



**ANEXO DE LECTURAS OBLIGATORIAS
CURSO "PRISION PREVENTIVA"**

UNIDAD I: CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

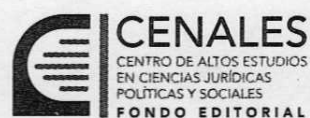
- 1) SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. La prisión preventiva.
En Lecciones de Derecho Procesal Penal

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

PROFESOR PRINCIPAL DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PROCESAL PENAL LECCIONES

CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004



vos suficientes para volver a dictar la medida. En este último supuesto, el segundo requerimiento solo podría tener un plazo de cinco días para no exceder el plazo total descrito en el art. 265.1 NCPP.

7. Recurso de apelación

Son apelables los autos que acuerdan la detención judicial preliminar, convalidada e incomunicada. El plazo para impugnarlos es de un día. Se trata de una impugnación sin efecto suspensivo.

El trámite es sumarísimo y calificado. Se exige que las actuaciones se eleven, inmediatamente, a la Sala Penal Superior. La decisión del recurso requiere del trámite de vista de la causa, que debe señalarse dentro de las 48 horas de recibida. La decisión se expedirá el día de la vista o al día siguiente, bajo responsabilidad.

III. PRISIÓN PREVENTIVA

1. Concepto

Es la medida de coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal. Surge como consecuencia de una resolución jurisdiccional, debidamente motivada, de carácter provisional y duración limitada que se adopta en el seno de un proceso penal, por la que se priva del derecho a la libertad del imputado por la comisión de un delito grave y en quien concurre (fines) un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que se ausentará a las actuaciones del proceso, o un riesgo razonable de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (*periculum*, art. 268.1c NCPP) [GIMENO SENDRA]. La norma, al hacerlo así, restringe el ámbito de aplicación de la prisión preventiva al cumplimiento estricto de los fines, de manera que la medida solo podrá decretarse cuando exista un peligro concreto y fundado y siempre motivadamente [ASENCIO]. Se exige la configuración de un peligro concreto y fundado, explicitado en el auto judicial, de modo tal que sea instrumental del proceso al cual se preordena. Está regulada en el Título III de la Sección Tercera del libro Segundo del NCPP: arts. 268-285 NCPP, ordenados en seis capítulos.

La finalidad de la prisión preventiva es asegurar la presencia del imputado durante la celebración del proceso penal para garantizar: 1) el desarrollo del proceso declarativo, evitando el peligro de ocultación o alteración de las fuentes-medios

de prueba, y 2) la ejecución de la futura y eventual pena o medida a imponer, para lo que se hace necesario evitar el peligro de fuga [ODONE SANGUINÉ]. En efecto, el propósito que oriente a la prisión preventiva es de carácter preventivo y no sancionatorio, se busca responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la concurrencia del imputado al proceso y la efectividad de la eventual condena a imponer. De esta manera, la privación procesal de la libertad persigue impedir al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictiva o de la labor que emprenda con la exprosa finalidad de ocultar, destruir o desvirtuar los elementos probatorios importantes para la investigación y posterior juzgamiento [GRANADOS].

Una de las características más notorias, unida a su absoluta (i) jurisdiccionalidad –solo el juez competente, legalmente determinado e imparcial puede adoptarla, tras un procedimiento oral, que se corona en una audiencia, siempre a instancia del fiscal–, es la (ii) excepcionalidad de la medida y su no obligatoriedad. Lo normal es la espera del juicio en situación de libertad, por lo que no puede haber más supuestos de prisión preventiva que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea –en su aplicación las normas han de ser interpretadas de modo estricto, y que al recurrir a ella ha de hacerse de modo necesario en orden a los supuestos taxativamente previstos por la ley–. En tal virtud, rige el principio de *favor libertatis o de indubio prolibertate*, de suerte –como ya se anotó– en la interpretación y aplicación de las normas que la regulan debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen. Este principio, a su vez, ha de conducir, asimismo, a la elección y aplicación en caso de duda, de la ley más favorable, esto es, la menos restrictiva de la libertad [GUTIÉRREZ DE CABIEDES].

Otra característica es la (iii) proporcionalidad, en cuya virtud esta debe adecuarse a los fines constitucionalmente legítimos: asegurar normal desarrollo del proceso, y la ejecución del fallo –asegurar la disponibilidad del imputado a los fines del proceso–, a la que solo ha de acudir en situaciones importantes y graves. El NCPP, en la materia, no ha considerado el riesgo de reiteración delictiva, como sí sucede en la legislación colombiana por ejemplo donde bajo la Ley n.º 1453 de 2011, denominada Ley de Seguridad Ciudadana, estableció dicho elemento como criterio para la determinación de una adopción de prisión preventiva [GRANADOS].

Junto a la necesidad e idoneidad de la medida, se requiere la proporcionalidad estricta, esto es, un juicio de ponderación entre los intereses en juego, de manera que el sacrificio resulte razonable en comparación con la importancia de

la medida. Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no solo es necesario el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en las consideraciones del respeto de principios constitucionales [GRANADOS]. Al ser la prisión preventiva la medida limitativa más grave del ordenamiento procesal, el principio de proporcionalidad exige una aplicación excepcional y subsidiaria. Deber ser la última ratio o último recurso para salvaguardar el objetivo del proceso penal (STC n.º 1091-2002-HC/TC) [DEL RÍO]. Un dato a tomar en cuenta de modo relevante es la gravedad del delito atribuido al imputado: pena privativa de libertad superior a cuatro años, art. 268.1b NCPP. Finalmente, otra característica esencial (iv) es la temporalidad: su duración viene condicionada al cumplimiento de plazos legales, considerados como máximos, lo que no significa que en el caso concreto, judicialmente, pueda concebirse una menor.

En tanto la prisión preventiva es una medida de coerción y sus fines han de ser constitucionalmente legítimos, lo que se expresan a través del *periculum libertatis*, no puede atribuírsele la función de anticipar la pena —un no culpable no puede ser castigado a través de la prisión preventiva— (STC n.º 0791-2002-HC/TC, FJ 19). En la sentencia de 17-11-09, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, la CIDH ratificó la postura conforme a la cual la detención fundada en fines preventivo-punitivos sería contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos: “[...] la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber, asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. Tampoco es aceptable que cumpla la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quien es el responsable. Igualmente, la prisión preventiva no es un instrumento de la investigación penal, que de ser así colocaría a esta en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria [MORENO y otro]. Esta interpretación se encuentra proscrita por el Tribunal Constitucional Español, pues ha declarado la ilicitud de su utilización con la finalidad de propiciar esta como medio de prueba para obtener declaraciones, pruebas, etc. (STCE n.º 128/1995 de 26 de julio).

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia n.º C-318-2008 ha proscrito la imposición indiscriminada y como regla de la prisión preventiva: “[...] En conclusión, una imposición automática e indiscriminada de una determinada medida de aseguramiento resulta contraria al principio de gradualidad que

impone que las medidas que se aplican como sustitutivas de otras, deban estar razonablemente fundadas en criterios de necesidad, proporcionalidad y adecuación”.

Debe quedar claro que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas de coerción, toda vez que lo que puede llegar a violar esta garantía constitucional es solo la condena sin pruebas o en virtud de pruebas irregularmente obtenidas, o hechas valer en la causa sin las garantías debidas. El auto de detención o el de prisión preventiva no incide en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que se proyecta sobre el modo de acreditar o fundamentar la culpabilidad del acusado (SSTCE n.º 71/1994, de 03-03-94, y 127/1998, de 15-06-98).

De otro lado, no infringe esta garantía –de por sí inaplicable– estimar como justificación o único fundamento de la prisión preventiva los peligros de fuga y de obstaculización. En efecto, si se mantiene con rigor –y con acierto, porque la necesidad del proceso penal y de la defensa como actividad real del imputado en él escapan a la voluntad de quien la sufre– la prohibición de procesos penales en rebeldía, no será posible evitar del todo algún modo de privación de la libertad durante el procedimiento [MAIER].

La prisión preventiva es admisible en cualquier estado del procedimiento, aunque su sede natural es la investigación preparatoria. Asimismo, es revisable cualquier momento del procedimiento, lo que implica su (v) provisionalidad o variabilidad de suerte que deben ser mantenida cuando sea estrictamente necesario y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos [ARAGONESES]. El carácter provisional de la prisión preventiva también encuentra su fundamento en la regla *rebus sic stantibus*, que significa que no solo la adopción sino también el mantenimiento de la prisión preventiva está supeditado a las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto. Solo se debe mantener la prisión preventiva en tanto permanezca inalterada la situación que dio lugar su adopción. Si los presupuestos de hecho varían o si se confirma en una determinada etapa procesal que cierta información obtenida hasta dicho momento ha quedado desvirtuada, corresponde su cese de forma inmediata o, en su defecto, que se sustituya por una medida restrictiva de la libertad menos gravosa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la SCIDH Tibi, de 07-09-04, estableció que en la aplicación de la prisión preventiva se deben tener en cuenta los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

Se debate si en la etapa de juzgamiento puede plantearse la medida de prisión preventiva y de ser factible. ¿Qué juez la resuelve? En primer lugar, desde la

propia expresión lingüística del supuesto normativo, es obvio que puede hacerse en cualquier estado del procedimiento declarativo en primera instancia (art. 279 NCPP), lo que es reflejo de la nota característica de provisionalidad o variabilidad. En segundo lugar, si el proceso transcurre por etapas que precluyen, no es posible que el incidente que se plantea en el acto oral —de naturaleza concentrado— sea devuelto a otro órgano jurisdiccional. En tercer lugar, es aplicable el art. 28.3.b del NCPP. En cuarto lugar, no se produce ninguna pérdida de la imparcialidad porque el procedimiento se realiza al amparo del principio de contradicción y porque el juicio es de mera probabilidad delictiva y se centra además en la peligrosidad procesal.

En todo caso, el principio hermenéutico rector de las normas relativas a prisión preventiva es el de *favor libertatis*, o de *indubio pro libertate*. En tanto importan una restricción de la libertad, debe regirse, además del principio de legalidad, por el principio de excepcionalidad. Es claro que en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria debe ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de dichos derechos [BELLIDO PENADÉS]. Por último, la legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la exigencias de sospecha vehemente o bastante de la comisión por el imputado de una conducta delictiva grave.

2. Presupuestos

Son dos los presupuestos de la prisión preventiva: materiales y formales, en los que destaca la realización de una audiencia para la adopción de la medida.

2.1. Presupuestos materiales

Son dos: fundados y graves elementos de convicción, y motivos de prisión específicos: gravedad del delito y peligro de fuga y/o de obstaculización. Se trata de fundamentos serios y objetivos para privar procesalmente de la libertad a un imputado [VÉLEZ MARICONDE].

2.1.1. Fundados y graves elementos de convicción

Se denomina sospecha vehemente o sospecha bastante de la existencia de un delito y de su atribución al imputado como autor o partícipe del mismo —se está ante un verdadero juicio de imputación—. Esta exigencia presupone un cierto grado de desarrollo de la imputación y significa, entonces, que debe existir un alto grado de

probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXIN]; probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, la probabilidad de condena se debe fundamentar en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto [NIEVA].

La STEDH Fox, Campbell y Hartley, de agosto de 1990 precisó que se requiere de la concurrencia de elementos que sean suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho. La sospecha bastante o vehemente, a juicio del TEDH, opera como condición necesaria para adoptar y mantener la medida [STEDH W, de 26-01-93]. No se requiere certeza, pues a esta situación se llega solo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio [DEL RIO].

2.1.2. Motivos de prisión

Son dos: delito grave y peligrosismo procesal.

- A. **Gravedad del delito.** La ley fija un criterio cuantitativo en función a la prognosis de la pena privativa de libertad que se espera imponer según los criterios de medición previstos en el Código Penal: superior a cuatro años de privación de libertad. Es de tener presente que el transcurso del tiempo lleva a que el criterio de la gravedad vaya perdiendo consistencia y, en las posibles prórrogas, o en el mantenimiento de la medida empiecen a ser más relevantes las circunstancias personales del imputado y las circunstancias del caso (STEDH Labita de 26-04-00).
- B. **Peligrosismo procesal –elemento teleológico–.** Es su presupuesto principal. Se concreta en cualquier acción que pueda realizar el imputado estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en la sentencia [NIEVA] o la finalidad legítima del proceso. La naturaleza del delito y la gravedad de la pena no son suficientes, no puede aplicarse la prisión automáticamente [DEL RIO]. No se puede justificar la privación procesal de la libertad bajo presunciones de orden criminal, aunque tal posición no se deriva de la garantía de presunción de inocencia –como señaló la STC n.º 1802-2005-HC/TC, de 29-04-05–, sino del principio de proporcionalidad. La gravedad y la modalidad del hecho constituyen, en línea de principio, un factor genérico para

afirmar la peligrosidad, que, en todo caso, deber ser concretado con las particularidades del caso concreto [MURILLO].

Ha de constatarse la presencia de los dos peligrosismos legalmente previstos: de fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*– y de obstaculización (arts. 268.1c y 269-270 NCPP) –con lo que nuestra legislación asume una postura intermedia o teoría de los dos peligros–. Así consta en las SSTEDH Letelier, de 27-07-91, y Tomasi de 27-08-92. En la STEDH Cloth de 12-12-91 se aceptó las necesidades de la instrucción y los riesgos de ‘colusión entre coacusados o de intimidación de testigos’ pueden justificar la prisión preventiva, a lo que se incluye la complejidad del caso. Asimismo, la STEDH Bouchet, de 20-03-01, aceptó que la vulnerabilidad de las partes en el proceso constituye un motivo pertinente y legítimo de la privación de libertad. Empero tal criterio pierde consistencia una vez que se va produciendo la audiencia de algunos testigos y la progresión de las investigaciones (STEDH IAC de 23-09-98). El riesgo real de presiones a testigos se atenúa e incluso desaparece con el transcurso del tiempo (STEDH Letellier, de 27-11-91). En igual sentido la SCIDH Bayarri, de 30-12-08, afirmó que la prisión preventiva debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.

Para decidir acerca del peligrosismo, se debe atender individualmente a los antecedentes y otras circunstancias del caso (situación personal, social y laboral) –de carácter subjetivo–, así como la moralidad del imputado, medios económicos de los que dispone; circunstancia de arraigo; la conexiones con otros países; conducta previa, concomitante y posterior del imputado; comportamientos realizados en otras causas, etcétera. Ninguno de los elementos valorativos de los distintos peligros que la norma quiere prevenir pueden ser apreciados de modo automático o imperativo, siendo siempre necesaria su evaluación de manera motivada y conforme a la situación que se quiere cautelar [ASENCIO].

El Tribunal Constitucional ha desarrollado estos elementos de juicio que deben ser evaluados tanto antes como durante el desarrollo del proceso para determinar la existencia de peligro procesal (STC n.º 01555-2012-PHC/TC, FJ 16). El tribunal, de forma acertada, no los enuncia en una fórmula de *numerus clausus*, sino que establece que existe un ámbito propio de discrecionalidad de los magistrados para determinar los elementos que a su juicio confirman la existencia de un peligro de fuga. Los criterios

que la Ley enuncia son meramente indicativos, nunca vinculantes y, desde luego, no constituyen un listado cerrado: se refieren tanto al sujeto como a los hechos delictivos, son datos que la experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro [ASENCIO].

Asimismo, no puede constituirse como un criterio autónomo o suficiente de valoración, por ejemplo, la gravedad del tipo legal cometido por el imputado. La gravedad del hecho perpetrado es un criterio para la determinación de la pena concreta que recibirá el imputado, pero más allá de eso, el carácter de los hechos no descubre nuevos factores, salvo que se vincule dicho carácter, de nuevo, con la conducta moral del procesado. Atribuir consecuencias jurídicas por el carácter del hecho y no por la posible conducta del procesado o investigados durante la sustanciación del proceso, se asemeja a una pena anticipada [DEL RÍO].

- Peligro de fuga. El juez debe estimar la acreditación de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga. Los criterios o circunstancias acreditativas que el NCPP incorpora, enunciativamente, en atención a las condiciones objetivas y subjetivas que pueden propender la fuga, son los siguientes:
 - (i) Aquellas vinculadas a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como arraigo –que tiene un carácter objetivo–. En este aspecto se verificará, por ejemplo, los lazos familiares del imputado, si su familia vive con él –sustenta a la unidad familiar–, también su ocupación laboral que supone que el medio de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país o en su localidad, y finalmente si tiene un domicilio conocido dentro de la jurisdicción. Es importante mencionar que el análisis del arraigo no supone evaluar la existencia o inexistencia de este presupuesto, sino que se debe ponderar la calidad del arraigo. En este sentido, es legítimo imponer una prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no aleja al imputado del riesgo fundado de fuga (RA n.º 325-2011-P-PJ, de 13-09-11). Los vínculos ya referidos son meramente referenciales. Incidirá, sobremanera, la situación económica del imputado, es decir, si goza de una pudiente solvencia económica, está en mejores posibilidades de abandonar el país que un reo que a duras penas cuenta con una choza para vivir. Asimismo, el arraigo al país, puede también valorarse conforme a los

lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, de forma concluyente si cuenta con una doble nacionalidad o más de dos, situación que le permite abandonar el país con mayor facilidad y refugiarse en su doble nacionalidad para evitar ser extraditado [PEÑA CABRERA FREIRE].

(ii) La gravedad de la pena esperable, criterio que establece el legislador para prever si el imputado piensa fugarse, pues es una información que el imputado puede valorar teniendo en cuenta el marco de la pena a esperar en una eventual sentencia condenatoria aunque es de actor que este criterio, por más que la pena conminada sea muy grave, no exime al juez de una consideración individual de las circunstancias específicas del caso (SCIDH Díaz Peña) [ARAYA VEGA].

(iii) La importancia del daño resarcible y la actitud del imputado frente a él –si auxilió a la víctima o la abandonó, etcétera–. Este criterio es desacertado, pues condiciona la valoración de la conducta del procesado frente a un hecho futuro e incierto como es el pago de una eventual reparación civil y, además, adopta un canon para la determinación de la pena como es el hecho de analizar su comportamiento frente a la víctima. Es claro que se puede salvaguardar la futura reparación de la víctima mediante la adopción de otras medidas idóneas mediante el embargo o la incautación [ORÉ GUARDIA].

(iv) El comportamiento del encausado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior –si se pone a derecho una vez se entere del emplazamiento judicial, y cómo fue su conducta procesal en otras causas–. Tratándose del comportamiento del procesado en otras causas, como por ejemplo, en el caso de una fuga consumada nos da una puta fiable del comportamiento futuro del imputado.

(v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración, que es una guía recientemente incorporada y que debe ser valorada junto con el resto de criterios o circunstancias, pues su sola existencia no es requisito *sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva (RA n.º 235-2011-P-PJ– Circular sobre Prisión Preventiva), aunque esta integración como criterio de prisión preventiva sería más sólida si el imputado esté en posibilidad de servirse de la organización criminal para eludir la acción de la

justicia, esto es, si sería un líder o cuadro regional o con algún nivel de mando y responsabilidad dirigente [PEÑA CABRERA FREIRE]. Si se cumple esta nota característica, también debe concurrir la gravedad del delito perpetrado (STCE n.º 128/1995, de 26-07-95).

- Peligro de obstaculización. El riesgo de destrucción de pruebas debe ser tan grave como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción. El juez debe evaluar la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, esto es, la averiguación de las fuentes de prueba en curso que podría ser obstaculizada por el imputado en libertad [NIEVA].

Las fuentes de prueba pueden ser afectadas por la conducta del imputado. Un conjunto de tres comportamientos relevantes incorpora el art. 270 NCPP: destrucción, modificación, ocultación, supresión o falsificación de elementos de prueba; influencia sobre órganos de prueba para que informen falsamente, desleal o reticentemente; e inducción a otros a realizar tales conductas. La decisión tendrá en cuenta la relevancia de las fuentes de prueba para el enjuiciamiento del objeto penal, y la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, órganos de pruebas o quienes pudieran serlo. Constituye un criterio equívoco –no aplicado en el NCPP– la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la STC n.º 1091-2002-HC/TC, cuando considera pertinente el mantenimiento de la prisión preventiva porque se advirtió en el caso de autos que el imputado no colaboró con la investigación. Esta resolución –de forma clara– vulnera el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, o a declararse culpable. Es evidente que la negativa de declarar de un imputado no puede utilizarse como fundamento para instaurar o mantener una medida de coerción como la prisión preventiva. Si se persiste en mantener este ilegítimo criterio en la aplicación de la prisión preventiva, se estaría obligando al imputado autoincriminarse a fin de evitar dicha medida. En esta misma línea de ideas, tampoco puede interpretarse como un supuesto de entorpecimiento las diversas versiones que manifieste el procesado [ORÉ GUARDIA].

- C. **Presupuesto especial.** Artículo 268.2 NCPP. En función a la gravedad del hecho pero en relación a imputados integrados en organizaciones o

bandas criminales, siempre que pueda advertirse que puede utilizar los medios que estas le brinden para facilitar la fuga u obstaculizar la verdad. Los riesgos clásicos, aun con menor intensidad, deben darse [ROXIN]; y, a su vez, resulta necesario acreditar el *fumus boni iuris* y el *periculum*, con la especificidad, de ser el caso, de la integración en una asociación ilícita. Este presupuesto, sin embargo, ha sido derogado. Los dos presupuestos materiales ya analizados –es de insistir– han de interpretarse desde el prisma de la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. Una medida irrazonable o desproporcionada tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso [BARONA VILAR].

2.2. Presupuestos formales

Conforme al art. 271 NCPP el auto de prisión preventiva debe dictarse previo procedimiento de audiencia, y la estructura del mismo, está sujeta a determinadas exigencias.

