. 126.

La determinación de que el procesado pueda influir directa o indirectamente en sus coprocesador, testigos o peritos debe evaluarse a la luz del comportamiento del procesado antes, durante y después de concluida la investigación preparatoria.

Ahora bien, la cesación que cuestiona la inexistencia de riesgo para la fuente de prueba- testimonial- debe centrar su atención a que ya no existe riesgo para el acto procesal o que este es irrealizable o indeterminado, pues este se realizó con normalidad, para ello la defensa del imputado debe participar en tales actos, con la finalidad de interrogar al testigo u perito sobre la inexistencia de intervención de su patrocinado o de un tercero que tuviera la finalidad de evitar que declare o que declare cosa distinta a lo que conoció u que fue presionado para que declare exculpando a su patrocinado u la pérdida de recursos o medios por parte del imputado tendientes a alterar o influir en otros procesados, testigos o peritos, a través de actos propios o por terceros, a la luz de las condiciones personales del procesado como puede ser el grado de ascendencia, influencia o de poder que podría ejercer sobre terceros.

Esto se debe conjugar con la etapa procesal en que nos encontremos al momento de solicitar la cesación, pues si la posibilidad de incorporar elementos probatorios ha precluido, el peligro de obstrucción de la actividad probatoria se minimiza.

3. Inducirá a testigos, peritos o coimputados a realizar comportamientos obstruccionistas o actos de no colaboración con el esclarecimiento de los hechos

La inducción, incitación o instigación a que otros cometan actos de sustracción de la persona del imputado o de obstrucción probatoria debe observarse a partir la ascendencia del imputado sobre terceros, esta puede ser producto de la posición de poder o de influencia que ostenta en una organización, empresa o institución en cuanto le permita ordenar a sus subordinados o personas dependientes de su persona la destrucción, alteración u ocultamiento de fuentes o medios de prueba.

Podemos concluir que por peligro de obstaculización se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado con su comportamiento o influenciado a otros a que actúen en su nombre entorpecerá la averiguación de la verdad en alguna de las modalidades previstas por el artículo 270° del Código Procesal Penal. Dicho de otro modo la prisión preventiva vinculada al peligro de obstaculización

tendría que responder a una necesidad realmente existente y justificable para tener por cumplida su finalidad cautelar-procesal, ello desde la perspectiva de la cesación implica analizar en qué momento procesal nos encontramos, si la organización delictiva es activa, si los integrantes se mantiene en la clandestinidad, si los actos probatorios han sido realizados sin inconvenientes, etc.

C. Peligro de fuga

El peligro de fuga que se refiere a la posibilidad de que el imputado, evite no someterse al proceso, eludiendo o burlando la acción de la justicia, mediante la fuga o el ocultamiento. La dimensión o ámbito que se pretende proteger es el riesgo probable que el imputado se mantenga oculta o fugue del país.

La ponderación de este presupuesto material debe considerar la falta de arraigo, la proximidad del juicio oral, la confirmación o firmeza del procesamiento, naturaleza del delito y la pena abstracta y su proyección sobre la pena concreta, entre otras razones objetivas de las que se pueda deducir fundadamente la posible.

El artículo 269° del Código Procesal Penal modificado por Ley N° 30076 describe en amplitud lo que se debe entender por peligro de fuga. Así por peligro de fuga se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.

En tal sentido “el juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal del imputado en un determinado delito ha de ser conjugado con el *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento que (...) viene determinado por el peligro de fuga o de ocultación del imputado”¹⁴⁷.

Corresponde a la defensa la actividad probatoria de incorporar información que desvirtúe que el presunto riesgo afirmado, ya no existe, ya sea porque se ha proporcionado nueva información sobre la situación procesal del imputado, que disminuye el riesgo de fuga, o actos de investigación que afirmen que no optará por rehuir o pasar a la clandestinidad, ya sea porque presente la documentación pertinente que acredite domicilio conocido, trabajo, pero sobre todo su vocación de afrontar el proceso penal.

¹⁴⁷ GIMENO SEDRA, Vicente, MORENILLA ALLARD, Pablo, TORRES DEL MORAL, Antonio, DÍAZ MARTINEZ, Manuel. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 447.



RESUMEN DE LA UNIDAD III

- El plazo de la prisión preventiva es trascendente en la medida que fija un límite temporal al riesgo que el imputado genera para el proceso, de modo que frente a pretensión cautelar, corresponde fijar por que marco temporal tal riesgo se mantiene, no pudiendo excederse del mismo bajo sanción de convertirse la prisión preventiva en un medida punitiva sancionadora.
- La cesación es un mecanismo para lograr que la imposición preventiva se revoque, por existir nuevos elementos probatorios que cambian la situación jurídica del imputado, haciendo decaer el presupuesto material específico por el cual se dictó esta medida coercitiva.



AUTOEVALUACIÓN

- 1) ¿En qué casos procede la cesación de la prisión preventiva?

- 2) ¿Cuáles son los criterios para determinar el plazo razonable en la prisión preventiva?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) Casación N° 309-2015-Lima.
- 2) Casación N° 391-2011-Piura.
- 3) Exp. N°2009-PHC/TC Huánuco.

(Disponible en el anexo de lecturas).