2.2.1. Audiencia de prisión preventiva

La audiencia de prisión preventiva es una manifestación, no solo del principio procedimental de oralidad, sino especialmente del principio de contradicción en el proceso penal, por el cual tanto el imputado como su abogado defensor cuentan con la posibilidad de contradecir la propuesta de prisión preventiva del Ministerio Público. El juez de la investigación preparatoria dicta el decreto de citación a la audiencia de prisión preventiva dentro de las cuarenta y ocho horas del requerimiento fiscal –se entiende que si no se pide la prisión preventiva procede la excarcelación y es automática la conversión de la medida en comparecencia, salvo que pida una medida alternativa o de comparecencia con restricciones–. Se celebra con concurrencia obligatoria fiscal, imputado y defensor (si no asiste, se reemplazará con el de oficio). Rige el art. 8 NCPP: el pedido requiere que se adjunte los elementos de convicción. El fiscal debe acompañar expediente fiscal. Instalada la audiencia, se escucha al fiscal, al abogado, y al último al reo [si va agraviada, antes escucha a este]. La Casación ha definido que la intervención del imputado está sujeta a su presencia en el juicio.

La decisión se profiere en audiencia, sin postergación. Por tanto, se trata de una resolución oral.

2.2.2. Auto de prisión

Este será especialmente motivado, con expresión de la imputación, de los fundamentos de hecho y derecho que lo sustente, y la indicación de las citas legales pertinentes. La resolución se expide de forma oral. La oralidad de la resolución del juez no exime a este de su deber de motivación, pues esto una exigencia que tiene una doble perspectiva de aseguramiento, por un lado, la de garantizar la eficacia del derecho a la tutela judicial efectivo y, de otro, la del respecto a la libertad personal del imputado (STC n.º 03784-2008-PHC/TC, FJ 6). Asimismo, el cumplimiento de la garantía de motivación de la decisión judicial permite al justiciable verificar la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El juez puede optar por imponer al imputado prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva, según el caso.

El auto de prisión preventiva debe efectuar una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión presunta del delito, con precisión de los elementos que caracterizan la imputación; asimismo, ha de justificar las razones por las que afirma que la privación de libertad es indispensable para garantizar los fines legítimos de esa medida (SCIDH Chaparro Álvarez y Lapo Iñigüez, de 21-11-07). El juez ha de incorporar razones fundadas que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de privar de la libertad durante el proceso (STEDH Sulaoja, 2005). Se trata, pues, de una motivación reforzada o más estricta (STC n.º 1091-2002-HC/TC, de 12-08-02).

3. Duración

3.1. Plazos ordinario y especial

El NCPP contempla dos modalidades de plazo, según exista sentencia o no sentencia de primera instancia. En la primera modalidad, el plazo ordinario de la prisión preventiva es de hasta nueve meses; empero, si el proceso es complejo (art. 342.3 NCPP) el plazo no durará más de dieciocho meses. Así, art. 272 NCPP lo ha reconocido de forma expresa. El plazo integra la garantía constitucional de la libertad, más no la agota, pues el plazo efectivo de duración de la situación de prisión preventiva, aún dentro de los límites del plazo máximo legal, tampoco puede excederse más allá de un plazo razonable (STCE n.º 8/1990, de 18-01-90). Además, es de tener en cuenta que, si se trata de un plazo máximo y que, en todo caso, es un plazo judicial porque el juez lo fija cuando dicta la prisión preventiva, si establece un plazo inferior, a su vencimiento el imputado deberá excarcelarse o, con arreglo al art. 274 NCPP, solicitar la prolongación del plazo.

A su vencimiento, procede la excarcelación inmediata, sin perjuicio de dictarse medidas alternativas, previstas en el art. 288.2 al 4 NCPP: no ausentarse de la localidad que reside, no comunicarse con personas determinadas, caución económica, la obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada.

La segunda modalidad, que es un plazo distinto, se presenta cuando se dicta sentencia de primera instancia y esta es recurrida. El nuevo plazo es de la mitad de la pena impuesta: art. 274.4 NCPP.

3.2. Prolongación de la prisión preventiva

Si existe especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso, y subsiste peligro de fuga o de riesgo de perturbación de la actividad probatoria, es posible prorrogar la prisión preventiva por un plazo que no excederá de 18 meses: art. 274.2 NCPP. El fiscal la debe solicitar antes de su vencimiento. Se decreta la realización de una Audiencia de Prolongación, con asistencia de interesados, dentro del tercer día de presentado el requisito. Realizada esta, el juez decide en el mismo acto o dentro de las 72 horas siguientes.

Producida la excarcelación por vencimiento del plazo de prisión –ordinaria o prolongada–, se revocará la libertad si no asiste injustificadamente a la primera citación formulada, si se considera necesaria su presencia. Para la revocatoria se sigue el trámite de audiencia, que se celebrará con los asistentes que concurran (trámite del art. 279.2 NCPP, según la norma de remisión del art. 276 NCPP).

3.3. El plazo razonable de la prisión preventiva y su prolongación

En tanto la medida de prisión preventiva responde a la necesidad de asegurar la presencia del imputado durante el trámite del proceso penal –con una doble finalidad, por un lado, evitar el peligro de ocultación, alteración o destrucción de las pruebas y, de otro, la ejecución de la futura penal a imponer–, tampoco puede prolongarse más de lo estrictamente razonable para que el proceso se desenvuelva y concluya con la emisión de una sentencia en primera instancia.

El art. 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso a través de este tipo de medida cautelar (SCIDH, Caso Bayarri vs. Argentina, de 30-10-08).

La CIDH en la SCIDH Genie Lacayo estableció tres presupuestos para evaluar la razonabilidad del plazo de detención preventiva: (i) La complejidad del asunto, que viene establecido por las circunstancias de hecho y de derecho del caso tales como: la prueba de los hechos, la pluralidad de los imputados, la gravedad de los hechos, la legislación ambigua o incierta; (ii) la actividad procesal del interesado, es decir, verificar si el imputado no ha hecho un uso abusivo e innecesario de los recursos o figuras permitidas por la ley procesal; (iii) la conducta de las autoridades judiciales, en donde hay que analizar circunstancias como la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental y la carga de trabajo. A partir del caso Valle Jaramillo y otros (SCIDH, de 27-11-08), la Corte incorporó un cuarto criterio: la afectación en la situación jurídica del procesado, donde se analiza si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del imputado, en cuyo supuesto resultará necesario sea más expeditivo. La duración excesiva o desproporcionada de la prisión preventiva genera una suerte de transformación de su naturaleza: de cautelar a punitiva [REYNA. STC n.º 2915-2004-HC/TC, de 23-11-04].

Estos criterios no solo deben verificarse para controlar el mantenimiento de la prisión preventiva en cada concreto, sino también para advertir si existe una prolongación indebida o arbitraria de una prisión preventiva. El criterio es único: la prisión preventiva o su prolongación solo se justifican en tanto existan o subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar; de lo contrario, se afectaría el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (STC n.º 01680-2009-PHC/TC, FJ 34).

4. Impugnación

Conforme al art. 278 NCPP, el auto de prisión preventiva es apelable con efecto devolutivo y no suspensivo en el plazo de tres días. La Sala resuelve previa vista de la causa dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación del fiscal y del defensor del imputado. La decisión se emite dentro de las 48 horas siguientes. Si la Sala declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo u otro juez dicte la resolución que corresponda con arreglo a lo establecido en el art. 271 NCPP. La nulidad solo permite un juicio rescisorio, no rescindente. La Ley, asumiendo una opción determinada, estimó una limitación del poder revocatorio del Tribunal de Alzada.

Lo constitucionalmente relevante, en cuanto garantía sustancial del procedimiento, es la existencia mínima de un control o recurso ante un órgano supe-

rior, y que se preserve la garantía de contradicción y de brevedad en la sustanciación del remedio que la legislación instrumete (STCE n.º 3/1992, de 13-01-92).

Bajo similares plazo y procedimiento es apelable la resolución de prólongación de la prisión preventiva (art. 274.3 NCPP).

5. Cómputo del plazo

El cómputo comprende los días naturales. El *diez a quo* se computa desde el día en que el imputado sufrió privación procesal de libertad. Empero, se excluye del mismo, no se cuentan el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas, que se vulnera el principio de buena fe procesal, atribuibles al imputado o a su defensa (recursos indebidos, recusaciones irrazonables, inasistencias injustificadas, articulares y remedios jurídicos fatuos o indignos, etc.).

Se excluyen del cómputo, no se considera el tiempo transcurrido efectivamente, cuanto se hubiera declarado la nulidad de lo actuado y dispuesto se dicte nuevo auto de prisión preventiva. De igual manera, se excluye el cómputo cuando se anula un proceso penal militar y se disponga el conocimiento de los hechos punibles por la jurisdicción ordinaria.

6. Revocatoria de comparecencia por prisión

Conforme al art. 279 NCPP, si se presentan indicios delictivos fundados de que el imputado libre está incurso en los presupuestos materiales de la prisión preventiva (art. 268 NCPP), puede emitirse un auto fundado de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva; cuya emisión está condicionada, conforme al principio de rogación, que lo inste el fiscal. Es, sencillamente, una expresión del elemento de variabilidad que informa toda medida de coerción. Para acordar esta medida debe celebrarse una audiencia, que se realizará únicamente con los asistentes que concurren. El juez de la investigación preparatoria decide en el mismo acto o dentro de las 48 horas. Contra el auto que se emite, procede apelación con efecto devolutivo, no suspensivo.

7. Prisión incomunicada

Conforme al art. 280 NCPP, en tanto modalidad de la prisión preventiva, es posible dictar la incomunicación del imputado preso. Procede siempre que sea indispensable para el establecimiento de un delito grave; esto es, deberá existir peligro de frustración del éxito de la investigación penal [BARONA VILAR] —ne-

cesidad persecutoria—. Rigen los mismos criterios de la detención incomunicada. La Constitución establece que nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, en la forma y por el tiempo previstos por la ley. Se trata, sin embargo, no de un derecho absoluto, sino posible de ser limitado, aunque en casos excepcionales permitidas por la norma procesal penal (STC n.º 10-2002-PI/TC, FJ 172-173). Su adopción no podrá afectar las comunicaciones personales que el imputado deba establecer periódicamente con su abogado defensor, pues, de ningún modo el estado de incomunicación puede restringir la garantía de defensa procesal [PEÑA CABRERA FREYRE].

El plazo de duración es de hasta diez días. La resolución se expide sin trámite alguno. Es recurrible en apelación dentro del plazo de un día, impugnación que no es suspensiva. Una vez vencido el plazo, cesa automáticamente. El Tribunal Superior resuelve previa vista de la causa, señalada dentro de las 48 horas de recibido el expediente, y la decisión se emite el día de la vista o al día siguiente.

8. Cesación de la prisión preventiva

Es una institución contracautelar prevista en el art. 283 NCPP. La cesación se sustenta tanto en el principio de intervención indiciaria como en el principio de proporcionalidad, y tiene como eje la nota característica de variabilidad a partir de nuevos elementos de convicción en relación con los presupuestos materiales de la prisión preventiva, a su circunstancias fácticas. La variación puede provenir tanto del *fumus delicti comissi* cuanto del *periculum in mora* (gravedad del hecho o peligrosismo procesal); es decir, de una disminución de la intensidad de su presencia (Ejecutoria Suprema RN 3100-2009, de 11-02-11). Igualmente, la medida cesa cuando el imputado haya sido condenado o absuelto en primera instancia, pues como la prisión es un instrumento para asegurar el éxito del proceso penal, resulta consecuente que la decisión que pone fin a dicha averiguación sea el punto final de esta medida de coerción [JAUCHEN].

La cesación, como medida provisional que es, importa la imposición en reemplazo de la prisión preventiva de una medida menos intensa. La opción por una de ellas requiere, adicionalmente, tomar en cuenta tres factores específicos: 1) características personales del imputado; 2) tiempo de privación procesal de la libertad; y, 3) estado de la causa. Además, debe imponerse al imputado reglas de conducta del art. 288, definidas como restricciones, cuyo objeto es garantizar la presencia del imputado y evitar que lesiona la finalidad de la medida. Su incumplimiento determina la revocatoria de la cesación, que también se extiende a la no comparecencia injustificada a las diligencias del proceso, y cuando varíen los

presupuestos materiales que la condicionaron. Perderá, asimismo, la caución si la hubiera pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración de justicia. La carga de probar los presupuestos de la cesación corresponde al imputado [CÁCERES JULCA].

La cesación se resuelve mediante el modelo de audiencia. El auto que se pronuncie puede ser impugnado por el imputado o el fiscal, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de prisión preventiva (art. 284 NCPP).

Cabe acotar que si vuelven a existir los presupuestos materiales de la prisión preventiva, será nuevamente procedente la prisión preventiva del imputado libertado por auto motivado, así aún resta plazo para su ejecución. Si la cesación hubiese operado por vencimiento del plazo razonable de la prisión preventiva, solo es posible la privación procesal de la libertad para la realización de un acto procesal que requiera la presencia del imputado, colaboración de él para con el procedimiento judicial voluntario negada por su incomparecencia, y necesaria para conducir el procedimiento hacia su finalización [MAIER].

8.1. Últimas reformas en materia de cesación de la prisión preventiva

El D. Leg. n.º 1229, de 25-09-15, que modificó el art. 283 NCPP –en rigor, se limitó a numerar los cuatro párrafos del enunciado normativo–, ratifica el carácter variable, en función a la subsistencia de los correspondientes presupuestos materiales, de la prisión preventiva.

La prisión preventiva debe cesar –es decir, ponerle término– cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Se requiere un cambio en la situación jurídica del imputado que incida en cualquiera de los presupuestos materiales que determinaron la prisión preventiva: (i) sospecha fundada y grave de vinculación delictiva; y/o (ii) motivos de prisión: (a) gravedad del delito: superior a cuatro años de privación de libertad, y (b) peligrosismo procesal, centrado en los peligros de fuga o de obstaculización.

La imputación del hecho delictivo puede desvanecerse con nuevos actos de investigación o de prueba –según el caso–, su entidad o el título de participación puede disminuir o este puede ser calificado en un tipo legal menos grave al inicialmente considerado como cometido. De igual manera el peligrosismo puede decaer total o parcialmente, al punto de no justificar la privación procesal de la libertad. El decaimiento, por lo regular, procede a través de una actividad inves-

tigativa o probatoria adicional o por acción natural del tiempo de prisión –este siempre relativiza el peligrosismo, base y fundamento de la prisión preventiva–.

La petición de cesación puede ser solicitada por el imputado las veces que lo considere pertinente. Sin embargo, en función a la decisión precedentemente emitida, deberá subsanar, cumplir o tener presente lo que se exija en la resolución judicial precedente.

El procedimiento para decidir sobre la cesación de la prisión preventiva es el típico de las audiencias preparatorias. La ley prevé una resolución oral o una escrita si se emite dentro de las 72 horas siguientes a su culminación.

La sustitución de la medida de prisión preventiva por la de comparecencia, que siempre entraña la cesación de la misma, tiene como efecto la imposición de determinadas restricciones o reglas de conducta: primero, en función a las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación procesal de la libertad y el estado de la causa; y, segundo, que garanticen la presencia del imputado en el proceso o que dañen su finalidad aseguratoria.

IV. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Es, conforme al art. 290 NCPP, una medida sustitutiva de la prisión preventiva; no es alternativa a ella. Su texto es muy claro, pues se ha de proferir “cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado”. Para su dictación, mediante auto fundado, se requiere de cuatro presupuestos materiales: imputado mayor de 65 años, enfermedad grave o incurable, incapacidad física permanente, o madre gestante. La condición general de la medida estriba en que el peligro de fuga o de obstaculización puede evitarse con su imposición, de lo que fluye que la verificación de los presupuestos objetivos antes mencionados no termina automáticamente en la detención domiciliaria, pues deben ser analizados en cada caso concreto, sopesando las razones de tipo humanitario que se erigen como fundamento del instituto [Cámara Federal de Apelaciones-Buenos Aires, causa 99/2008, de 20-06-08]. Lo esencial es evitar que una restricción de la libertad se convierta en una medida –procesal o ejecutiva– constitucionalmente prohibida [ZAFFARONI].

Un tema de debate es si los presupuestos establecidos en el art. 290 NCPP deben interpretarse de manera restrictiva, es decir, si solo en estos supuestos el juez está facultado para imponer detención domiciliaria. El art. 290 NCPP constituye una manifestación legislativa del principio de proporcionalidad, pues el legislador

**UNIDAD I: CONSIDERACIONES
PRELIMINARES SOBRE LA PRISIÓN
PREVENTIVA**

- 2) JAUCHEN Eduardo. Prisión Preventiva. En Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo II

EDUARDO JAUCHEN

Profesor Titular (por concurso) de la Cátedra de Derecho Procesal Penal y Profesor y miembro del Comité Académico de la carrera de posgrado de Especialización en Derecho Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

**TRATADO DE
DERECHO
PROCESAL PENAL**

Tomo II

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

Por su parte, el artículo 115 regula la posibilidad de la propuesta de un defensor por parte de terceros, en el supuesto en que el imputado estuviera incomunicado: "Cuando el imputado estuviera incomunicado, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad podrá proponer un defensor, lo que se le hará saber a aquél de inmediato. La relación con el imputado no necesitará ser probada, bastando la manifestación bajo juramento del peticionario".

El ámbito práctico de aplicación de esta disposición es ciertamente escaso. Es que dado que la incomunicación no entorpece la relación del imputado con su abogado de confianza, el texto legal sólo adquiere sentido en el supuesto de que el imputado incomunicado no conozca o no tenga un abogado a quien recurrir, no obstante lo cual, nunca permanecerá en indefensión en virtud de la obligación de asignarle un defensor de oficio que asegure "la efectiva disponibilidad de defensa para todos los casos que requieren las disposiciones de este Código y según sus condiciones" (art. 114). Luego, la ley autoriza a parientes y amigos, mediante simple invocación de tal condición, a sugerir un profesional que lo asista, información que deberá ser puesta en inmediato conocimiento del imputado para que lo designe o lo rechace.

310. Prisión preventiva

Planteo general

La preservación de la libertad personal es la regla general a observar durante el trámite del proceso penal.

Se trata, según ya se ha indicado a lo largo de la obra, del derecho del imputado a permanecer o recobrar, respectivamente, su libertad ambulatoria durante el trámite del proceso penal y en ella se reconoce al "derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella sin que nadie

pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima" (García Morillo).

Es un derecho y no de una mera concesión o beneficio otorgado por la ley de forma; conceptualmente, cabe señalar que, al igual que todos los derechos en el marco del orden jurídico, éste no reviste carácter absoluto; tiene, como es lógico y coherente en el juego de contrapesos constitucionales, posibles restricciones.

Ahora bien, las limitaciones factibles se deberían conectar, de modo exclusivo, con lo que la doctrina procesalista denomina "peligrosidad procesal", esto es, el peligro *cierto*, obtenido de elementos objetivos (no vale aquí la mera subjetividad del juez), de que el imputado intentará eludir el cumplimiento de la eventual sentencia de condena o bien que obstaculizará el curso de la investigación (mediante la destrucción de pruebas, por ej.).

Sólo pueden fundarse en la necesidad de garantizar los fines del proceso penal: correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal.

¿Cuál es la razón por la que la prisión preventiva no debe extenderse más allá de estos supuestos? La respuesta es sencilla, y por todos conocida: la imposibilidad de reparar el perjuicio derivado del sometimiento a prisión sin sentencia de condena firme; es claro que no nos referimos aquí a una posibilidad de reparación económica que, por cierto, está prevista en varios códigos procesales del Derecho Comparado, y en el CPPSF en los supuestos de recurso de revisión favorable (art. 452) y en determinados supuestos de sentencia absolutoria o sobreseimiento (art. 453). En términos más sencillos, se trata de la posibilidad —en líneas generales— de que un juez encarcele de modo permanente a quien puede ser declamado, posteriormente, inocente por otro juez.

En tanto sea mantenido un Derecho Penal de privación de libertad, la prisión provisional "será un instrumento válido

si se la aplica solamente en los supuestos delimitados de un modo estricto por su excepcionalidad funcional. Esto significa, sobre todo, que el aseguramiento de la función de *ultima ratio* del encarcelamiento preventivo exige que se lo restrinja únicamente a su tarea procesal" (Pastor).

Sin embargo, "ello no es suficiente, si lo que se pretende es evitar la utilización desviada o patológica de este instrumento. En efecto, para que sus funciones sean realmente excepcionales -y nada más- es preciso que la duración del proceso esté enérgicamente limitada por plazos de verdad fatales. Pues no basta con declamar que el encarcelamiento preventivo es excepcional y subordinado al aseguramiento de temores procesales para evitar el riesgo de que se abuse de esos peligros" (Pastor).

Concepto

La prisión preventiva o provisional es la medida de coerción personal de más alta lesividad en todo el sistema procesal. Previa al dictado de una sentencia de condena, "representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de la libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad" (Maier).

Para su dictado se requiere de un cierto grado de acercamiento a la verdad: "ya no basta la sospecha que se exige para ordenar la detención, sino que se requiere un escalón más elevado en el grado cognoscitivo del órgano jurisdiccional respecto de la existencia del hecho y de la participación de quien se encuentra imputado. El grado cognoscitivo se eleva, por lo menos, a la existencia de probabilidad sobre la intervención penalmente relevante del imputado" (Jauchen).

Ello debe conjugarse con la desconfianza, en "grado sumo" objetivamente fundada, de que el imputado está dispuesto a poner en peligro la realización del proceso o la ejecución del

derecho material, "razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional —definido jurídicamente— frente a la regla de la libertad personal" (Maier).

La prisión preventiva y sus desviaciones

La pena es, esencialmente, retribución por el mal causado. Según el principio de retribución, la pena no es un *prius* sino un *posterius*. Queda, entonces, conceptualmente vedado desvirtuar esta idea de retribución, por definición sanción *post delictum*, a través del reemplazo por una medida preventiva o *ante delictum*.

Existe un marcado antagonismo entre retribución y prevención en Derecho Penal (Donna). Acorde al primero, la consecuencia jurídica que admite la culpabilidad del autor por el hecho antijurídico —pena— es una respuesta del Estado por la comisión de un hecho ya ocurrido. En cambio, el ideario de la prevención —sea especial (referido al sujeto delincuente) o general (tiene por destinatario el conjunto social)— apunta a la evitación de futuros hechos delictivos.

Este último resulta el punto más áspero de la pena, por cuanto la pretensión de erradicar el delito a través de la pena supone la cosificación de la persona, su uso como medio para un fin, y la afectación de su dignidad —por cuanto la medida de la pena no responde ya a su nivel de culpabilidad, sino a necesidades estatales de gestión del conflicto—.

La práctica judicial da cuenta, en ocasiones, de que el uso de la prisión preventiva resulta servil a esta finalidad preventiva, esencialmente porque es más sencilla de imponer que la "pena" verdadera, y también más efectiva para dar respuesta a demandas sociales (Pastor).

Es que, como bien dice Ferrajoli, se puede prevenir sin retribuir algo: el fin de la prevención, no obstante su portación por el principio de retribución, no implica a su turno una

relación recíproca entre ambos, y puede quedar satisfecho también por "el castigo terrorista del inocente" (Ferrajoli). Esta garantía que ofrece la noción misma de retribución en la pena, en mérito a la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho —y no por lo que pudo probablemente haber hecho—, es útil para excluir el castigo del inocente aun de considerárselo de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito.

Este dato se constituye, consecuentemente, en un pilar garantista del Derecho Penal. Sin embargo, a través de la historia nunca ha logrado una consolidación materialmente verificable y dotada de cierta hegemonía, despojada de los intentos del poder político —dondequiera que sea— por imponer sus intereses a costa del aniquilamiento de las garantías individuales. Así, el sistema de medidas punitivas *ante* o *extra delictum* desarrolladas con el beneplácito de las culturas penales de la defensa social, la prevención general y la especial, se erige en el atajo predilecto a la hora de eludir las dificultades metodológicas propias de aquella información.

Por lo demás, dos son las funciones esenciales que en lo fáctico —con la misma dosis de aflicción— presta el instituto de la prisión provisional.

En primer término, y según se adelantó, aparece en escena un uso informal, cuya naturaleza es el anticipo de pena. Desde este ángulo, la captura inmediata del imputado sospechoso luego de la comisión u omisión del hecho —si es que existió— importa, evidentemente, una medida de defensa social muy eficaz, al castigarse primero, y procesarse después, esto es, se castiga mediante la aplicación de una medida de coerción. Ello se debe, en parte, a la similitud entre la ejecución de la pena privativa de libertad y la ejecución de prisión provisional.

Es una pena durante el juicio, o mejor dicho, una pena sin juicio. Conspira, así, contra el principio de jurisdiccional-

lidad, concepto complementario del principio de legalidad, acorde con el cual se exige que su naturaleza y medida sean determinadas e impuestas por un juez judicial, en la forma y con las garantías propias del juicio penal (art. 18, CN).

Luego, la prisión preventiva es "preventiva" en un doble sentido. Inicialmente, tiene un rol de prevención general, que lejos está de sostenerse en la amenaza legal propia de la pena, sino que directamente se conecta con el carácter ejemplar de su irrogación judicial. El segundo sentido "preventivo" se enlaza con la idea de que son preventivas las medidas de prevención con las que se amenaza ya no sobre la base de pruebas confutadoras sino de la mera y especulativa sospecha.

La doctrina ha destacado que "esta visión de la prisión provisional como sanción (mecanismo de estabilización) provisional de (la desestabilización producida por) un delito 'probable' es, a no dudarlo, una de las derivaciones más preocupantes de este esfuerzo integrado del sistema penal. Sobre todo porque es difícil no ver en ella un resurgimiento pleno de la máxima inquisitorial *salus publica suprema lex est* y de la *pæna extraordinaria* o pena de sospecha" (Díaz Cantón).

Esta esencia preventiva de la prisión anticipada, que queda así equiparada a una suerte de medida de seguridad post-delictual, a una medida de policía, no resiste el menor análisis. Lo que es legal es la inmediata realización de la investigación por parte del Estado ante la *notitia criminis* y, con ello, es suficiente para la satisfacción del interés público en la justicia, de acuerdo a las normas constitucionales.

La segunda disfunción goza de igual gravedad institucional. Se trata del método inquisitivo para constreñir solapadamente al imputado a confesar o a prestar colaboración con la investigación (Ferrajoli). Debe recordarse aquí que una cosa es que el imputado tenga obligación de no entorpecer la pesquisa y otra, muy distinta por cierto, es que deba colaborar con su armónico desarrollo, facilitándolo. Esta utilización de la pri-

sión en cuanto medio de intimidación y de presión es típicamente policial, en la peor de las acepciones, y degrada al proceso *a tour de force* entre el imputado y la acusación pública (Ferrajoli). Ni que hablar de la lesividad de este dato con respecto al efectivo derecho de la defensa penal, por ejemplo, ante la posibilidad de abreviación del juicio, en tanto será frecuente el intento de pactar una pena que, aunque injusta, permita poner fin a la incertidumbre o al encierro mismo.

No debe cederse al reemplazo del Derecho Penal liberal por uno de pretense corte moderno, que flexibilice las garantías y conquistas de la Ilustración (Abraldes). Es por sí misma la cualidad de sanción penal, sin referencia a la distinción entre penas privativas o no de la libertad, lo que debe determinar el establecimiento y respeto a ciertas reglas, categorías y principios, sea cual fuere la gravedad de los hechos sancionados y la entidad de la pena. Hay derechos indisponibles e inalienables, que no quedan sujetos a las reglas del mercado, ni tampoco a la decisión política; en medio de esta categoría impoluta está, sin duda, el derecho a la libertad durante la sustanciación del proceso penal (Abraldes).

Las garantías protegen a todos o no protegen a ninguno. La restricción prematura e innecesaria de la libertad ambulatoria genera afectación de garantías constitucionales y consecuente irreparabilidad. Rara vez está todo claro desde el inicio del proceso penal como para afirmar que ello no ocurrirá.

La idea de instaurar un mecanismo de protección del bien jurídico a través del encarcelamiento preventivo recuerda a aquel Estado que considera que la libertad no pertenece al individuo (Abraldes). Es que no resulta legítimo aplicar cautelas procesales para neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva; de otro modo, la prisión provisional mutaría en medida de seguridad, como, por ejemplo, ocurre con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado contenida en el artículo 52 del CP.

A diferencia de lo que debería ser un Estado liberal, ello implicaría considerar a la libertad individual no como un derecho preeminente del ciudadano, sino más bien como una concesión del Estado acordada en interés de la colectividad, en relación y subordinación al interés social. Luego, se trata de algo concedido que frente a "nuevas" necesidades es imperioso que sea devuelto al Estado. Así aparece el proceso automático en prisión. Se deja exhibida, de tal modo, la funcionalización del individuo respecto del Estado (Abraldes).

Los intereses de la prevención no reconocen otro límite que los propiamente fijados por la prevención. A ello cabe sumar, como explica con agudeza Donna, que "la idea totalitaria del Estado tiene mil rostros, y nadie puede asegurar, no sólo que no vaya a regresar sino que además, no lo vaya a hacer con más poder que antes" (Donna).

El Derecho Penal no se estructura sobre la idea de fines, ya que se limita a ser sólo una reacción ante el hecho; por tanto no puede ser un instrumento al servicio de cambios sociales. Sólo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la libertad de las personas. Y el proceso penal, en cuanto mecanismo de aplicación del derecho sustantivo, ha de respetar este estándar.

Como bien dijo Francesco Pagano aquello de que "el paso a la civilización, así como el grado de libertad y de despotismo, se miden por la manera de juzgar" (Pagano, citado por Ferrajoli).

Caracteres

Todo encarcelamiento preventivo afecta la garantía constitucional de "entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino" y la "libertad personal", o sea, específicamente la libertad de locomoción o física propiamente dicha.

Por ende, el encarcelamiento preventivo, cualquiera sea

su naturaleza técnica: arresto, detención, aprehensión privada o prisión preventiva, sólo es procedente y legítimo cuando reúna las siguientes condiciones: a) excepcional; b) necesario; c) racional; d) ordenado por autoridad competente; e) mediante orden escrita; f) sólo por un plazo razonable (Jauchen).

Cualquier coerción personal que no reúna conjuntamente todos estos requisitos es inconstitucional. Veamos separadamente cada uno de ellos.

Excepcional: todo habitante, conforme a las normas supremas, goza: del estado de inocencia hasta que el mismo no sea revertido mediante una sentencia condenatoria dictada previo juicio desarrollado conforme a las pautas del debido proceso legal adecuado a preceptos constitucionales; de que cualquier pena se imponga sólo previo juicio; del derecho a la libertad personal, y de que el encarcelamiento preventivo no puede ser la regla. Por lo tanto, el principio es que todo habitante sometido a proceso penal debe permanecer en estado de libertad, sin perjuicio de las sujeciones propias que requiere el ordenado y efectivo desarrollo del procedimiento para lo cual, estando a disposición del órgano jurisdiccional de la causa, debe obedecer y responder a toda convocatoria que se le comunique. Sólo como excepción puede aplicársele una coerción personal restrictiva o privativa de su libertad personal cuando, en el caso concreto, conforme al delito cometido o 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 la libertad que no persiga exclusivamente estos propósitos es inconstitucional.

Necesario: de lo anteriormente expuesto es fácil concluir que la coerción de esta naturaleza será legítima sólo excep-

cionalmente, cuando sea indispensable para asegurar los fines del proceso penal: la eficaz investigación y la efectiva aplicación de la ley penal. De ahí precisamente su naturaleza exclusivamente cautelar y no sancionadora. En consecuencia, cuando el peligro que se procura evitar puede asegurarse por otros medios alternativos menos gravosos que tengan idoneidad cautelar suficiente, debe siempre optarse por estos últimos evitándose la privación de la libertad.

Racional: es preciso, además, que exista una relación de proporcionalidad entre la gravedad de la sanción pronosticada y la medida cautelar que se implementa. Si todo habitante sólo puede ser privado de su libertad en virtud de condena, previo juicio en el que se determine su culpabilidad, sería irracional establecer antes de la condena un encarcelamiento que fuese más gravoso que la eventual e hipotética pena cuando aún se presume su inocencia. Lo que tiene mera naturaleza cautelar no puede ser de mayor entidad que aquello que tiene como fin asegurar. De ahí que la generalidad de los códigos procesales argentinos prevén normas que permiten el cese de la prisión preventiva cuando se estime que al imputado no se le privará de su libertad, en caso de condena, por un tiempo mayor al del tiempo de encarcelamiento que hasta ese momento lleva cumplido.

Ordenado por autoridad competente: en este sentido es lapidario el precepto constitucional en cuanto a que nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (art. 18, CN), y conforme lo establecido en los artículos 5º, 108 y 123 de la misma Carta Magna, la interpretación más sensata fuerza a adecuar el concepto de autoridad competente a estos efectos exclusivamente al Poder Judicial, excepción hecha sólo de lo normado por el artículo 23 de la Constitución Nacional en el supuesto del estado de sitio respecto a las facultades de arresto conferidas al presidente de la Nación si la persona no optare por salir fuera

del territorio argentino. Hacer una interpretación diferente importa necesariamente una indebida extensión del texto constitucional. Por el contrario, la interpretación debe ser restrictiva pues alude a normas que regulan la facultad de privar a los habitantes de su libertad. Cabe enfatizar que tan así es que el texto constitucional al mencionar a la "autoridad competente" no deja librada al legislador común la facultad de establecer cuál es la misma, pues de la correcta hermenéutica de la garantía de juez natural, de encargar a ellos el poder de aplicar la ley penal y en consecuencia de ser los únicos que pueden llevar adelante el enjuiciamiento penal, como también de las disposiciones sobre la creación del Poder Judicial, con la independencia y facultades correspondientes, queda vedado que cualquier otro poder que no sea el Judicial pueda proceder a privar de la libertad a algún habitante de la Nación. Ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo pueden dictar leyes o decretos que extiendan esa facultad.

Mediante orden escrita: así lo requiere expresamente el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional; la misma debe emanar de la autoridad competente que, como ya se adelantó, es el Poder Judicial. La exigencia constitucional del escriturismo debe entenderse en cuanto a la resolución del órgano jurisdiccional que la ordena, pero la comunicación de la misma a la autoridad policial para que proceda al efecto cuando el juez delegue tal diligencia en vez de proceder personalmente puede válidamente practicarse en forma verbal, o por medio telefónico o telegráfico, o en fin por cualquier otra vía de comunicación fehaciente, siendo importante que en la causa quede constancia escrita de la resolución motivada del juez y de la orden que ha dado, con clara y expresa mención de la hora en que se efectuó, la autoridad a la que se le impartió, el medio que se utilizó para comunicarla y cuáles fueron las razones de urgencia que le impidieron efectuar la comunicación por escrito.

Sólo por un plazo razonable: según establece el artículo 9º del PIDCP, la prisión preventiva no debe ser tomada como la regla, deduciéndose *a contrario sensu* que el principio es el estado de libertad y la excepción su privación. Pero aun cuando la misma Constitución permita la coerción personal sobre la libertad durante la sustanciación de la causa a título cautelar sólo como excepción, racional y necesaria, a su vez el encarcelamiento de esta naturaleza no puede prolongarse irracionalmente. Este principio se deriva del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, en suma, que en un período de tiempo adecuado se decida su situación frente al orden jurídico, porque es un esencial trato humanitario para el imputado y un deber para la comunidad resolver los procesos judiciales con eficacia pero dentro de un tiempo prudente, de modo tal que no se dilate cruelmente la angustiada incertidumbre del justiciable ni el apetito de seguridad jurídica de la comunidad. Así lo consagra explícitamente el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su inciso 5º enunciando que "Toda persona detenida o retenida [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que por "plazo razonable" debe entenderse el período de tiempo transcurrido entre el primer acto procesal o de privación de la libertad, en su caso, y la conclusión del proceso incluyendo los recursos que puedan interponerse. Y la misma Corte, a su vez, en reiteradas oportunidades, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha resuelto que a fin de establecer el "plazo razonable" es preciso atender a tres elementos:

- a) La complejidad del asunto;
- b) la actividad procesal del interesado;

- c) la conducta de las autoridades judiciales, debiendo procederse a un análisis global del procedimiento.

No puede dejar de señalarse que si bien las cortes internacionales han determinado tales pautas, útiles en alguna medida, las mismas son de extrema amplitud y susceptibles de ser fácilmente distorsionadas por los tribunales de los Estados, otorgándoles a cada una de ellas, a su vez, una interpretación y alcance diferentes. La extrema amplitud se origina en las propias disposiciones de las convenciones internacionales mediante el enunciado "plazo razonable" sin más aclaración dispositiva, y si bien ello puede en alguna medida justificar los genéricos pronunciamientos de las cortes internacionales, es recomendable que ante una garantía tan relevante se introduzca, sea mediante disposiciones normativas o resoluciones judiciales, una determinación más precisa; así lo reclaman la seguridad jurídica y los derechos de las personas.

Esta orfandad fue solucionada por la legislación argentina que reglamentando la CADH estableció mediante la ley 25.430 que la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años sin que se haya dictado sentencia, pudiendo prorrogarse por un año más sólo cuando por la cantidad de los delitos atribuidos o la evidente complejidad de la causa haya sido imposible el dictado de la sentencia en aquel plazo. Si dichos plazos vencen luego del dictado de la sentencia, aun cuando ésta no se encuentre firme, los mismos no se computan a tales efectos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha expedido en reiterados fallos respecto a que la defensa en juicio del artículo 18 importa "el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a

la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.

Con relación a la constitucionalidad de esta medida de coerción, no resulta posible un proceso penal que carezca de la posibilidad de prisión preventiva: como bien se ha dicho, no se trata de una trasgresión de los valores del principio del juicio previo obligatorio, “sino de una reafirmación de un procedimiento penal sin autorización para privar al imputado cuando él no se someta voluntariamente a la persecución” con lo que “no se podrá renunciar a la prisión preventiva sin renunciar al proceso mismo, dado que la verdadera quimera estaría constituida por pensarlo como voluntario” (Pastor).

No debe olvidarse que el proceso penal no resulta posible en rebeldía ni en ausencia del imputado, a excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 125 del CPPSF. No obstante, si la investigación penal preparatoria no fue concluida, no resulta posible para el fiscal formular la requisitoria de acusación (primer párrafo de la disposición legal citada).

Luego, la prisión provisional puede devenir jurídicamente necesaria en aras de permitir la realización del proceso penal, que no resulta discrecional para nadie, ya que “el Estado está obligado a llevarlo a cabo (de otro modo no sería ‘penal’) y el imputado a tolerar su realización y, por ende, a soportar sus medidas” (Pastor).

311. Procedencia

La aplicación de la prisión preventiva requiere de presupuestos materiales y formales.

Entre los primeros, se encuentran la exigencia de un grado de acercamiento a la verdad que implique la presencia de probabilidad en torno a la existencia del hecho imputado y su autoría por el destinatario; la efectividad de la prisión en

**UNIDAD I: CONSIDERACIONES
PRELIMINARES SOBRE LA PRISIÓN
PREVENTIVA**

- 3) Precedente de evaluación de decisiones CNN
N. 120-2014



Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura

N° 120-2014-PCNM

PRECEDENTE: EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DE DECISIONES

Lima, 28 de mayo de 2014.

VISTO:

El expediente de evaluación integral y ratificación de don Hugo Raúl Villasis Rojas, Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur del Distrito Judicial de Lima Sur; interviniendo como ponente, el señor Consejero Pablo Talavera Elguera; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Que, por Resolución N° 850-2005-CNM del 6 de abril de 2005, don Hugo Raúl Villasis Rojas fue nombrado Fiscal Adjunto Provincial Mixto de Campo Verde, Distrito Judicial de Ucayali; habiendo juramentado en el cargo el 19 de abril de 2005; debiendo precisar que, dado que su renuncia fue aceptada el 25 de octubre de 2010 por la Junta de Fiscales Supremos, el título antes indicado fue cancelado a través de la Resolución N° 395-2010-CNM del 12 de noviembre de 2010. Posteriormente, por Resolución N° 428-2011-CNM del 21 de noviembre de 2011, fue nombrado Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur, procediéndose con el acto de proclamación y entrega de título el 11 de enero de 2012. En tal sentido, a la fecha ha transcurrido el período de siete años a que se refiere el artículo 154° inciso 2 de la Constitución Política del Estado para los fines del proceso de evaluación y ratificación correspondiente.
2. Que, por Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura se aprobó la Convocatoria N° 001-2014-CNM de los procesos individuales de evaluación integral y ratificación, comprendiendo entre otros a don Hugo Raúl Villasis Rojas en su calidad de Fiscal Adjunto Provincial Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur del Distrito Judicial de Lima Sur, siendo el período de evaluación del magistrado desde el 20 de abril de 2005 hasta el 25 de octubre de 2010 y, desde el 12 de enero de 2012 a la fecha de conclusión del presente proceso, cuyas etapas han culminado con la entrevista personal al evaluado llevada a cabo en sesión pública del 26 de marzo de 2014, habiéndose garantizado el acceso previo al expediente e informe individual para su lectura respectiva, respetando en todo momento las garantías del derecho al debido proceso, por lo que corresponde adoptar la decisión.

II. EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA

3. Que, con relación al rubro conducta:

N° 120-2014-PCNM

- a) El magistrado evaluado no registra medidas disciplinarias en su contra. Asimismo no se han presentado cuestionamientos a su conducta por el mecanismo de participación ciudadana. Por consiguiente, los elementos que corresponden a este parámetro constituyen una evaluación favorable a su conducta.
- b) No registra tardanzas o ausencias injustificadas.
- c) La información de los referéndums llevados a cabo el año 2013 por el Colegio de Abogados de Lima Sur, y de los años 2006, 2007 y 2008 por el Colegio de Abogados de Ucayali proyectan un resultado satisfactorio respecto a su desempeño como magistrado; de igual forma, no se advierte que haya sido sujeto de sanción, queja o proceso disciplinario alguno por el gremio profesional de abogados que menoscaben la valoración de su conducta.
- d) No registra antecedentes negativos de índole policial, judicial, ni penal; asimismo, no se advierten anotaciones sobre sentencias en su contra derivadas de procesos judiciales con declaración de responsabilidad.
- e) Con relación a su información patrimonial, de acuerdo con el estudio de sus declaraciones juradas anuales y de la revisión realizada en el acto de su entrevista personal, no se aprecia variación injustificada, habiendo explicado adecuadamente los aspectos relacionados con este parámetro de evaluación y aclarado las dudas surgidas durante el acto de entrevista.

Teniendo en cuenta los parámetros previamente anotados, la evaluación del rubro conducta permite concluir que en líneas generales don Hugo Raúl Villasis Rojas ha observado una conducta adecuada al cargo que desempeña, no existiendo elementos objetivos que lo desmerezcan en este rubro.

III. EVALUACIÓN DE LA IDONEIDAD

4. Que, en lo referente al rubro idoneidad:

- a) En el aspecto de calidad de decisiones ha obtenido una calificación promedio de 1.38 sobre un máximo de 2.0, la misma que constituye un indicador aceptable; sin embargo, dado que ciertas disposiciones y otros documentos presentados por el doctor Villasis Rojas han merecido algunas observaciones y/o comentarios por parte del especialista calificador, **el Pleno de este Consejo ha estimado necesario establecer las reglas generales en virtud de las cuales se evaluarán a futuro todas las resoluciones, dictámenes, disposiciones, actas y otros documentos producidos por los magistrados de nuestro país.** Dichos criterios serán desarrollados a partir del fundamento quinto de la presente resolución.
- b) En cuanto a la calidad en la gestión de procesos y organización del trabajo, aspectos que se evalúan en forma correlacionada, se advierte una aceptable actuación en la gestión y organización, lo que conjuntamente con el ítem anterior constituye una evaluación favorable.
- c) Respecto al ítem celeridad y rendimiento, de la revisión y estudio de la información remitida a este Consejo por el Ministerio Público, se advierte que el magistrado se encuentra desarrollando su función fiscal en forma eficiente.



Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura

N° 120-2014-PCNM

- d) Asimismo, acerca del rubro publicaciones cabe resaltar que el magistrado en mención ha publicado cuatro artículos durante el periodo sujeto a evaluación, lo cual pone de relieve su interés académico.
- e) De otro lado, sobre su desarrollo profesional, se aprecia que el evaluado denota un gran interés por mantenerse actualizado, habiendo desarrollado en forma continua cursos de especialización/diplomados en los que ha obtenido notas aprobatorias, destacando los realizados en la Academia de la Magistratura, asimismo, según lo informado por el evaluado en su formato de datos y en su entrevista personal, durante el periodo sujeto a evaluación ha obtenido el título de Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villareal con la tesis titulada "La imparcialidad de los Jueces Penales y la labor de control del Tribunal Constitucional", así como también ha concluido sus estudios de Doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, incidiendo todo ello directamente en el mejoramiento de su ejercicio fiscal.

En líneas generales, la información e indicadores analizados, así como las respuestas brindadas por el magistrado evaluado sobre este rubro, permiten concluir que cuenta con un nivel de idoneidad aceptable para el desempeño de la función fiscal.

IV. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

IV. 1. Problemática de la calidad de las decisiones

- 5. El Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura ha podido advertir durante los tres últimos años en que se han desarrollado más de mil quinientos procesos de evaluación integral y ratificación de jueces y fiscales, que dichos magistrados presentan resoluciones, dictámenes, disposiciones y otros documentos para la evaluación de la calidad de decisiones en los que frecuentemente incurren en serias deficiencias en su elaboración, caracterizándose, en muchos casos, por la falta de orden, la ausencia de claridad, errores de sintaxis y ortográficos, redundancia, incongruencia, insuficiencia argumentativa y por estar plagadas de citas doctrinarias y jurisprudenciales innecesarias o poco relevantes para la solución del caso concreto.
- 6. Estas deficiencias tienen como consecuencia directa la disminución de la claridad de la decisión y muchas veces acarrea una baja calificación al ser evaluados por los especialistas. Por otro lado, en lo concerniente al aspecto material, esto es, la fundamentación de la decisión y los recursos argumentativos, se ha observado que los magistrados, en la mayoría de casos, limitan su razonamiento a transcribir el contenido de las normas aplicables al caso, sin efectuar procedimiento interpretativo alguno, sea de subsunción o ponderación de derechos fundamentales. Antes bien, los magistrados suelen reemplazar su razonamiento a través de la transcripción de extractos de la actuación probatoria - testimoniales, pericias, inspecciones, etc.- sin valorar el aporte objetivo de los mismos a su decisión.

IV. 2. Objetivos del precedente administrativo

7. El Consejo Nacional de la Magistratura ha considerado necesario emitir un precedente administrativo a fin de establecer las reglas generales conforme a las cuales se evaluarán tanto las resoluciones judiciales, dictámenes, disposiciones fiscales, así como las actas y otros documentos producidos por los magistrados en el ejercicio de sus funciones, las mismas que se guiarán por los criterios de orden, claridad, coherencia, congruencia y adecuada fundamentación jurídica, contenidos en la Ley de la Carrera Judicial.
8. El Pleno de este Consejo tiene la firme convicción que con la emisión de este precedente administrativo se alcanzarán los siguientes objetivos: *i)* limitar el empleo innecesario de elementos argumentativos, los mismos que antes de buscar una optimización de la función jurisdiccional y la correcta administración de justicia, buscan justificar la actuación del magistrado en determinadas resoluciones, con miras a obtener una mayor calificación al momento de ser evaluados por este Consejo; *ii)* incentivar el uso del lenguaje claro - sintáctica y ortográficamente correcto -, y coherente con las necesidades argumentativas propias del caso concreto; *iii)* promover la capacidad de síntesis de los magistrados al momento de exponer su comprensión del caso concreto; *iv)* estimular la capacidad de análisis lógico al momento de fundamentar las decisiones; y, *v)* asegurar el cumplimiento de las exigencias y requerimientos formales que la ley establece para la validez de las resoluciones judiciales y fiscales.

En las próximas líneas desarrollaremos cada uno de los criterios que, a partir del día siguiente de la publicación de la presente resolución, serán tenidos en cuenta al momento de evaluar la calidad de decisiones de todos los jueces y fiscales del país.

IV.3. Criterios generales

9. El Consejo Nacional de la Magistratura considera que las resoluciones judiciales, dictámenes y disposiciones fiscales, así como las actas deben ser elaboradas y por lo tanto evaluadas conforme a los criterios generales establecidos en el artículo 70° de la Ley de la Carrera Judicial, en concordancia o complementados por los requisitos y formalidades exigidas por el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal, el Código Procesal Civil, el Código Procesal Constitucional, la Ley Procesal de Trabajo, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público, y demás Códigos y leyes especiales, conforme a las especialidades u órdenes jurisdiccionales o fiscales, así como los diversos niveles de la magistratura.
10. Una resolución o dictamen es de buena calidad y por ende refleja un buen desempeño en la magistratura, si cumple con las exigencias o requisitos que la ley establece para su validez; de modo tal que, no basta que haya un orden o claridad en la misma, se requiere que se encuentre motivada según los parámetros que las leyes estipulan. Así, por ejemplo, una sentencia condenatoria no será de calidad, si se ha omitido una motivación acerca de la subsunción jurídica o calificación penal o sobre la determinación judicial de la pena, siendo que este último aspecto es relevante por la consecuencia jurídica sobre el derecho fundamental a la libertad y otro.



Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura

N° 120-2014-PCNM

IV.4. Evaluación de la comprensión jurídica del problema

11. Las resoluciones y dictámenes fiscales deben ser ordenados, claros, llanos y caracterizados por la brevedad en su exposición y argumentación. No se trata de que una resolución conste de muchas páginas para cumplir con la exigencia constitucional de una debida motivación. Se trata mas bien de que sea suficiente, es decir, que se analicen y discutan todas las pretensiones, hechos controvertidos o las alegaciones jurídicas de las partes con el carácter de relevantes. Se deben evitar párrafos y argumentos redundantes, fórmulas de estilo o frases genéricas sin mayor relevancia en la solución del problema planteado; así como, la mera glosa o resumen de todas las pruebas practicadas en las fases del proceso, sin efectuar el razonamiento probatorio correspondiente.
12. Con relación a su aspecto formal, una resolución, dictamen o disposición es de calidad cuando evidencia cuidado en la redacción del documento, es decir, que reduce en la mayor medida posible los errores provenientes del mal uso del lenguaje escrito tales como: el mal uso de las reglas de ortografía y de puntuación. Sin embargo, esto no basta para denotar calidad en la redacción del documento, para ello el magistrado también deberá tener cuidado en la construcción de oraciones y concatenación de argumentos. Se ha observado que los magistrados redactan párrafos interminables que contienen argumentos distintos, y hasta contrapuestos, pero que solo se encuentran divididos por una coma. Ello hace difícil determinar cuál es la conexión de los argumentos y su relevancia para la toma de la decisión. Por tanto, una resolución de calidad, deberá ser correcta en lo referente al manejo del lenguaje escrito, así como en la coherencia de los enunciados que la conforman.
13. La comprensión jurídica del problema y la calidad de la exposición o argumentación, además de sujetarse a los criterios de orden, claridad, así como del correcto uso del lenguaje coloquial y jurídico, debe contener la identificación y descripción del tipo de problema a resolver, es decir, si se trata de un problema sobre fijación de los hechos materia de discusión, de prueba, de interpretación o de calificación jurídica. Asimismo, se tiene que determinar si el caso que se pretende resolver es un caso fácil, un caso difícil o un caso trágico, ya que según la magnitud del problema o de los puntos en discusión se tendrá que desarrollar una mayor o menor argumentación jurídica.
14. Por otro lado, debe tomarse en cuenta si se trata de una decisión de primer grado o de resolver un medio de impugnación (v. gr. recurso de apelación, nulidad, queja o casación). Cuando se trata de decisiones judiciales o fiscales que resuelven impugnaciones debe respetarse la fijación de los agravios y fundamentos planteados por el recurrente y lo que se sostuvo en la decisión recurrida, a fin de que se dé cabal respuesta a cada uno de ellos, evitando en todo momento las incongruencias omisivas de carácter recursivo (véase Exp. N° 04295-2007-PHC/TC caso: Luis Eladio Casas Santillán).

IV.5. Evaluación de la coherencia lógica y solidez de la argumentación

15. Toda resolución, dictamen, disposición y acta debe ser coherente desde una perspectiva lógica, esencialmente con ausencia de contradicciones, así como respetar los principios lógicos (v.gr. identidad, tercio excluido y razón suficiente). Es de advertir que la coherencia lógica de una resolución se refiere a la corrección del procedimiento deductivo (justificación

N° 120–2014–PCNM

interna), ya sea de las premisas fácticas o normativas, por lo que a un determinado caso se le pretende aplicar una o varias disposiciones jurídicas a fin de establecer una determinada consecuencia.

16. Una resolución que cumpla con el estándar de motivación suficiente debe contener una síntesis de la problemática del caso; cómo es que el magistrado llegó a identificar la norma aplicable, el procedimiento integrador (v.gr. analogía en los casos que la ley faculta) o el desarrollo continuador del derecho; por qué es que considera que el supuesto de hecho descrito en la disposición normativa se dio en el caso concreto –fundamentación del marco fáctico–; y por último, la derivación lógica de la consecuencia jurídica a partir de las premisas precedentes. La estructura lógica de la argumentación debe respetar los criterios de razonamiento deductivos, inductivos o de abducción, sea que se empleen en el análisis de las premisas normativas, fácticas o probatorias.
17. La solidez de la argumentación se predica no solo de las premisas normativas (interpretación o calificación jurídica) sino también respecto al juicio fáctico. Lo importante aquí es resolver el problema planteado y que requiere una respuesta adecuada, ceñida al ordenamiento jurídico como un elemento consustancial al debido proceso y la tutela judicial efectiva. Como se ha dicho anteriormente, dependerá del problema jurídico a tratar. Así por ejemplo, en el caso de una sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas, la argumentación estará referida al problema probatorio, por la ausencia de medios de prueba o por la falta de credibilidad o fiabilidad de los medios de prueba actuados o porque los mismos carecen de legitimidad. Lo mismo ocurre cuando se acude a determinado estándar probatorio, sea el de probabilidad prevaeciente o de duda razonable, según se trate del campo del derecho.
18. Sobre la solidez de la argumentación en relación al razonamiento probatorio, es lugar común, que las decisiones judiciales y fiscales contengan un déficit argumentativo ya que no se consignan las apreciaciones razonadas de cada uno de los medios de prueba ni las inferencias empleadas para arribar a las conclusiones, antes bien, la práctica es consignar de manera resumida cada uno de los medios de prueba practicados, sin que siquiera se señalen cuáles son los hechos que se declaran probados. Dicho de otro modo, resumir o sintetizar los medios de prueba no es motivar acerca de la valoración de la prueba. Al respecto se debe tener en cuenta, en el caso de las resoluciones judiciales, los criterios establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, asunto Giulliana Llamoja Hilaes, y en el caso de las disposiciones fiscales la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso J contra Perú de 27 de noviembre de 2013 (F.J. 293).
19. No será sólida aquella argumentación (judicial o fiscal) que no se pronuncie sobre las alegaciones o tesis que refuten la que es acogida en la resolución judicial, dictamen o disposición fiscal. Es lugar común en la justificación de las decisiones judiciales y fiscales que no se motive sobre las hipótesis alternativas o las alegaciones orientadas a la desacreditación de las pruebas o de los órganos de prueba. Toda motivación de la decisión debe cumplir con el principio de completitud, sin que por ello la argumentación deba ser sobreaundante, farragosa o redundante, antes bien, se puede cumplir con dicho principio motivando con claridad y brevedad.



Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura

N° 120-2014-PCNM

IV.6. Evaluación de la congruencia procesal

20. La congruencia procesal es evaluada a partir de una comparación con la parte decisoria, esto es, que la resolución o dictamen se pronuncien respecto de todas las partes y por todas las pretensiones (o imputaciones), según la especialidad. Se exige también que la resolución o dictamen argumente y se pronuncie sobre cada una de las exigencias, requisitos o presupuestos exigidos por la ley; así por ejemplo, será incongruente una resolución que suspende la ejecución de la pena, sin motivar sobre la naturaleza de los hechos y/o los antecedentes del acusado y sus posibilidades de cumplir con el régimen de prueba, o la resolución judicial que no se pronuncia sobre el comiso definitivo de los bienes incautados con carácter coercitivo. No se trata aquí de exigirle al magistrado la observancia de cuestiones abstractas, modélicas o dogmáticas, sino el cumplimiento estricto de la ley.

IV.7. Evaluación de la fundamentación jurídica y manejo de la jurisprudencia

21. Sobre el manejo de la jurisprudencia y doctrina, se deberá de evitar consignar citas innecesarias o carentes de relevancia –en la solución del problema- a efectos de la toma de decisión. En el conocimiento de alrededor de más de mil quinientos procesos de evaluación integral y ratificación de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, hemos advertido que el recurso a la doctrina y a la jurisprudencia es visto muchas veces como una oportunidad no solo de reemplazar los argumentos del magistrado por los de algún autor reconocido o por el pronunciamiento de algún órgano superior, sino que además, es aprovechado como una oportunidad para demostrar el grado de información que aparentemente maneja el magistrado y así pretender una mayor calificación al momento de ser evaluada su decisión, descuidando, no en pocos casos, la corrección de su decisión.

22. En algunos casos hemos detectado que la jurisprudencia citada en las resoluciones judiciales o dictámenes fiscales es insustancial o irrelevante al caso o problema a elucidar, limitándose a emplear la jurisprudencia únicamente como adorno, gorro introductorio o para destacar aspectos tangenciales al caso. Similar deficiencia argumentativa se advierte en el uso de la doctrina o dogmática. La misma no es empleada para respaldar alguna discusión o debate sobre algún supuesto de hecho de un texto legal o la aplicación de una institución dogmática a un caso concreto no regulado expresamente; antes bien, se emplea como adorno o mera cita introductoria que no incide en la argumentación que fundamenta el fallo o decisión. Evidentemente, el uso impertinente e innecesario de determinada jurisprudencia o doctrina incidirá negativamente en el puntaje a obtener por cada decisión presentada por el magistrado evaluado.

23. Estimamos que lo sustancial es evaluar la fundamentación jurídica de cada resolución judicial, dictamen o disposición fiscal, la plausibilidad de la disposición legal seleccionada, su interpretación y aplicación – subsunción –; y, en materia penal, además, el caso de los concursos, sea el aparente de leyes o el del concurso real o ideal de delitos. No es propósito del Consejo Nacional de la Magistratura ni debe serlo para los magistrados, que sus resoluciones o dictámenes estén plagados de citas doctrinarias o jurisprudenciales, lo que en buena cuenta demandaría de los mismos mayor tiempo en la redacción de las resoluciones y dictámenes. Lo que se predica de las resoluciones y dictámenes es su

N° 120-2014-PCNM

claridad, brevedad y suficiencia, tanto más si ahora se vienen afirmando los modelos procesales orales, por consiguiente, todos debemos contribuir a la resolución de los casos con celeridad y el manejo de una adecuada comunicación de las decisiones.

24. Es de advertir que lo antes dicho no enerva que los órganos judiciales de última instancia desarrollen doctrina jurisprudencial con un adecuado nivel de argumentación, pero en modo alguno sus decisiones deben convertirse en artículos o monografías de corte académico, en donde en lugar de expresar interpretaciones y valoraciones propias, los magistrados recurren a citas de autores y jurisprudencia, incluso de sistemas jurídicos ajenos a nuestra realidad normativa.

V. FACULTAD NORMATIVA PARA ESTABLECER EL PRECEDENTE

25. Que, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, prevé la institución de los precedentes administrativos, definiéndolos como los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, los que serán de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. En tal sentido, por la trascendencia de los criterios establecidos desde el fundamento quinto al vigésimo cuarto de la presente resolución, resulta indispensable fijar los mismos como precedente administrativo que se tendrá en cuenta en los procesos individuales de evaluación integral y ratificación a partir del día siguiente de su publicación.

VI. CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE EVALUACIÓN Y RATIFICACIÓN

26. Que, de lo actuado en el proceso de evaluación integral y ratificación ha quedado establecido que don Hugo Raúl Villasis Rojas es un magistrado que evidencia buena conducta y dedicación a su trabajo, lo que se verificó tanto en la documentación obrante en autos como en el acto de entrevista personal; asimismo, denota contar con las competencias suficientes y necesarias para el desempeño de la función fiscal por lo que se puede concluir que durante el periodo sujeto a evaluación ha satisfecho en forma global las exigencias de conducta e idoneidad. De otro lado, este Consejo también tiene presente el examen psicométrico (psiquiátrico y psicológico) practicado al evaluado.
27. Que, por lo expuesto, tomando en cuenta los elementos previamente glosados, se determina la convicción unánime del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura en el sentido de renovar la confianza al magistrado evaluado.

En consecuencia, el Consejo Nacional de la Magistratura en cumplimiento de sus funciones constitucionales, de conformidad con el inciso 2 del artículo 154° de la Constitución Política del Perú, artículo 21° inciso b) y artículo 37° inciso b) de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, y artículo 36° del Reglamento del Proceso de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado por Resolución N° 635-2009-CNM, y al acuerdo por unanimidad adoptado por el Pleno en sesión del 26 de marzo de 2014, cuyos términos fueran ampliados mediante acuerdo del 28 de mayo de 2014.



Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura

N° 120-2014-PCNM

RESUELVE:

Artículo primero.- Renovar la confianza a don Hugo Raúl Villasis Rojas y, en consecuencia, ratificarlo en el cargo de Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Sur del Distrito Judicial de Lima Sur.

Artículo segundo.- Establecer como precedente administrativo los fundamentos 5 al 24 de la presente resolución, que es de obligatorio cumplimiento para la evaluación integral y ratificación de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público en las convocatorias que se realicen a partir de la fecha.

Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.

PABLO TALAVERA ELGUERA

LUIS MAEZONO YAMASHITA

GASTÓN SOTO VALLENAS

VLADIMIR PAZ DE LA BARRA

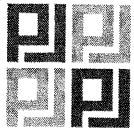
LUZ MARINA GUZMAN DIAZ

GONZALO GARCIA NUÑEZ

MAXIMO HERRERA BONILLA

**UNIDAD II: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA.**

1) Casación N° 626-2013-Moquegua.

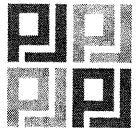


Sumilla: Establecen doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal –peligro de fuga–) de la medida de prisión preventiva.

Lima, treinta de junio de dos mil quince

VISTOS: En audiencia pública;

el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra



la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

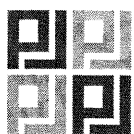
ANTECEDENTES:

Primero. Por disposición del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas dos, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López.

Segundo. Mediante requerimiento del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas ciento cincuenta y tres, también solicitó se declare fundado su requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por el plazo de nueve meses.

Tercero. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria señaló como fecha para audiencia el veintisiete de septiembre de dos mil trece, a las ocho horas. Producida y registrada a fojas doscientos veinticuatro, por resolución de fojas doscientos veintiséis, resolvió declarar fundada la prisión preventiva por el plazo de nueve meses en contra de Marco Antonio Gutiérrez Mamani.

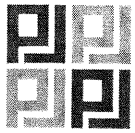
Cuarto. Apelada y concedido el recurso, se citó a la audiencia de apelación para el diecisiete de octubre de dos mil trece, que se registra



a fojas doscientos setenta. Luego de producida, se emite la resolución de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; con lo demás que contiene.

Quinto. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la resolución de vista –ver fojas trescientos treinta y ocho–, que fue concedido por resolución del trece de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos cincuenta y uno.

Sexto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del cinco de septiembre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina



jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal.

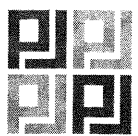
Séptimo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día catorce de julio de dos mil catorce, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

1. Aspectos generales

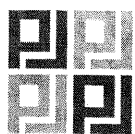
Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del cinco de septiembre de dos mil catorce –calificación de casación–, obrante a fojas setenta y siete del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: sobre el tratamiento que debe dársele a los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal, modificados y puestos en vigencia en todo el territorio nacional, el diecinueve de agosto de dos mil trece, por la Ley número treinta mil setenta y seis, sobre la configuración del peligro procesal, y que se debe considerar para calificar el peligro de fuga, además del arraigo en el país del imputado, su comportamiento durante el procedimiento u otro anterior, la gravedad de la pena y magnitud del daño causado, aspectos que se presentarían en el presente caso.

ii) Para la debida evaluación y concatenación de los elementos que configuran los presupuestos para el dictado de prisión preventiva, a



efectos de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, más si en el presente caso el Colegiado Superior se sustentaría en argumentaciones no planteadas por las partes durante la audiencia de apelación de prisión preventiva, lo que vulneraría los principios de contradicción e imparcialidad judicial.

Segundo. Se imputa al investigado que: i) Entre las veintiún horas del dieciséis de septiembre de dos mil once y las dos horas con veintinueve minutos del diecisiete del mismo mes y año, encontrándose la agraviada al interior de un lugar cerrado y privado, desnuda, confiada en el agresor, a quien le dio la espalda, es tomada por sorpresa por atrás, no dándole tiempo a defenderse y estando premunido el agresor de un instrumento punzo cortante, compatible con un cuchillo, procedió a seccionarle la arteria externa, vena yugular externa y vena tiroidea superior, desgarrando parcialmente la yugular interna. Cortes que fueron ejecutados con gran fuerza que lograron la sección completa a nivel de cartílago tiroideo, hasta generar una luxofractura en la columna cervical y fragmentación a nivel del cuerpo vertebral izquierdo, generándose un shock hipovolémico, a consecuencia de la hemorragia masiva por la lesión de vasos de gran calibre. ii) Después, el victimario procedió a lavar completamente el cadáver, lo vistió y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se colocó al lado izquierdo y premunido de un instrumento procedió a inferirle las heridas punzopenetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. iii) Finalmente, procedió a abandonar el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya –extensión agrícola–, ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes de abandonar el lugar procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la



agraviada hasta la altura del muslo. El agresor dejó la silueta de dedos de mano reflejados en el cuerpo de la agraviada con el objeto de simular una supuesta violación, llevándose consigo su celular. iv) Los hechos son atribuidos al investigado, pues en su condición de ex-enamorado de la agraviada –siendo ella quien habría terminado la relación sentimental el día catorce de septiembre de dos mil once, por haber iniciado otra relación sentimental con Julio André Alva Flores–; se negaba a terminar la relación bajo amenazas de “quitarse la vida” y de “contar a los padres de la agraviada de las relaciones sexuales sostenidas con Julio André Alva Flores” y la propia presión de seguir frecuentándolo como amigos.

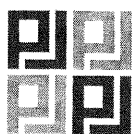
2. Sustento de los actos procesales relativos al caso

Tercero. El Fiscal Provincial sustentó su requerimiento de prisión preventiva en:

A) Sobre los graves elementos de convicción, relató una serie de hechos y expuso argumentos sobre la vinculación del imputado (similar a lo expuesto en el segundo considerando).

B) Sobre la prognosis de pena, que la sanción para el delito de homicidio calificado superará los cuatro años de pena privativa de libertad, pues la pena básica es de quince años de pena privativa de libertad, hasta la cadena perpetua.

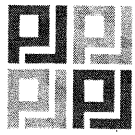
C) Sobre el peligro procesal, que no cuenta con arraigo laboral, familiar, ni domiciliario, al no existir evidencia documental que advierta lo contrario, la gravedad de la pena privativa de libertad que se espera, es de quince a treinta y cinco años efectiva, la personalidad y circunstancias en la intervención policial, la forma como se condujo para desaparecer las evidencias y esconder la escena primaria del delito, con fines de no ser identificado, la gran magnitud del daño causado, pues quitó la vida a la agraviada, lo que se magnifica por la



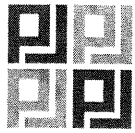
forma como se realizó, no mostrando actitud alguna tendiente a reparar el daño ocasionado.

Cuarto. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dictó la medida de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez sobre la base que:

A) En cuanto al primer requisito, en el considerando segundo, señaló que estos se corroboran con los elementos de convicción oralizados por el representante del Ministerio Público, consistentes en que la agraviada inicia una relación sentimental con Gutiérrez Mamani, acreditándose que ella es estudiante del Instituto Superior Tecnológico y que asistió el día dieciséis de septiembre de dos mil once, desde las dieciocho horas con treinta minutos a las veintiún horas con quince minutos, a las clases del profesor Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, tal como lo señala: i) El primer elemento de convicción: informe número cero cero seis-dos mil once-LQM/CONTABILIDAD/I. E. T. P. "JCM". ii) Segundo, que esta información es ratificada por la declaración del docente Eugenio Leopoldo Quispe Mamani. iii) Tercero, la declaración del padre de la víctima, Elías Aucatino Cuadros, quien refiere que el imputado era enamorado de su hija, la visitaba en su casa, pero había terminado con él. iv) Cuarto, la declaración de Diana Pamela Aucatino López, que indica que el imputado era enamorado de su hermana, que conoció a Julio André Alva Flores el seis de agosto de dos mil once. El ocho de septiembre de dos mil once, cuando llamó al imputado, negó estar con la agraviada, el nueve del mismo mes y año llegó a su casa junto a su hermana, el catorce del mismo mes y año, el imputado le dijo que había terminado su relación con su hermana, no la quería ver y que ante cualquier cosa que le pasara no le echaran la culpa, el día quince fue a su casa llevando dos chirimoyas a su padre, indicó que quería conversar en serio con sus padres, pues había



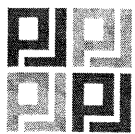
encontrado un mensaje de texto en su celular donde advertía que Miriam y Julio habían mantenido relaciones sexuales, en eso llegó la agraviada. El dieciséis la agraviada le dijo que había terminado con el imputado. El diecisiete con Julio André Alva Flores se constituyeron a la comisaria de la PNP de San Antonio a presentar la denuncia por desaparición de su hermana, llamó al celular de ella, respondieron pero nadie hablaba, escuchó el cantar de un gallo, luego llamó al imputado, quien dijo no estar con ella y escuchó un canto de gallo similar. A las ocho horas llegó el imputado a su casa, se puso nervioso y tembloroso, tenía ojos rojos y llorosos, como si hubiera trasnochado. v) Quinto, la declaración testimonial de Eliana López Ramos, madre de la agraviada, que señala que el acusado era enamorado de su hija, pero ella conocía su nueva relación. El catorce de septiembre de dos mil once él la llamó y le dijo que quería conversar con ella y su esposo, quedando para el sábado diecisiete. El día quince llamó a su hija, quien le dijo que había terminado con aquel. vi) Sexto, La declaración de Nely Flores Mamani, que señaló que el tres de septiembre de dos mil once, a las dieciséis horas, observa a la agraviada enviándose mensajes con Julio André Alva Flores, indicando que se había distanciado del imputado desde hace cuatro días, quería terminar con él, pero había amenazado con matarse. vii) Séptimo, la declaración de Julio André Alva Flores, que señala que con la agraviada se hicieron enamorados el ocho de septiembre de dos mil once, pero a las veintidós horas se encontraron con el imputado, quien les pidió una explicación, a pedido de la agraviada se fue del lugar, dejándolos. El día nueve la buscó, pues no le contestaba el celular. En la madrugada de ese día ella le dijo que quería terminar con el imputado, pero este se puso como loco diciendo que se quería matar. Ese día recibió llamadas telefónicas de ella, pero en realidad era el imputado que le obligaba a decirle "a ti no te amo, amo a Marco Gutiérrez Mamani". Cuando se vieron y la quiso abrazar



ella le dijo que mientras esto ocurriera quería mantener una distancia, también que el imputado le había quitado los celulares, la tenía amenazada porque sabía que había mantenido relaciones sexuales con el deponente, por lo que hacía lo que él quería. El día dieciséis ella le contó que el día anterior, cuando llegó a su casa, encontró al imputado conversando con su hermana. viii) Octavo, declaración de Ruth Mariela Escobar Masco, quien refiere que el imputado el día quince había ido al instituto a recoger a la agraviada, pero esta le comentó que no quería saber de él, habían terminado la relación el día catorce, pero este no lo aceptaba y la condicionó para frecuentarse como amigos. El día dieciséis la agraviada estuvo en clases hasta las veintiún horas con quince minutos, cuando escuchó que el teléfono sonó y salió de clases para atender la llamada y se retiró, ese mismo día el imputado la había llamado insistentemente al celular, pero la agraviada no le contestaba. ix) Noveno, la declaración de Carlos Tumbalobos Reaño, quien indicó que el día dieciséis, a las veintitrés horas con treinta minutos, vio a la agraviada y al imputado en la esquina de la avenida La Paz, frente a la empresa Cruz del Sur, ella se encontraba seria con los brazos cruzados y él trataba de hablarle. x) Décimo, la declaración de Sara Milagros Alfaro Flores, quien señaló que vio a la agraviada el dieciséis de septiembre al promediar las veintiún horas, subiendo a un transporte público desde el instituto hasta la intersección formada de la avenida Balta y calle Ancash. xi) Décimo primero, el acta de levantamiento de cadáver que señala que la muerte probablemente ocurrió entre quince a veinte horas. xii) Décimo segundo, el informe pericial de necropsia médico legal, que advierte que la causa de la muerte es shock hipovolémico, laceración cardiaca, diecinueve heridas punzocortantes. xiii) Décimo tercero, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que el shock es a causa de pérdida del veinte por ciento de volumen normal de



sangre. xiv) Décimo cuarto, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que no puede precisarse la posición del agresor cuando infiere las lesiones del cuello. xv) Décimo quinto, tomas fotográficas del levantamiento de cadáver. xvi) Décimo sexto, el informe de inspección técnico criminal, sobre la ubicación de las manchas de sangre, apreciándose que los hechos no ocurrieron en el lugar donde se produce el levantamiento de cadáver. xvii) Décimo séptimo, la pericia de biología forense. xviii) Décimo octavo, la pericia física, sobre los cortes de la ropa de la víctima. xix) Décimo noveno, el acta de recojo de evidencias. xx) Vigésimo, el informe de inspección técnico criminal, sobre el lugar donde fue hallado el cadáver, se señala que una vez posicionado el cadáver, el presunto victimario deslizó el pantalón hacia la parte inferior para simular una violación. xxi) Vigésimo primero, la declaración de Julio César Briceño López, quien encontró a Diana Pamela Aucatenco López alterada y a Marco Antonio Gutiérrez Mamani cansado, con ojos rojos, como si no hubiera dormido. xxii) Vigésimo segundo, la declaración de Janet Ángela Mamanchura Cuela, vecina de la víctima, señala que le preguntó al imputado por la víctima y dijo no saber nada, estaba nervioso, con voz ronca, decaído, tenía ojeras, ojos rojizos, no decía nada. xxiii) Vigésimo tercero, el informe número doscientos noventa y siete-dos mil once-XI-DIRTEPOL, efectuada a la habitación del imputado. xxiv) Vigésimo cuarto, el acta de aplicación de reactivo de luminol en el domicilio del imputado. xxv) Vigésimo quinto, reporte de llamadas telefónicas del celular del imputado. xxvi) Vigésimo sexto, reporte de llamadas telefónicas del celular de la agraviada. xxvii) Vigésimo séptimo, el acta de intervención policial de fojas ochenta y cinco. xxviii) Vigésimo octavo, el informe policial número cero cero ocho-dos mil trece-RPS-DIRTEARE. xxix) Vigésimo noveno, el informe policial número ciento veinticuatro-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTE-MOQ/DIVICAJ. xxx) Trigésimo, el perfil



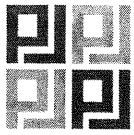
criminológico contenido en la evaluación psicológica, que señala que el lugar de los hechos es cerrado y se pueden manipular pruebas, agredió a la víctima en un lugar donde se sentía seguro, protegió su identidad, se apoyó de terceros para transportar el cuerpo, la víctima se sintió confiada en el agresor, el agresor usó el factor sorpresa, actuó con brutalidad, sadismo y furor homicida, es celoso, controlador y manipulador. El relato del imputado no reúne los criterios de credibilidad y posee una personalidad mixta obsesivo-compulsivo. xxxi) Trigésimo primero, el acta de inspección técnico policial. xxxii) Trigésimo segundo, el informe número ciento ochenta y seis-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTEPOL-M/OFRICRI. xxxiii) Trigésimo tercero, la declaración testimonial de Crystian Raúl Valdez Flores. xxxiv) Trigésimo cuarto, la declaración testimonial de Henry Erickson Cruz Gallegos. xxxv) Trigésimo quinto, la declaración de Marco Antonio Gutiérrez Mamani. xxxvi) Trigésimo sexto, la ampliación de declaración del imputado.

B) Sobre la prognosis de pena, esta no será menor de quince años de pena privativa de libertad, al no existir circunstancias que hagan prever una atenuación inferior a cuatro años.

C) Sobre el peligro procesal, luego de resumir lo que dice la Fiscalía y defensa señala que "por todo ello se tiene la gravedad de la pena, cuyo extremo mínimo es de quince años, lo que permite establecer que el procesado podría interferir y obstaculizar la investigación judicial y Fiscal, debiendo restringirse su libertad locomotora por el plazo de nueve meses".

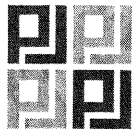
Quinto. En su recurso de apelación la defensa del imputado alegó que:

- i) Solo existen indicios y presunciones sobre su responsabilidad.
- ii) Las testimoniales no guardan legalidad o firmeza como medios de prueba.
- iii) El Juez solo se limitó a efectuar una repetición de la exposición literaria de hechos imaginados por el Ministerio Público, basadas en



testimoniales sin valor y contradictorias; sin considerar la prueba directa e incuestionable, como los resultados de las pericias biológicas, las muestras de luminol. Por lo que no existe elemento grave de convicción ~~que determine la responsabilidad penal.~~ iv) Quienes crían gallos en Moquegua son varias personas, no sólo él, por lo que la "teoría del gallo" no tendría mayor valor. v) No se tomó en cuenta los documentos adjuntados que acreditan su arraigo familiar, domiciliario y laboral.

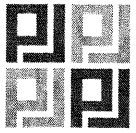
Sexto. En la audiencia de apelación de auto, de diecisiete de octubre de dos mil trece, estuvieron presentes tanto la defensa como la Fiscalía, a su turno cada uno expuso su teoría del caso: i) La defensa señaló que el Fiscal se basa en subjetividades, simples versiones, y no en indicios probados, y contrario a lo que opina el Fiscal, el imputado es inocente de los cargos atribuidos, pues la última persona que estuvo con la víctima fue un tercero, Alva Flores. Además, no se halló rastros de sangre en el domicilio del investigado, no siendo creíble la "teoría del gallo". Por ello, el Fiscal solo alega indicios y presunciones, que no están corroborados. En cuanto al peligro procesal, el imputado presentó elementos para establecer que no existe peligro de fuga, acreditando el arraigo domiciliario, familiar y laboral, pero el Juez no lo tomó en cuenta. ii) El Fiscal relató los hechos, además, indicó que el imputado no mencionó cuáles son los documentos que acreditan el arraigo, por lo que, a pesar de presentarlos, es como si no existieran. Refirió que sí existen suficientes actos de investigación que vinculan al procesado con el delito, como el perfil psicológico, el testigo Alva Flores, quien llamó a la agraviada porque no se encontraba con ella, como indica la defensa, además, de testimoniales que concuerdan con la forma en cómo se encontró a la víctima. Asimismo, el homicidio fue planificado y se quiso aparentar una violación. Por último, que es válida la "teoría del gallo". iii) En su autodefensa, el imputado se ratificó en su inocencia,



indicando que ha estado en todas las citaciones, no ha huido a ningún lugar.

Séptimo. El Tribunal Superior al revocar esta medida indicó:

A) Sobre los elementos de convicción, que: i) Existen actas de levantamiento de cadáver, necropsia médico legal, informes periciales que acreditan el resultado típico: la muerte de la agraviada el diecisiete de septiembre de dos mil once, la causa de la muerte fueron heridas punzo cortantes, en número de diecinueve, fractura cervical, laceración cardiaca, shock hipovolémico ocasionado por objeto punzo cortante. ii) Las circunstancias en que fue encontrada la víctima se hallan en las fotografías de fojas cincuenta y ocho a sesenta y cinco. iii) El informe número doscientos noventa y uno-dos mil once, examen de biología forense, que contiene la apreciación criminalística, sobre que el arma debió ser un cuchillo o elemento similar, así como que el acto se ejecutó en otro lugar, pues por las heridas abiertas debió encontrarse en el lugar abundantes restos de sangres, por último, que el autor pretendió simular una violación para confundir la investigación. iv) Como no existió dato concreto para una imputación directa se recurrió a la prueba por indicios, así existen indicios de manifestaciones anteriores, como la de Ayme Margot Gómez Roque, quien vio por última vez a la víctima en clases hasta las veintiún horas con veinte minutos, de Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, quien dijo que la agraviada asistió a su curso, luego la vio en compañía de un joven y ella caminaba enojada, de Carlos Tumbalobos Reaño, quien vio a agraviada e imputado el dieciséis de septiembre de dos mil once, a las once horas con treinta minutos, ella tenía ropa oscura y brazos cruzados, lo que corroboraría la versión anterior, asimismo, el reporte de levantamiento del secreto telefónico establece que ambos tuvieron comunicaciones previas, por lo que se concluye que el imputado fue la última persona



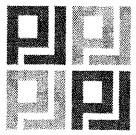
que vio a la víctima antes de su desaparición, aún cuando dijo que estuvo en otro lugar, lo que es un indicio de mala justificación. Como indicio de móvil delictivo se tiene el rompimiento de relaciones sentimentales, así el propio acusado refirió que estas terminaron porque la encontró con Julio Alva Flores y descubrió, al leer su celular, que estos mantenían relaciones sexuales. El padre de la agraviada refirió que su hija Pamela mencionó que el imputado habría dicho que si terminaban se iba a suicidar. Por su parte Julio André Alva Flores confirmó el encuentro que tuvieron los tres el ocho de septiembre de dos mil once. Como indicios de personalidad, la hermana de la víctima resaltó la personalidad posesiva y dominante del investigado con su hermana, lo que corrobora Alva Flores, pues el imputado le había quitado dos celulares y "se puso como loco diciendo que se quería matar", asimismo, los resultados de la evaluación psicológica concluye que el imputado presenta personalidad mixta, obsesivo, compulsivo, paranoide y que el relato brindado por este no reúne los criterios de credibilidad, es poco consistente, sin descripción episódica y es contradictoria, lo que es evidente en relación a la negativa de haber visto a la víctima el día anterior. v) Estos actos vinculan al imputado con los hechos, pues fue la última persona con la que estuvo la víctima, tiene personalidad dominante y agresiva con su enamorada, generándole dependencia emocional, que se tradujeron en rupturas y reconciliaciones, no desprovistas de rencores por la nueva relación sentimental de la víctima, lo que hacen inclinar la balanza frente a su negativa expresa de cualquier encuentro previo a la desaparición de la víctima. vi) En cambio, no resulta de recibo la versión de la defensa respecto a la prueba científica (luminol, ausencia de fluidos corporales), pues la teoría del Fiscal sugiere que el delito se realizó en lugar distinto donde esta fue hallada. vii) Las circunstancias previas y el motivo suficiente concurren para poder vincular al imputado con la comisión



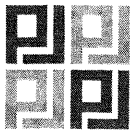
del delito, con un alto grado de probabilidad, estando en etapa de investigación.

B) Como no se cuestionó la prognosis de pena no se emite pronunciamiento alguno.

C) En cuanto al peligro procesal señaló que: i) El a quo estimó que existe peligro de obstaculización por la gravedad de la pena y porque el imputado puede influenciar en los testigos para que informen falsamente. ii) Las afirmaciones del peligro procesal no se sustentan en datos objetivos obtenidos en actos iniciales de la investigación, solo en presunciones, en cambio, la penalidad alta debe estar vinculada a algún dato objetivo. iii) El arraigo no fue materia de pronunciamiento por el a quo, pese a que se presentaron documentales, de las cuales se obtiene que el imputado vive en el Fundo Quebrada Onda, en compañía de sus padres y abuelo, actualmente no tiene trabajo, pero con anterioridad sí, en Angloamerican, Inco Servicios e IST José Carlos Mariátegui. iv) La investigación data del diecisiete de septiembre de dos mil once, formalizándose el veintiséis de septiembre de dos mil trece. El diecinueve de septiembre de dos mil once el imputado declaró, a dos días de ocurridos los hechos, su habitación fue sometida a pericias de aplicación del reactivo de luminol en la misma fecha. El seis de marzo de dos mil doce se le extrajeron muestras sanguíneas e hisopado bucal para análisis de perfiles genéticos y cromosomas sexuales, su secreto telefónico fue levantado el mes de octubre de dos mil once, sin desdén ni negativa de su parte, lo cual valorado conjuntamente permite inferir una sumisión a la investigación que ha durado más de dos años, si en este plazo no hubo peligro de fuga, ¿cómo se puede materializar en ésta oportunidad? v) Sobre la posibilidad de obstrucción en relación a los testigos, no se cuenta con información de la existencia de amenazas, agresiones o coacciones que haya realizado el imputado para impedir que declaren con verdad.



Octavo. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas trescientos treinta y ocho, alega que: i) En su apelación el imputado señaló que no existen elementos de convicción que lo vinculen al delito, solo testimoniales contradictorias, sin considerarse la prueba de luminol, que no se valoraron las instrumentales que demuestran el arraigo familiar, domiciliario y laboral, lo que reafirmó en la audiencia de apelación. Sin embargo, la Sala de Apelaciones fundamenta su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este. ii) La Sala de Apelaciones argumenta que existe arraigo, pero la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría tal arraigo, de lo que se dejó constancia; sin embargo, el Tribunal de alzada, ante la omisión del abogado defensor, lo suplió y obtuvo esta información del expediente judicial. La Sala no estaba facultada para incorporar argumentos no planteados por el impugnante y por tanto no sujetos a debate contradictorio, lo que vulnera el principio de congruencia, pues solo puede examinar la resolución recurrida dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, tanto en la declaración de hechos y aplicación de derecho. Debe existir plena correspondencia entre lo peticionado en el recurso con lo resuelto por el Tribunal de alzada, no puede ir más allá de los petitorios, fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes, debe limitarse a los puntos indicados en la motivación por el recurrente. Se vulneró el principio de imparcialidad, pues el Juez debe ser neutral sin colaborar con ninguna parte. iii) El voto en mayoría indicó que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", refiriendo no existir peligro de obstaculización, pero este hecho no fue alegado por la defensa técnica del imputado, quedando conforme con los argumentos planteados por el Juez a quo, pero la Sala oficiosamente obtuvo información del expediente judicial,



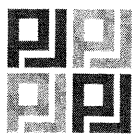
señalando que a dos días de los hechos se le extrajo muestras sanguíneas e hisopado bucal y su secreto telefónico fue levantado, señalando que en ese lapso de tiempo no existió peligro de fuga, sin considerar que la situación jurídica del imputado era diferente, pues al requerir la prisión preventiva se formaliza la investigación y evidentemente las diligencias preliminares tienen otra finalidad. iv) La Sala de Apelaciones no podía incorporar nuevos argumentos que no estuvieron sujetos al contradictorio, lo que vulnera el principio acusatorio, que separa las funciones de las partes. v) Es necesario erradicar las sentencias arbitrarias del ámbito jurisdiccional, desarrollando y reforzando los principios acusatorio, congruencia procesal, imparcialidad, contradicción y motivación de las resoluciones.

3. La prisión preventiva en la Ley número treinta mil setenta y seis

Noveno. La libertad es uno de los Derechos Fundamentales en los que se basa el Estado de Derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Décimo. La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Décimo primero. La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia,



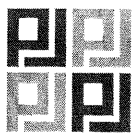
pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

Décimo segundo. La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

Décimo tercero. El artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal regula los requisitos para adoptar esta medida, al señalar que el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- A)** Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- B)** Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
- C)** Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Décimo cuarto. Los artículos doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, desde el veinte de agosto de dos mil trece, se encuentran vigentes en todo el país por la Ley número treinta mil setenta y seis y traslada la circunstancia de pertenecer a una organización criminal, ubicándola correctamente como un elemento del peligro procesal.

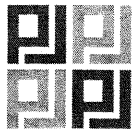


4. Argumentación y contradicción de la audiencia de prisión preventiva y la motivación del auto

Décimo quinto. El Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete establece un sistema acusatorio contradictorio de origen eurocontinental, incorporando un sistema de audiencias previas y de juzgamiento, regidos en general por la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Décimo sexto. Es importante la audiencia para tomar una decisión, pues durante la investigación preparatoria o etapa intermedia las partes sustentan sus pretensiones a través de los principios citados, y el Juez debe cumplir una función activa en busca de la mayor información y de la mejor calidad, que le permita la resolución, lo que se aplica en la audiencia de prisión preventiva, previsto en el inciso uno del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal.

Décimo séptimo. En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia,



estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Décimo octavo. Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Décimo noveno. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordara íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el Juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

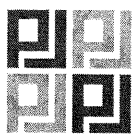


Vigésimo. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el Juez logrado la información que requiere, dará la palabra al Fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Vigésimo primero. Luego, sobre el peligro procesal. El Fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los artículos doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el Juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Vigésimo segundo. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.

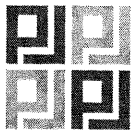
Vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse



para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. ii) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamuja Hilares, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el Juez Penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. iii) En el estudio Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, que recoge estudios coordinados por *Due Process of Law Foundation*, se señala como una recomendación hecho en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventiva debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales¹.

Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe

¹ PÁSARA, Luis. "La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo". En: *Due Process of Law Foundation. Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of Law Foundation*, Washington, D.C., 2013, p. 27. Disponible en: <<http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>>.



comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad². Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

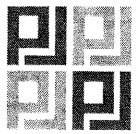
5. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

Vigésimo quinto. Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos³. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez. Vs. Ecuador, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras y J vs. Perú. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.

Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los

² Conforme al artículo 122 del Código Procesal Penal, que establece que se deben fundamentar las disposiciones y requerimientos y el artículo cuatro de la Directiva número dos-dos mil trece-MP-FN (Actuación Fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal del dos mil cuatro, puesto en vigencia mediante ley número 30076), que indica que el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado.

³ En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de libertad. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La prisión preventiva. Límites constitucionales*. Tercera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp.155 y 156.



aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

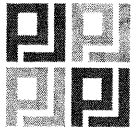
Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad⁴ de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria⁵; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal⁶, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es

⁴ La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado es positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I. Segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 843-847.

⁵ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal. Las medidas de coerción en el proceso penal*. Tomo II. Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 145.

⁶ Como señala Asencio Mellado, el *fumus boni iuris* hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado (...) No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero sí, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes. ASECIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadores). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 513.



que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco⁷.

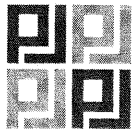
Vigésimo noveno. Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*⁸.

6. Sobre la prognosis de pena

Trigésimo. Como es doctrina consolidada la prognosis de pena 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 transversalmente 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 por ley.

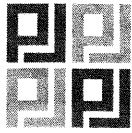
⁷ La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, emitió Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

⁸ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2008, p. 47.



Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)⁹, uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

⁹ Estos últimos (reincidencia y habitualidad), solo pueden valorarse para este elemento, pues en otro supondría un anticipo de pena o responsabilidad de autor.

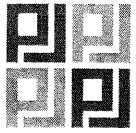


Trigésimo segundo. Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

7. Sobre el peligro procesal: de fuga

Trigésimo tercero. El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos-HC/TC. Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria.

Trigésimo cuarto. El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga, reconocido por el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, Barreto Leiva vs. Venezuela y J vs. Perú (donde se señaló que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto). En el mismo sentido, se tiene el informe número dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Letellier vs. Francia, Stögmüller vs. Austria e Imre vs. Hungría.



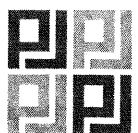
Trigésimo quinto. El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de este peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el Juez de la Investigación Preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso: i) El arraigo. ii) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. iii) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. iv) 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. v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

7.1. Arraigo

Trigésimo sexto. El primer inciso del referido artículo, establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas¹⁰. El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está 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.

Trigésimo séptimo. Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número mil

¹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La prisión provisional*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 151.



noventa y uno-dos mil dos-HC/TC¹¹, señaló que la posesión de bienes generaba arraigo¹², de ahí que el Juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.

Trigésimo octavo. Como señala Del Río Labarthe¹³ estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

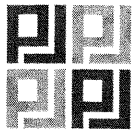
Trigésimo noveno. Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

Cuadragésimo. Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran

¹¹ STC EXP. N.º 1091-2002-HC/TC, caso Silva Checa, del 12.08.02.

¹² La STC EXP. N.º 5490-2007-HC/TC, caso Rodríguez Domínguez, de 27.11.07, expresó que el Juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos para determinar el grado de coerción personal que debió imponérsele al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país.

¹³ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: HURTADO POZO, José (Director). *Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 112.



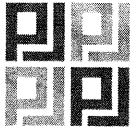
cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

7.2. Gravedad de la pena

Cuadragésimo primero. A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Cuadragésimo segundo. La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El informe dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y J vs. Perú; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

Cuadragésimo tercero. Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en



conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

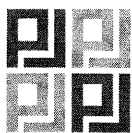
Cuadragésimo cuarto. En el caso de autos la resolución de primera instancia fundamenta el peligro de obstaculización probatoria y fuga con este solo dato.

7.3. La magnitud del daño causado

Cuadragésimo quinto. Antes de la modificación operada por la ley número treinta mil setenta y seis, el criterio que regulaba el inciso tres del artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal era: La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño –respecto del cual no ha sido declarado responsable–, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga¹⁴.

Cuadragésimo sexto. La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de

¹⁴ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Ob. cit., p. 58.



una posible reiteración delictiva¹⁵, lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo¹⁶.

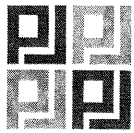
Cuadragésimo séptimo. Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.

Cuadragésimo octavo. En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

Cuadragésimo noveno. La propia redacción de la segunda parte de este criterio "ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño", implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

¹⁵ ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Tesis presentada a la Universitat d'Alacant, para optar el grado académico de Doctor. Alicante, 1986, pp. 111 y 112. Disponible en: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3483>>.

¹⁶ Criticando la STC 0791-2002-PHC/TC, vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Ob. cit., p. 115. También: ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Ob. cit., p. 113.

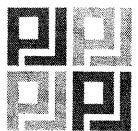


Quincuagésimo. La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4. Comportamiento procesal

Quincuagésimo primero. Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc.¹⁷

¹⁷ Vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ob. cit., pp. 59 y 60; y, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*. Rhodas, Lima, p. 716, citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge. "El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva". En: Urquiza Videla, Gustavo y Peña Suasnabar, Jony (coordinadores). *Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 368 y 369. El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el EXP. N.º 03075-2010-PHC/TC señaló que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permite colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), pues el recurrente no ha concurrido a la audiencia de prisión preventiva programada con fecha 7 de mayo del 2010 a horas 08:30 am, pretendiendo frustrar dicha diligencia impostergable con la presentación por mesa de partes de un certificado médico particular suscrito por un Gineco Obstetra (especialista en enfermedades femeninas) mediante escrito firmado por su abogado defensor, el mismo día de la diligencia a horas 08:45 am, dejando constancia la Sala que dicho escrito ha sido firmado por el recurrente quien habría tenido tiempo para acudir tanto donde su abogado así como al consultorio médico, siendo descartada su supuesta enfermedad (infección urinaria) por el médico legista, todo ello aunado a que el recurrente no asiste a las diligencias como son la visualización de video y tampoco ha pagado la caución impuesta en primera instancia, así como ha pretendido devolver la cédula de citación de audiencia, lo que evidencia un claro propósito de entorpecer el curso normal del proceso, constituyendo ello un claro peligro procesal.



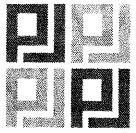
Quincuagésimo segundo. También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.

Quincuagésimo tercero. No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido¹⁸, así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Quincuagésimo cuarto. La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

Quincuagésimo quinto. En el caso de autos, se advierte como hecho imputado por el Fiscal que el investigado, luego de cometer el delito, procedió a lavar completamente el cadáver, para luego vestirlo y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se puso al lado izquierdo y premunido de un instrumento punzocortante procedió a inferirle las heridas punzopetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. Finalmente, abandonó el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya –extensión agrícola– ubicado en la

¹⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 59.



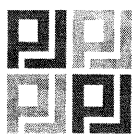
avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo, como se ve de la silueta de dedos de mano del agresor en el cuerpo de la agraviada, con el objeto de simular una supuesta violación.

Quincuagésimo sexto. Los que constituyen serios elementos de peligro de obstaculización probatoria, que debe valorarse en conjunto, con los demás requisitos, debiendo quedar claro que no constituyen actos de peligro de fuga.

7.5. La pertenencia a una organización criminal

Quincuagésimo séptimo. Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva¹⁹ o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.

¹⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada*. Idemsa, Lima, 2006, p. 44.



Quincuagésimo octavo. Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

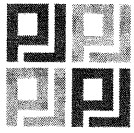
8. Análisis del caso concreto

8.1. Sobre la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal

Quincuagésimo noveno. El Fiscal recurrente señala que la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este, pues la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría el arraigo, sin embargo, suplió la actividad de la defensa y obtuvo esta información del expediente judicial.

Sexagésimo. La defensa no señaló las fojas en su recurso de apelación y la grabación en audio de la audiencia, pero sí fue un agravio que sustentó por escrito y oralmente, por lo que, correspondía al Juez verificar su existencia y darles el valor correspondiente. El hecho que el Juez debe tomar una decisión adecuada fáctica y jurídicamente, sobre la base de lo actuado y contradicho en la audiencia no colisiona con la comprobación de su autenticidad; que vulnere su imparcialidad o el principio de contradicción, toda vez que esta información ha sido discutida en la audiencia y no fue incorporada unilateralmente por el Juez y era de conocimiento del Fiscal desde que se corrió traslado del recurso de apelación.

Sexagésimo primero. El otro agravio del Fiscal se sustenta en que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", por lo



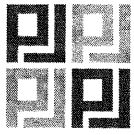
que la Sala consideró que no habría peligro de obstaculización probatoria, pero esto no fue alegado por la defensa del imputado, de ahí que oficiosamente obtuvo información del expediente judicial.

Sexagésimo segundo. Si bien la defensa no expresó la falta de peligro de obstaculización probatoria, en la audiencia el imputado pidió expresamente que se tenga en cuenta que asistió a todas las citaciones, compitiéndole al Juez verificarlo, por lo que no se ha vulnerado ningún derecho ni principio como se indicó, especialmente si el Fiscal tuvo la oportunidad de controvertirlo y no lo hizo.

8.2. Sobre la motivación del requerimiento de prisión preventiva

Sexagésimo tercero. El Fiscal Provincial en su requerimiento escrito de prisión preventiva para establecer el primer elemento solo relató los hechos imputados sin ligar separadamente, por cada uno, los elementos de convicción que lo sustentarían. Tampoco indicó separadamente los dispositivos legales, incisos y causales de la existencia de peligro procesal, conforme se advierte del considerando tercero de la presente resolución. Vulnerándose el artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal que establece que los requerimientos deben ser motivados fáctica y jurídicamente.

Sexagésimo cuarto. Al declararse fundado este requerimiento se produce una grave vulneración, pues la defensa no supo de qué defenderse, si bien el órgano Fiscal no restringe derechos fundamentales, si requiere su afectación, por lo que estos actos deben ser realizados de la forma más correcta posible, fundamentando cabalmente su solicitud, de otra forma no tendrá eficacia.



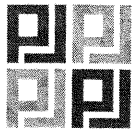
Sexagésimo quinto. Como señala el artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal la nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. En ese sentido, los vicios hallados en las resoluciones cuestionadas tienen directa vinculación con el requerimiento del Fiscal, por lo que deben acarrear tal consecuencia para ambos y emitirse un nuevo pedido Fiscal y sustentarse en una nueva audiencia, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente –inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal–.

Sexagésimo sexto. A su vez, el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme se advierte del considerando cuarto de la presente, similarmente redactó los hechos imputados e inmediatamente sintetizó una serie de elementos de convicción; sin embargo, no indicó cuál acto de investigación acreditó qué hecho de la imputación.

Sexagésimo séptimo. La Sala Penal no valoró toda la información que se desprendía del caso, como la actitud del imputado de modificar la escena del crimen, tratando de confundir un caso de homicidio calificado con uno de violación sexual, que, como se indicó, implica un peligro de obstaculización probatoria que debe ser evaluada con otros elementos configuradores del peligro de fuga como la gravedad de la pena.

Sexagésimo octavo. Asimismo, sustentó el peligro de obstaculización probatoria en la sola gravedad de la pena, lo que no es pertinente, pues de esta se extrae peligro de fuga.

Sexagésimo noveno. Esto implica una motivación aparente de la resolución (que se presenta cuanto la resolución no da cuenta de las razones



mínimas que sustentan la decisión, intentando dar un cumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico), toda vez que no se puede afirmar por el solo mérito de la gravedad de la pena que el imputado se dispondrá a realizar actos en contra de la investigación, y por ello el Juez de la Investigación Preparatoria no indicó en qué consistiría la posible obstrucción probatoria; vulnerando de esta forma la motivación de las resoluciones señalado en los considerandos anteriores, específicamente, lo previsto en el artículo doscientos setenta y uno, inciso tres, del Código Procesal Penal que señala: "El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes".

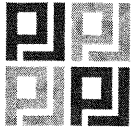
Septuagésimo. No obstante estar fuera de lugar la alegaciones de la Fiscalía casacionista, la Sala de Apelaciones al resolver, no tomó en cuenta todas las infracciones a la motivación reseñadas, por lo que no correspondía una resolución revocando o confirmando la medida, sino una anulándola y mandando que se realice de nuevo la audiencia de primera instancia.

Septuagésimo primero. Esta medida cautelar exige una especial fundamentación, que justifique pormenorizadamente su adopción, lo que se logra con el método de audiencia desarrollado.

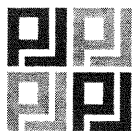
DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de



garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULO** el citado auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres y la resolución de primera instancia del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas doscientos veintiséis.



II. ORDENARON que otro Juzgado de Investigación Preparatoria cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías conforme a la parte considerativa.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos vigésimo cuarto, vigésimo séptimo al vigésimo noveno, trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo noveno, cuadragésimo, cuadragésimo tercero, cuadragésimo octavo al quincuagésimo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo octavo de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

VILLA STEIN 

RODRIGUEZ TINEO 

PARIONA PASTRANA 

NEYRA FLORES 

LOLI BONILLA
NF/ jhsc

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

**UNIDAD II: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA.**

2) Casación N° 631-2015. Arequipa.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 631 – 2015
AREQUIPA

El arraigo como presupuesto del peligro de fuga

Sumilla. Los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están vinculados al arraigo, el mismo que tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. De presentarse estas circunstancias, desincentivan la fuga del imputado. Otro criterio relevante del peligro de fuga está relacionado con la moralidad del imputado, esto es, la carencia de antecedentes. La pena podrá ser relevante, pero si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva. Asumir un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de diciembre de dos mil quince.

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía de motivación y por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado CARLOS RÍOS SÁNCHEZ contra el auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, dictó mandato de prisión preventiva en su contra por el plazo de nueve meses; en la investigación preparatoria que se sigue a él y a otros por delito de colusión agravada –en calidad de cómplice primario– en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que por Disposición Fiscal de fojas ciento siete, del doce de junio de dos mil quince, complementada por Disposición Fiscal de fojas ciento cincuenta, del siete de agosto de dos mil quince –del cuaderno de casación–, el Fiscal Supraprovincial Corporativo Especializado en Delitos de corrupción de funcionarios formalizó investigación preparatoria contra veinte personas, entre funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa y miembros de empresas privadas, por delito de colusión agravada en agravio del Estado.



SEGUNDO. Que mediante requerimiento fiscal de fojas una, del doce de junio de dos mil quince, solicitó al Juez de Investigación Preparatoria de Paurcapata dicte mandato de prisión preventiva contra el encausado Carlos Ríos Sánchez.

El citado Juez de la Investigación Preparatoria por auto de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, previa audiencia, estimó parcialmente la prisión preventiva por el plazo de seis meses. Contra esa decisión recurrieron en apelación tanto la Fiscalía Provincial cuanto el imputado Ríos Sánchez.

TERCERO. Que la Sala Penal Superior por auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia estimó la medida de prisión preventiva pero por el plazo de nueve meses.

CUARTO. Que el encausado Ríos Sánchez interpuso recurso de casación por escrito de fojas trescientos veintinueve, del veintitrés de julio de dos mil quince, bajo los motivos de infracción de precepto constitucional: principio de legalidad penal: artículo 2º.24, literal d), de la Constitución, y de infracción de la garantía de motivación: artículo 139º, apartado 5, de la Constitución.

Concedido el recurso de casación por auto de fojas trescientos cuarenta y seis, del treinta de julio de dos mil quince, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha treinta y uno de agosto de dos mil quince.

QUINTO. Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación por Ejecutoria Suprema de fojas setenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil quince, solo admitió a trámite el citado recurso por las causales de son inobservancia de precepto procesal y quebrantamiento de la garantía de motivación (artículo 429º, apartados 4 y 2, del Nuevo Código Procesal Penal).

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia el dieciocho de diciembre de dos mil quince, realizada ésta con la concurrencia del Doctor Eduardo Alcócer Povis, por el imputado y del Doctor Alcides Chinchay Castillo, Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, el estado de la causa es la expedir sentencia.



SÉPTIMO. Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación señalándose para la audiencia de lectura de la misma el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas setenta y ocho del cuaderno de casación, del seis de noviembre de dos mil quince, los únicos motivos de casación admitidos son inobservancia de precepto procesal y quebrantamiento de la garantía de motivación. Al respecto, la defensa del encausado Ríos Sánchez en su recurso formalizado denuncia que medió una motivación aparente acerca del “peligro de fuga” en relación a los factores que lo determinan y a las razones para aumentar el plazo concreto de la prisión preventiva.

SEGUNDO. Que el auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

- A. A pesar de que el imputado tiene esposa y dos hijos con residencia en el país, la vinculación con su país natal: España, y con familiares cercanos que habitan allí, además del intenso movimiento migratorio que tiene, determinan la facilidad no solo de salir del país, sino de instalarse en otro.
- B. La gravedad de la pena no es suficiente para concluir peligro de fuga. Para el concreto caso se valoró la facilidad de rehuir a la justicia y la magnitud del daño causado.
- C. Para aumentar el plazo de prisión preventiva, de seis a nueve meses, se limitó a mencionar que la prisión preventiva no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso.

TERCERO. Que el análisis del recurso se centra en los alcances que tiene la norma procesal respecto de la acreditación y sentido interpretativo del peligro de fuga en orden, fundamentalmente, al arraigo, esto es, cómo ha de interpretarse el peligro de fuga y qué lineamientos de acreditación es del caso asumir y cómo aplicarlos en un caso concreto.

Cabe desde ya afirmar que se trata de una circunstancia que rige para la determinación del riesgo de fuga. En buena cuenta, se trata de datos que la experiencia acredita como significativos de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan. No se erigen en criterios automáticos que deban ser considerado o valorado judicialmente al



margen de su concurrencia efectiva en el caso concreto, sino meramente indicativos, nunca vinculantes y han de valorarse de modo individualizado [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil ocho, página ciento noventa y dos].

CUARTO. Que, ahora bien, el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Éste tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*–, y obstaculización (artículos 268º, apartado 1, literal c y 269º-270º del Nuevo Código Procesal Penal).

El peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado o bien se vaya a sustraer de la pena que se le podría imponer [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Proceso Penal Comentado*, cuarta edición, Editorial Jurídica Continental, San José, dos mil nueve, página trescientos ochenta y ocho].

Dentro de los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como ‘arraigo’ –que tiene esencialmente un carácter objetivo, y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto– (artículo 269º del Nuevo Código Procesal Penal). El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Anuario de Derecho Penal, Lima, dos mil ocho, página noventa y siete].



QUINTO. Que, analizando el caso concreto, está acreditado que el imputado Ríos Sánchez tiene esposa e hijos con residencia en Perú, y registra actividad laboral conocida, razón de ser de su presencia en el país. No se trata, por lo demás, de un accionista, administrador –cuando los hechos– o gerente de la empresa EPYSA-PERÚ, cuyo poder económico y contactos en el exterior podrían indicar la probabilidad de alejarse del país.

No cabe duda, por tanto, que el imputado tiene arraigo. Los autos de primera instancia y de vista así lo acreditan. Sin embargo, fundamentan el peligro de fuga en dos aspectos: *i)* la vinculación del imputado a su país natal: España, con presencia de familiares cercanos que hacen viable la posibilidad de abandonar el país, y *ii)* el intenso movimiento migratorio, que facilitaría la posibilidad de salir del país.

SEXTO. Que es cierto que los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso.

Si se tiene en cuenta que *prima facie* está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú, sólo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente.

Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga.

SÉPTIMO. Que un criterio tomado en cuenta para determinar el peligro de fuga fue el intenso movimiento migratorio del imputado Ríos Sánchez, aunque se trata de viajes por motivos laborales, vinculados a su labor profesional, de corto alcance y de regreso inmediato al Perú. Al respecto, la



Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del diez de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, recaída en el Asunto Stögmüller contra Austria, estableció que la simple posibilidad o facilidad que tiene el procesado para pasar la frontera no implica peligro de fuga. De esta forma, no puede estimarse el peligro de fuga en función a los diversos viajes fuera del país que puede realizar un imputado extranjero o peruano.

No es concluyente, por tanto, los pocos o muchos viajes que un encausado realice al extranjero. Lo que determina un fundado peligro de fuga es que un imputado no tenga arraigo laboral, familiar o laboral y tenga contactos en el exterior que le permitan alejarse del país, a la vez que, concurrentemente, consten otros datos derivados de la naturaleza del hecho y de la gravedad de la pena –el monto de la pena, tampoco debe ser examinado en forma aislada, sino debe ser considerado en relación con otras circunstancias, tales como (i) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro posterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, (ii) la personalidad del imputado y/o (iii) sus relaciones privadas (sus vínculos familiares, laborales) [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: obra citada, páginas trescientos ochenta y ocho guión trescientos ochenta y nueve–].

OCTAVO. Que, como ya se ha sostenido abundantemente, la prisión preventiva es una medida excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso mediante la restricción de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma. En consecuencia, la privación de libertad ha de ser la excepción; y, se ha de adoptar cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con aquélla [BARONA VILAR, SILVIA: *Derecho Jurisdiccional III*, 15° Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil siete, página cuatrocientos noventa y ocho]. Rige el principio hermenéutico rector de las normas relativas a prisión preventiva: el de *favor libertatis*, o de *in dubio pro libertatis*.

Es claro, por consiguiente, que en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria debe ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de dichos derechos; de suerte, que la exigencia del principio de necesidad se imponga, en cuya virtud, se requiere: (i) la excepcionalidad, conforme a la cual la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general y aplicarse cuando no cabe otra opción para el cumplimiento de los fines que la justifican; y, (ii) la subsidiaridad, que obliga al órgano



jurisdiccional a 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 preventiva, ello no obstante, no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental [GIMENO SENDRA, GIMENO: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, dos mil cuatro, página quinientos treinta y siete].

NOVENO. Que otros criterios relevantes del riesgo de fuga, que no cabe presumirlo, están en relación a la moralidad del imputado, las acusaciones personales y del caso. Éste carece de antecedentes —así lo han reconocido los autos de mérito—, no huyó al iniciarse las diligencias preliminares e, incluso, ya abierta éste viajó y regresó al país para someterse al procedimiento de investigación. No existe otro dato que permita advertir un riesgo de fuga razonable. La pena podrá ser relevante, pero si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva.

DÉCIMO. Que, en virtud a lo precedentemente expuesto, es de concluir que los órganos jurisdiccionales de mérito inobservaron las exigencias establecidas en el artículo 268°, literal c, concordante con el artículo 269° del Nuevo Código Procesal Penal. Sobre estas consideraciones se limitó indebidamente la libertad del imputado al imponerse desproporcionadamente la medida de coerción personal de prisión preventiva a pesar de que demostró arraigo y no se presentan otros criterios que concurrentemente autoricen a afirmar la existencia de un fundado peligro de fuga. El Tribunal Superior, además, incrementó el plazo de prisión preventiva, con el solo argumento de que ésta no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso. Tal resolución al hacer referencia a pautas generales sin referencia a las concretas razones para un incremento del plazo de privación procesal de la libertad, importa una motivación irrazonable, que no puede ratificarse. No cabe otra opción que casar el auto de vista.

DÉCIMO PRIMERO. Que es de tener en cuenta que el auto de primera instancia dispuso la prisión preventiva de Ríos Sánchez por el plazo de seis meses, que a la fecha ya venció —está preso desde el catorce de junio último—. Ante la ausencia de un presupuesto material de la prisión preventiva, solo cabe dictar en su reemplazo el mandato de comparecencia y disponer su



inmediata libertad. La privación de libertad sufrida, por su extensión, también impide la medida de coerción personal de impedimento de salida (véase artículo 296°, apartado 2), del Nuevo Código Procesal Penal).

El mandato de comparecencia, en atención a la pena del delito objeto de la investigación preparatoria y a la situación personal del imputado, debe imponerse con las restricciones fijadas en los artículos 287° y 288° del aludido Código Procesal. En concreto: la caución —que permite compatibilizar el derecho a la libertad con la necesidad de asegurar el proceso— y las exigencias vinculadas a su presencia en el Juzgado, su ubicación domiciliaria y de trabajo, y la comunicación de sus actividades y viajes.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía de motivación y por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado CARLOS RÍOS SÁNCHEZ; en consecuencia: **CASARON** el auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, dictó mandato de prisión preventiva de nueve meses en su contra; en la investigación preparatoria que se le sigue por delito de colusión agravada en agravio del Estado; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia ya citado; reformándolo: **DESESTIMARON** el requerimiento de prisión preventiva formulado por el señor Fiscal Supraprovincial Corporativo Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios; y, dictaron mandato de comparecencia con las siguientes restricciones: **a)** Concurrir al módulo básico de Paucarpata cada fin de mes para firmar el libro o realizar el control biométrico correspondiente. **b)** comunicar previamente al órgano judicial si va a viajar fuera de la localidad o al extranjero, con la expresa mención del día de viaje y el día de retorno, así como los motivos del mismo. **c)** No variar de domicilio sin previo aviso a la autoridad competente. **d)** Cumplir con las citaciones y requerimientos judiciales obligatoriamente. **e)** Pagar por concepto de caución la suma de diez mil soles. **II. ORDENARON** la inmediata libertad de Carlos Ríos Sánchez, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o de prisión preventiva dispuesta por autoridad competente; cursándose los oficios correspondientes. **III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN N° 631 – 2015/AREQUIPA

pública; y, acto, seguido, se notifique a todas las partes personadas a la instancia. IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/ast

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yarañueva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

21 DIC. 2015

**UNIDAD II: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA.**

3) Circular sobre Prisión Preventiva N° 325-2011-P-PJ

Circular sobre Prisión Preventiva

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA
Nº 325-2011-P-PJ
CIRCULAR SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA
(14/09/2011)

Lima, 13 de septiembre de 2011

VISTA:

Las Medidas Urgentes o de Ejecución Inmediata de la Agenda Judicial de Seguridad Ciudadana del Poder Judicial necesarias para desarrollar criterios orientadores y unificadores para aplicar la prisión preventiva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que la interpretación y ulterior aplicación de las normas que regulan la prisión preventiva –situación nacida de una resolución jurídica de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado–, en especial el artículo 268º del Código Procesal Penal de 2004, exige que el Juez –en el ejercicio de su potestad jurisdiccional– tengan en cuenta diversos parámetros jurídicos legalmente previstos –bajo el reconocimiento de que la prisión preventiva está situada entre dos deberes estatales el de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y, por otro lado, el de proteger la libertad del ciudadano–.

Se ha de determinar, de modo relevante, los alcances y asumir la debida comprensión de los presupuestos materiales que informan la prisión preventiva, de profunda influencia en el juicio de proporcionalidad que demanda el análisis de toda institución de relevancia constitucional y que persigue circunscribirla a lo estrictamente necesario.

De lo consignado, sin duda, surge la indispensabilidad –como lógica consecuencia del principio material de necesidad– de una motivación suficiente y razonable acorde a los presupuestos y fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida de prisión preventiva, en función a las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

SEGUNDO.- Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial– para estimar un alto grado de probabilidad de que el

imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268°, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti commissi*].

Al respecto 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).

Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El Juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad.

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

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

TERCERO.- Que el Código Procesal Penal ofrece criterios específicos para analizar el riesgo de fuga y el peligro de obstaculización probatoria. La normativa procesal penal establece –a través del desarrollo de los artículos 269° y 270° del Código Procesal Penal– 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’.

Sin embargo, debe quedar claro que estos postulados normativos no tienen naturaleza taxativa. El Juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado, por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la

proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además, ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

El factor temporal, en orden a las razones justificativas de la restricción de la libertad personal, adquiere singular relevancia. Así, en la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias son más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso.

Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva– están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno o en otro sentido– en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el Juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado–. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral.

Las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos y manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger. Dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribuido, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba.

CUARTO.- Que de seguirse, como corresponde, esta metodología se comprenderá que la prisión preventiva no es una medida de aplicación automática o inmediata. Esto

es, no se aplica a todos los imputados bajo sospecha vehemente –motivada y objetiva– de comisión de un delito, cuya prognosis de pena sea superior a los cuatro años de privación de libertad. Es por esta razón que debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una “doble lectura”. En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268°, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269°, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aún cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra –desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia– puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El Juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado. Sin embargo, ello no debe conducir a la aplicación de la prisión preventiva en todos los supuestos en los que la pena a imponer sea superior a cuatro años. Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la prisión preventiva (artículo 268°, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de ‘peligrosismo procesal’ (artículo 269°, apartado 2, del Código Procesal Penal).

QUINTO.- Que, por otro lado, es doctrina jurisprudencial consolidada –tanto a nivel nacional como internacional– el hecho de que, por lo general y salvo lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero, parágrafo tres, la gravedad de la pena no puede ser el único criterio que justifique la utilización de la prisión preventiva, razón por la cual se debe acompañar con algunos de los criterios dispuestos por el artículo 269° del Código Procesal Penal; y, como se verá, con el propio apartado 2 del artículo 268° del citado Cuerpo de Leyes.

En tal ámbito, es de suma importancia evaluar el análisis jurisprudencial que actualmente ocurre en el contexto de algunos de los criterios regulados por el artículo 269° del Código Procesal Penal. En la actualidad se vienen generando muchas confusiones que deben ser esclarecidas con el propósito de aplicar en forma eficiente la prisión preventiva.

SEXTO.- Que un problema fundamental viene dado por la definición del arraigo, regulado por el artículo 269°, apartado 1, del Código Procesal Penal. Un dato fundamental que es de tener en cuenta en la valoración de los criterios establecidos por los artículos 269° y 270° del mencionado Código, es que se está ante lo que se puede

denominar “tipologías referenciales”, destinadas a guiar el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal.

SÉPTIMO.- Que no existe ninguna razón jurídica ni legal –la norma no expresa en ningún caso tal situación– para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, *a priori*, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión “existencia” o “inexistencia” de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aún cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo – medido en términos cualitativos– descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva.

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

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (artículo 269°, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la “calidad” del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269°, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: “*las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto*”. Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera.

OCTAVO.- Que lo anotado en el fundamento jurídico anterior revela que no es posible identificar la supuesta “existencia de arraigo” (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva. Esto es así porque el arraigo –ocurre lo mismo con todos los criterios del artículo 269° del Código Procesal Penal– no es una

premisa fija o estable; no es un presupuesto, sino un criterio relacional basado en el contexto de cada caso, de suerte que en uno determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no. En consecuencia, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, de existencia o inexistencia de arraigo; lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el sólo hecho de que “el imputado tiene domicilio conocido”, es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado.

NOVENO.- Que, en la misma línea de lo anterior, es importante evaluar cuál es el sentido que actualmente le otorga la jurisprudencia al apartado 2 del artículo 268° del Código Procesal Penal. Sin duda, es un criterio poco utilizado en el ámbito de la prisión preventiva, y lo es, probablemente, por los términos de su propia redacción.

Sin duda la pertenencia del imputado a una organización delictiva –o su integración a la misma– no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una *conditio sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva –que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales–. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de ‘banda’, es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídica procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización.

En línea con la jurisprudencia alemana la prisión preventiva en estos casos sólo puede ser impuesta si existen los motivos de fuga o peligro de entorpecimiento. No obstante ello, en la verificación de su existencia no se debe ser tan exigente, sino que ya es suficiente, en relación con la gravedad del hecho atribuido, una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En estos casos se entiende que está minimizado el arraigo social del imputado.

DÉCIMO.- Que es obvio que la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, “compra”, muerte de testigos, etcétera). Por consiguiente, el Juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son

recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa.

UNDÉCIMO.- Que lo consignado en ningún caso niega como objetivo de legitimidad constitucional el carácter excepcional –que trae como consecuencia que rija el principio *favor libertatis* o del *in dubio pro libertate*–, lo que significa que la interpretación de las normas en cuestión deben hacerse con carácter *(i)* restrictivo y, además, a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, *(ii)* subsidiario, *(iii)* necesario y *(iv)* proporcionado en orden a sus fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva, ni colisiona con la postura garantista del proceso penal; ni mucho menos, con la garantía genérica de presunción de inocencia.

El criterio es sólido: la prisión preventiva “protege” el proceso, su normal desarrollo y resultado; y existe una máxima de la experiencia que también es contundente: las organizaciones delictivas, con frecuencia, suelen perturbar la actividad procesal propiciando la fuga y la obstaculización probatoria. Desde luego, es necesario examinar caso por caso, pero es imperativo, asimismo, reconocer que existen casos evidentes en los que la existencia de un domicilio (por citar un ejemplo) no enerva en ningún caso la potencialidad manifiesta del riesgo procesal que representa la pertenencia a una organización delictiva o a una banda.

DUODÉCIMO.- Que el Código Procesal Penal representa un modelo procesal acusatorio que asume, en su esencia, el programa procesal penal de la Constitución. Ello supone el respeto de los principios esenciales de un proceso penal propios de un Estado Constitucional –contradicción, igualdad, acusatorio, oralidad, intermediación, publicidad, etcétera– y el desarrollo equilibrado de las garantías genéricas del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, así como de las demás garantías específicas del individuo. Pero también exige proteger los derechos e intereses legítimos de la víctima, y asegurar el desarrollo y resultado de un proceso que pretende resoluciones rápidas y justas para todos, afirmando de este modo la seguridad ciudadana como uno de los deberes primordiales del Estado (artículo 44° de la Constitución Política).

Por estos fundamentos, el Presidente del Poder Judicial, conforme a las atribuciones que le concede los artículos 73° y 76° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N° 27465.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Instar a los Jueces Penales asumir las pautas metodológicas y criterios jurídicos fijados en la presente Resolución-Circular.

Artículo Segundo.- Recordar el cumplimiento de la exigencia de motivación, de su razonable y ponderado cumplimiento que respete el contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental a la libertad (los dos presupuestos materiales analizados), sin que ello signifique, pese a tratarse de un deber reforzado de motivación judicial, exigencias imposibles de cumplir ni un excesivo régimen de razonamiento.

Artículo Tercero.- Transcribir la presente Resolución– Circular a las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, las Cortes Superiores de Justicia del Perú, la Sala Penal Nacional, la Fiscalía de la Nación, y del Centro de Investigaciones Judiciales.

Regístrese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
Presidente

UNIDAD II: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

- 4) Directiva N° 002-2013-MP- Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva

MINISTERIO PÚBLICO
Aprueban Directiva N° 002-2013-MP-FN "Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva conforme al Código Procesal Penal del 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076"
**RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN
N° 3182-2013-MP-FN**

Lima, 4 de octubre del 2013

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que, el Fiscal de la Nación, como titular del Ministerio Público, es el responsable de dirigir, orientar y formular la política institucional, en ese marco debe adoptar las medidas necesarias a efectos de brindar un servicio fiscal eficiente y oportuno;

Que, mediante Ley N° 30076, se modificó el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Código de los Niños y Adolescentes, y se crearon Registros y Protocolos con la Finalidad de Combatir la Inseguridad Ciudadana; asimismo, se dispuso la entrada en vigencia, a nivel nacional, de los artículos 2°, 160°, 161°, 268°, 269°, 270°, 271° y 311° del Código Procesal Penal, referidos a la aplicación del Principio de Oportunidad, Confesión Sincera, Prisión Preventiva, Peligro de Fuga, Desalojo Preventivo y Ministración Provisional;

Que, por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2770-2013-MP-FN de fecha 11 de setiembre de 2013, se conformó una Comisión de Trabajo encargada de analizar, estudiar y formular propuestas de soluciones técnicas relacionadas con la aplicación de la Ley N° 30076;

Que, a través del Oficio N° 617-2013-MP-FN-ETI-NCCP/ST, el Secretario Técnico del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, hace de conocimiento los avances y resultados del trabajo encomendado a la citada Comisión; igualmente, adjunta el Proyecto de Directiva denominado: "Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva conforme al Código Procesal Penal del 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076";

Que, siendo así, resulta necesario aprobar las directrices que optimizarán y regularán las actuaciones de los señores Fiscales durante el procedimiento de prisión preventiva previsto en el Código Procesal Penal de 2004;

Que, estando a la propuesta alcanzada por la Comisión de Trabajo conformada mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2770-2013-MP-FN, y en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 64° del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar la Directiva N° 002 - 2013-MP-FN denominada "Actuación Fiscal en la Prisión Preventiva conforme al Código Procesal Penal del 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076"; cuyo texto forma parte integrante de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la Oficina Central de Tecnologías de la Información, publique la Directiva antes mencionada, en la página web del Ministerio Público para su respectiva difusión.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

 JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES
Fiscal de la Nación

DIRECTIVA N° 002-2013-MP-FN
**ACTUACIÓN FISCAL EN LA PRISIÓN PREVENTIVA
CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL
2004, PUESTO EN VIGENCIA MEDIANTE
LEY N° 30076**
I) Objetivo

La presente Directiva tiene como objeto regular las actuaciones de los Fiscales en el procedimiento de prisión

preventiva previsto en el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP), puesto en vigencia mediante Ley N° 30076.

II) Finalidad

Unificar criterios de interpretación y aplicación de los artículos N°s. 268°, 269°, 270° y 271° del CPP, que regulan la prisión preventiva.

III) Alcance

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales que intervienen en el procedimiento de prisión preventiva de los Distritos Fiscales de Lima, Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Callao, Apurímac, Ayacucho, Huancavelica y Junín, en los que se ha adelantado su vigencia mediante Ley N° 30076.

IV) Base Legal

- Constitución Política del Estado: artículos 158° y 159°.
- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957: artículos 268°, 269°, 270° y 271°.
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo N° 052: artículos 1°, 5° y 64°.
- Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: incisos c) y d) del artículo 23°.

V) Normas Generales
V. I. Rol del Fiscal ante las Detenciones Policiales

1.- El Fiscal actuará con especial celeridad cuando conozca los casos de personas detenidas por flagrancia delictiva.

2.- En estricto cumplimiento de sus funciones constitucionales, como conductor de la investigación desde su inicio, el Fiscal responsable vigilará que la Policía Nacional le comunique en forma inmediata todas las detenciones que ocurran en su turno. Asimismo, dispondrá los canales de comunicación más adecuados para instruir a los efectivos policiales sobre el tratamiento que debe dársele al detenido y sobre la evidencia que debe recabarse.

3.- En cumplimiento del mandato constitucional de vigilar la recta administración de justicia y defender la legalidad, el Fiscal procurará que el órgano jurisdiccional competente tramite con la debida celeridad el requerimiento de prisión preventiva una vez que el Fiscal entrega a su disposición al detenido.

V. 2. Requerimiento de la Medida Cautelar Personal y Participación en la Audiencia de Prisión Preventiva.

4.- En el caso de personas detenidas, el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado, que será presentado conjuntamente con la formalización de la denuncia penal. Su fundamentación deberá abarcar los presupuestos del artículo 268° del CPP y los criterios que regulan los artículos 268° y 269° de este mismo cuerpo normativo.

5.- La sustentación debe considerar, además, las pautas o reglas establecidas en la denominada "Circular sobre la prisión preventiva", emitida por la Presidencia del Poder Judicial, en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, como la flexibilidad de los criterios contenidos en los artículos N°s. 269° y 270° del CPP, el factor temporal en relación al proceso judicial, las circunstancias sobre la aptitud del imputado para provocar su ausencia, la gravedad de la pena como criterio legal de peligro procesal, el arraigo como criterio basado en el contexto de cada caso, y la pertenencia a una organización delictiva.

6.- El Fiscal, asimismo, debe considerar, y por ende, sustentar, si fuera el caso, que el auto apertura de instrucción, conforme lo exige el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, el Juez ya valoró y determinó la concurrencia de elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito y la individualización de su autor o partícipe; en ese sentido, incluso, la propia norma del citado cuerpo normativo exige que el Juez motive los hechos, los elementos de prueba en que se funda la imputación y la calificación del delito atribuido al denunciado. Esta exigencia o presupuesto del auto de apertura de instrucción, es coincidente o se encuentra

íntimamente relacionado con el primer presupuesto de la prisión preventiva que regula el inciso 1) del artículo 268° del CPP, la existencia de fundados y graves elementos de convicción que estiman la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

7.- Otro aspecto que debe considerar el Fiscal en la sustentación de la prisión preventiva, es que el peligro de fuga y de obstaculización probatoria, deben ser sostenidos desde la perspectiva del imputado y del hecho que se le atribuye. Por ende, puede recurrir a una variedad de elementos reales y concretos que se presentan en la cotidiana casuística penal, en tanto, así lo permiten los supuestos de los artículos 269° y 270° del CPP, que regulan los criterios abiertos y flexibles para sustentar el peligro procesal.

8.- En los supuestos de personas detenidas, el Fiscal Provincial de Turno designará al Fiscal que sustentará el requerimiento de prisión preventiva en la audiencia pudiendo recaer en su persona, en el Fiscal Adjunto Provincial de su Despacho, en el Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales o en el Fiscal Adjunto Provincial de apoyo.

9.- El Fiscal de Turno deberá entregar al detenido a disposición del Juez, únicamente, cuando formula requerimiento de prisión preventiva en su contra. Fuera de este supuesto, debe disponer su libertad; asimismo, cuando considere que debe imponérsele la medida de comparecencia restringida, deberá solicitarla en la formalización de la denuncia penal. La adopción de cualquiera de estos últimos supuestos no impide que, posteriormente, y cuando así lo estime, solicite la prisión preventiva.

V. 3. Apelación del Mandato de Detención.

10.- Con la finalidad de defender la pretensión del Ministerio Público en el procedimiento de la prisión preventiva, debe seguirse, en lo pertinente, los criterios establecidos en la Directiva de la Fiscalía de la Nación N° 005-2012-MP-FN.

En consecuencia, si el Fiscal Superior considera que debe mantenerse la pretensión impugnativa promovida por el Fiscal que apeló la denegatoria de la prisión preventiva, o defenderse la resolución judicial favorable al Ministerio Público que dictó la prisión preventiva pero que ha sido impugnada por el imputado, deberá acudir a la vista de la causa que la Sala Superior convoque y emitir un dictamen en el que sustente y defienda las pretensiones del Ministerio Público.

Por otro lado, si el Fiscal Superior se desiste del recurso interpuesto por el Fiscal o estuviere conforme con la pretensión impugnatoria del imputado, no será necesario que asista a la señalada vista de la causa, no obstante, emitirá un dictamen a la Sala Superior, en el que motive su decisión.

11.- El Fiscal que interponga el recurso de apelación contra la resolución que deniega la prisión preventiva o sea notificado de la apelación del imputado contra la resolución que la otorga, deberá comunicar de ello inmediatamente al Fiscal Superior, remitiéndoles, bajo responsabilidad, copias o poniendo a su disposición la documentación indispensable.

V. 4. El Posturno y las prisiones Preventivas fuera del Turno.

12. El Fiscal que estuvo de turno al momento de conocerse la detención de una persona seguirá conociendo el caso, aún cuando hubiere ordenado la libertad del detenido; salvo los casos en los que no tenga competencia por el territorio, supuesto en el que deberá derivar los actuados al Fiscal competente.

13.- La Fiscalía Provincial que fuera del turno efectuó el requerimiento de prisión preventiva, será la misma que sustente su pedido en la audiencia correspondiente..

VI) Vigencia

La presente Directiva será de aplicación obligatoria desde el día siguiente de su publicación.

Lima, 4 de octubre del 2013

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES
Fiscal de la Nación

998915-1

Proclaman Presidente de la Junta de Fiscales Provinciales del Distrito Judicial de Cajamarca para el período 2013 - 2014

RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN N° 3183-2013-MP-FN

Lima, 4 de octubre del 2013

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 29286 publicada el 04 de diciembre del 2008, se modificó el Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, en lo referente al Sistema de Elección y Funciones de las máximas autoridades del Ministerio Público;

Que, a través de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1654-2008-MP-FN de fecha 11 de diciembre del 2008, se aprobó la Directiva N° 004-2008-MP-FN, respecto a las Disposiciones referidas a la elección de los Presidentes de las Juntas de Fiscales Superiores y Provinciales en los Distritos Judiciales de la República, complementándose la misma por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1681-2008-MP-FN de fecha 15 de diciembre del 2008;

Que, habiéndose efectuado en el presente año, el proceso de elección del Presidente de la Junta de Fiscales Provinciales del Distrito Judicial de Cajamarca, conforme a lo establecido en la citada Directiva, corresponde oficializar el resultado de dicho acto electoral mediante la resolución respectiva;

Estando a lo dispuesto por el artículo 64° del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Proclamar como Presidente de la Junta de Fiscales Provinciales del Distrito Judicial de Cajamarca, para el período 2013-2014, al Doctor Jorge Luis Barrenechea Montesinos, Fiscal Provincial Titular del Distrito Judicial de Cajamarca.

Artículo Segundo.- Dejar sin efecto todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente resolución.

Artículo Tercero.- Hacer de conocimiento la presente resolución, a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura, Presidentes de las Juntas de Fiscales Superiores a nivel nacional, Gerencia General, Gerencia Central de Potencial Humano y a la Oficina de Registro y Evaluación de Fiscales, para los fines pertinentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES
Fiscal de la Nación

998915-2

Prorrogan plazo de traslado de la Fiscalía Penal Supraprovincial de Huancavelica al Distrito Fiscal de Ayacucho

RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN N° 3184-2013-MP-FN

Lima, 4 de octubre del 2013

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1179-2012-MP-FN de fecha 15 de mayo de 2012, se dispuso el traslado de la Fiscalía Penal Supraprovincial de Huancavelica, al Distrito Judicial de Ayacucho, por un plazo de ciento ochenta (180) hábiles, a efectos que conozca los casos por delitos de Terrorismo y Lesa Humanidad de las Fiscalías Penales Supraprovinciales de Ayacucho asignadas oportunamente, conservando su competencia en el Distrito Judicial de Huancavelica;

Que, a través del Oficio N° 701-2013-FSPNC-MP-FN, el Fiscal Superior Coordinador de la Fiscalía Superior Penal Nacional y Fiscalías Penales Supraprovinciales, hace de conocimiento la necesidad de prorrogar el traslado dispuesto mediante la resolución antes citada;

**UNIDAD III: PLAZO RAZONABLE Y CESACIÓN DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA.**

1) Casación N° 309-2015-Lima.



El Peruano

190 AÑOS

1825-2015. LA HISTORIA PARA CONTAR | DIARIO OFICIAL

AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN DEL MAR DE GRAU

Sábado 9 de abril de 2016

JURISPRUDENCIA

Año XXV / N° 1008

7423

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 309-2015
LIMA

Sumilla: Prórroga de plazo de investigación preparatoria crimen organizado después del primero de julio de dos mil catorce, al ser nuevo acto procesal, es el que establece la ley número treinta mil setenta y siete, que está sujeta a estricto control judicial motivado en audiencia con contradicción de la defensa del imputado.

Lima, veintinueve de marzo de dos mil dieciséis.

VISTOS: En audiencia pública; a la que asistió el defensor de los recurrentes, mas no el Fiscal Supremo Penal ni el Procurador Público, a pesar de estar debidamente notificados; el recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero, contra el auto del uno de abril de dos mil quince, emitido por la Sala Penal de Apelaciones Nacional, que confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público; en consecuencia, prorrogó por once meses el plazo de investigación preparatoria seguida contra Gregorio Santos Guerrero y otros, en el proceso que se le sigue como presuntos autores de los delitos contra la Tranquilidad Pública-asociación ilícita para delinquir y otros, en agravio del Estado, con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia

PRIMERO: Los encausados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero son procesados penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El representante del Ministerio Público señala como imputación genérica el hecho que al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y la Unidad Ejecutora Regional-PROREGION, se gestó una organización criminal destinada a cometer delitos contra la Administración Pública, en los diversos procesos de selección convocados por PROREGION, especialmente destinada a favorecer a determinados grupos de empresas vinculadas a los ciudadanos Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle.

SEGUNDO. Esta organización criminal estaría integrada por una pluralidad de personas, organizadas estructuralmente en función a criterios de jerarquía, liderada por su Presidente Regional Gregorio Santos Guerrero -quien a su vez se desempeñaba como Presidente del Comité Directivo de PROREGION-, e integrada por su ex director ejecutivo José Panta Quiroga, su ex administrador Juan Ricardo Coronado Fustamante, el jefe de la unidad de ingeniería Herbert Wilder Bravo Saucedo, el jefe de la oficina de asesoría legal Fuaad Abdala Samhan Graham, el jefe de la unidad de estudios Fernando Armando Díaz Carnero, el ex jefe de la unidad de tesorería Aristides Atilio Narro Miranda, el jefe de la unidad de adquisiciones Segundo Rudecindo Calva Gamarra, el trabajador de la oficina de programación y presupuesto Percy Martín Flores del Castillo; así como,

por los particulares Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y su trabajador Johan Jerry Zaaavala Ledezma. Asimismo, existiría una distribución funcional donde cada integrante desempeñaba un rol concreto, ya sea aprovechándose de su calidad de funcionario público o de extraneus, vinculado a las personas jurídicas que participan en procesos de selección. También existiría una vocación de permanencia, pues dicha organización habría venido actuando desde el año dos mil once continuando su vigencia durante el año dos mil doce, incluso posteriormente, durante el tiempo que han venido ejecutando y liquidando los diversos procesos de selección adjudicados al grupo de empresas vinculadas a la asociación ilícita.

TERCERO. Con disposición fiscal número uno del veintisiete de setiembre de dos mil doce, se dio inicio a la investigación preliminar contra Gregorio Santos Guerrero y otros, por la presunta comisión de los delitos de lavado de activos, colusión, cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico, en agravio del Gobierno Regional de Cajamarca y del Estado. Posteriormente, con disposición fiscal número once del siete de enero de dos mil trece, se declaró compleja la investigación y se amplió el plazo a ciento veinte días; luego, por disposición número veintitrés del diez de mayo de dos mil trece, se amplió el plazo a ciento veinte días más; posteriormente, se emitió la disposición número veinticinco del veintitrés de setiembre del dos mil trece, ampliando el proceso por ciento veinte días adicionales.

CUARTO. A mérito del resultado de control realizado por la Contraloría General de la República, se emitió la disposición fiscal número treinta del trece de noviembre de dos mil trece, mediante el cual se dispuso ampliar la investigación preliminar contra Fuaad Abdala Samhan Graham y otros, por la presunta comisión de los delitos de colusión simple y agravada, en agravio del Gobierno Regional de Cajamarca; ampliándose el plazo de investigación por sesenta días más.

QUINTO: El representante del Ministerio Público con disposición número cuarenta y tres, del trece de mayo de dos mil catorce, dispuso formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Gregorio Santos Guerrero y otros, por la presunta comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir y otros, en agravio del Estado, la misma que fue ampliada y corregida. El treinta de diciembre de dos mil catorce, el representante del Ministerio Público solicita la prórroga del plazo de investigación preparatoria -en proceso complejo- por el plazo de catorce meses, a efectos de continuar con la obtención de información relevante que le permita determinar la acusación o sobreseimiento de la causa.

SEXTO. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional con resolución número cuatro, del diecinueve de enero de dos mil quince, resuelve declarar fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público, prorrogando la investigación preparatoria por once meses.

SÉPTIMO. Contra la referida resolución, interpone recurso de apelación: **i)** El representante del Ministerio Público, a fojas ciento nueve del cuaderno de casación, respecto al extremo que resuelve prorrogar el plazo de investigación preparatoria por once meses. **ii)** La defensa técnica de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero, a fojas ciento veinte. **iii)** El Procurador Público especializado en delitos de corrupción, a fojas ciento veintiocho. **iv)** La defensa técnica de Juan Ricardo Coronado Fustamante, a fojas ciento veintitrés. Estos recursos fueron concedidos por auto de calificación de apelación, del tres de febrero de dos mil quince, obrante a fojas ciento treinta y seis.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

OCTAVO: La Sala Penal de Apelaciones Nacional -culminada la fase de traslado de las impugnaciones- mediante resolución del trece de marzo de dos mil quince, de fojas ciento cincuenta del cuaderno de casación, declaró nulo el concesorio de apelación contenido en la resolución del tres de febrero de dos mil quince, en el extremo que concede el recurso a la defensa técnica del procesado Juan Ricardo Coronado Fustamante, por consiguiente, inadmisibles; y admitió los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía Supraprovincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios, la Procuraduría Pública especializada en delitos de corrupción, y el abogado defensor de Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero; asimismo, emplazó a los sujetos procesales a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia.

NOVENO: Realizada la audiencia de apelación, en fecha veinte de marzo de dos mil quince, la Sala Penal cumplió con emitir y leer en audiencia pública, el auto de apelación sobre prórroga del plazo de investigación preparatoria, de fojas ciento sesenta y cuatro, del uno de abril de dos mil quince.

DÉCIMO. El auto de vista recurrido en casación, resolvió confirmar la resolución número cuatro del diecinueve de enero de dos mil quince, emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, mediante el cual declaró fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público sobre la prórroga del plazo de investigación preparatoria.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero

DÉCIMO PRIMERO: Leído el auto de vista, la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero interpusieron recurso de casación, que fundamentaron mediante escrito de fojas ciento ochenta y dos, sin señalar la causal específica del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, pero sí en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del mismo cuerpo normativo, casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

DÉCIMO SEGUNDO. La defensa sustenta su recurso en que: **i)** La resolución cuestionada desconoce que la investigación preparatoria tiene que ajustarse a los principios de plazo razonable y proscriptión de dilaciones indebidas. **ii)** El Colegiado hace referencia a la regla que estatuye el vigor inmediato de la ley procesal, pero ha interpretado indebidamente las excepciones a esta regla, como es la referida a los plazos que ya empezaron a correr y aplicación ultractiva de la ley vigente en ese momento inicial. **iii)** La Sala de Apelaciones confunde lo que es acto procesal con plazo, de ahí que para considerar plausible la aplicación del nuevo plazo de investigación preparatoria de treinta y seis meses, previsto en la Ley número treinta mil setenta y siete, sostenga que el pedido de prórroga, por ser la postulación de un acto procesal, debe regularse con la norma vigente al momento de la postulación, dejando de lado la indicación de la ley: "seguirán rigiéndose por la ley anterior(...)" los plazos que hubieran empezado". **iv)** La prolongación es insita al plazo ordinario, pues no existiría sin este, de ahí que iniciado este plazo ordinario también se comprende la eventual prolongación. Entonces, tratándose de plazos que han empezado a correr, los nuevos extremos temporales no son aplicables, salvo que resulten más favorables al procesado. **v)** La propia Sala no niega que el plazo ordinario fue de solo ocho meses y no de treinta y seis, pero resuelve la prolongación de esos ocho meses en un nuevo marco de treinta y seis, es decir, la prolongación de un término ordinario inexistente. **vi)** La Ley número treinta mil setenta y siete implica una nueva morfología asociativa de características de derecho penal material, por lo que hay manifiesto equívoco cuando estas calificaciones sustantivas, que recién entraron en vigor el uno de julio de dos mil catorce, se aplican a la imputación que se hizo a sus patrocinados. **vii)** Se debe respetar el plazo ordinario de ocho meses y el plazo de prolongación de ocho meses más, previa autorización judicial. **viii)** Ninguna de las diligencias que invoca la fiscalía en su requerimiento de prolongación justifica que se exceda la prórroga a más de ocho meses y que la extensión temporal se encuadre en un escenario de once meses, menos de treinta y seis meses por criminalidad organizada. **ix)** La Corte Suprema como desarrollo de la doctrina jurisprudencial debe pronunciarse interpretando la norma que regula la aplicación temporal de la Ley procesal y de las excepciones al respecto, diferenciando con nitidez cuándo un plazo ha empezado a correr y por qué ello impide modificaciones ulteriores de los cánones procesales, descartándose la regencia ultractiva de la Ley anterior.

DÉCIMO TERCERO. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala atendiendo a que el análisis de la controversia generada

ayudaría a fijar el alcance interpretativo de esta disposición legal nueva con relación al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, mediante Ejecutoria -del dos de octubre de dos mil quince, de fojas treinta y nueve del cuaderno formado en esta instancia suprema- declaró bien concedido el recurso de casación, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

DÉCIMO CUARTO. En audiencia de casación, a la que asistió el defensor de los recurrentes, mas no el Fiscal Supremo Penal ni el Procurador Público, a pesar de estar debidamente notificados; por lo que, no existió contradictorio. La defensa sostuvo que: **i)** El plazo de investigación preparatoria con el que se inició el proceso a Gregorio Santos fue de ocho meses con la prórroga de igual plazo; al entrar en vigencia una nueva ley que establece un nuevo plazo de investigación, corresponde se analice la problemática de la aplicación en el tiempo de la ley procesal, regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal "la ley procesal se aplica en el momento del acto procesal"; sin embargo, la excepción es que continuarán rigiéndose por la ley anterior los plazos que ya hubieren empezado a correr. Por tanto, el presente plazo de investigación preparatoria y su prórroga que ya empezó a correr, no puede ser modificado, pues fue establecida en la formalización de investigación preparatoria antes que entrara en vigencia la nueva norma; de lo contrario se violaría el texto expreso de la Ley. **ii)** La Sala de Apelaciones confunde acto procesal con plazo, el acto procesal son los desarrollados por las partes y el plazo es el lapso de tiempo en el que se realizan los actos; el problema de este proceso es sobre el plazo original de ocho meses y su prórroga por el mismo tiempo, constituyendo una unidad. **iii)** El legislador estableció un nuevo plazo de investigación preparatoria, sin dejar sin efecto la ley procesal anterior; en consecuencia, se debe respetar el plazo ordinario de ocho meses y el plazo de prolongación de ocho meses más, previa autorización judicial. **iv)** La historia del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el Código Procesal Penal de mil novecientos noventa y uno establecía que cuando la nueva ley afectaba derechos fundamentales, se aplicaba la anterior ley; sin embargo en este Nuevo Código, se atemperó tal situación imponiéndose límites como de los plazos ya empezados. El procesado, en uso de la palabra mediante videoconferencia, se adhirió a lo señalado por su defensa.

DÉCIMO QUINTO: Producida la audiencia de casación el dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asistan-, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día de la fecha, a horas ocho con treinta minutos de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y nueve del cuaderno formado en esta instancia, del dos de octubre de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: "Establecer como doctrina jurisprudencial cuál es la aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete."

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

SEGUNDO: El auto de vista precisa que los agravios propuestos por los recurrentes inciden básicamente en dos temas controvertidos: **i)** Establecer si la aplicación -por parte del Juzgado de Investigación Preparatoria- del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, modificado por Ley número treinta mil setenta y siete, en cuanto a la solicitud de prórroga y no al plazo ordinario, fue efectuada atendiendo a los criterios de eficacia temporal de las normas procesales. **ii)** Analizar si el plazo de once meses concedido como prórroga de la investigación preparatoria debe ser mayor, a partir de lo alegado por el Ministerio Público.

TERCERO. Sobre el primer punto sostiene: **i)** El Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia ha señalado que las normas procesales penales se rigen por el principio *tempus regis actum*, el cual establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Principio que supone la aplicación inmediata de la ley procesal al acto procesal solicitado, mas no que a través de ella se regulen, modifiquen o se dejen sin efecto actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior, resaltándose de este modo la regla de preclusión, en tanto que, los actos procesales ya cumplidos y

que han quedado firmes bajo la vigencia de la norma anterior no pueden modificarse. **ii)** En el caso concreto se tiene que cuando el Ministerio Público presenta su solicitud de prórroga del plazo de investigación preparatoria –la que vendría a ser en el caso de auto un nuevo acto procesal–, esto es, el treinta de diciembre de dos mil catorce ya se encontraba vigente la Ley treinta mil setenta y siete; en consecuencia, de conformidad con la regla *tempus regis actum*, las disposiciones de carácter procesal contenidas en la citada norma deben ser aplicadas a los actos o hechos procesales ocurridos durante su vigencia. **iii)** La solicitud de prórroga del plazo de la investigación constituye la postulación de un acto procesal de la parte legitimada y la decisión del órgano jurisdiccional exige su aplicación acorde a la norma procesal vigente al momento en que se postuló dicho acto. **iv)** Con ello, se concluye que la aplicación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal se efectuó conforme a ley, por lo que, los fundamentos propuestos por la defensa, no resultan estimables. **v)** Asimismo, sostiene que en el expediente número ciento sesenta-dos mil catorce-setenta y seis, con relación a la eficacia temporal de las normas procesales adoptó el mismo criterio en el quinto considerando de la resolución número doce, del veintiséis de enero de dos mil quince: “[...] este Colegiado ha establecido que no existe duda o conflicto en la aplicación de normas procesales para el presente caso, en tanto que el factor de aplicación de estas es el “acto o hecho procesal”, estableciéndose que la solicitud de prórroga presentada por el Ministerio Público es un nuevo acto procesal [...]”.

CUARTO. Respecto al punto concerniente al pedido de prórroga de la investigación preparatoria, la Sala Penal de Apelaciones sostiene: **i)** El plazo razonable, entendido como el plazo necesario para concluir debidamente una investigación preparatoria, debe sustentarse en criterios objetivos; es más, para el otorgamiento de su prórroga, al órgano jurisdiccional le corresponde verificar la finalidad de la misma, y en forma concreta la actuación de diligencias orientadas a acopiar elementos de convicción que sustenten la tesis de imputación y de la defensa. **ii)** Para determinar la extensión del plazo de prórroga solicitada por el Ministerio Público, esta se debe efectuar atendiendo la finalidad que tiene la investigación preparatoria –inciso uno del artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal–, lo que debe ser contrastado con los supuestos de complejidad de la investigación que se regula en el inciso tres del artículo trescientos cuarenta y dos del mismo cuerpo legal, en tanto que la lógica del Código Procesal Penal para establecer un plazo mayor distinto a otros se da en función a la naturaleza del delito y sus formas de comisión, ya que esta situación generará complejidad para llevar a cabo las diligencias de investigación, generándose una mayor amplitud temporal para desarrollar esta actividad. **iii)** Estando a que los eventos delictivos materia de este proceso revisten gran complejidad, bajo una lógica de razonabilidad, este Colegiado ha determinado que el plazo de prórroga concedido por la Juez de Garantías es el adecuado, pues el mismo permitirá prever, organizar y realizar todos los actos de investigación de cargo y descargo que resulten estimables.

III. Del motivo casacional

QUINTO: De la revisión del cuaderno de casación se tiene: **i)** El trece de mayo de dos mil catorce se formalizó investigación preparatoria contra los recurrentes -disposición aclarada el veintidós de mayo del mismo año-, en esa fecha se encontraba vigente el texto original del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, que establecía en el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos que “Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria”. **ii)** El uno de julio de dos mil catorce entró en vigencia la Ley número treinta mil setenta y siete que establece: “Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria”. **iii)** El treinta de diciembre de dos mil catorce el representante del Ministerio Público, a mérito de la modificación de plazos de investigación preparatoria realizada por la Ley de criminalidad organizada, requiere la prórroga del plazo de investigación preparatoria por catorce meses, que se concede en parte el diecinueve de enero de dos mil quince, sobre la base que la ley procesal se aplica inmediatamente. **iv)** Al respecto, los recurrentes señalan que esta decisión es contraria al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que señala: “La Ley procesal penal es de aplicación inmediata (...), sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior (...) los plazos que hubieran empezado”.

SEXTO. En consecuencia, el análisis de esta controversia determinará el alcance interpretativo de la Ley número treinta mil setenta y siete, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, contra el crimen organizado con relación al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley primera.

SEPTIMO. El proceso es “un conjunto de actos sistemáticamente regulados por la ley procesal y que se cumplen en forma gradual, progresiva y concatenada, es decir, sucediéndose a través de diversos grados o etapas en función de un orden preclusivo y ligados de tal manera que cada uno es, en principio, consecuencia del anterior, y presupuesto del que sigue”. Los actos procesales han sido definidos teóricamente por muchos autores, y basta con adoptar la definición de cualquiera de ellos para captar su contenido. Como son los dos siguientes: **i)** Actos jurídicos de las partes y del órgano jurisdiccional (fundamentalmente), mediante los cuales el proceso se realiza, y que producen sus efectos principales, de modo directo e inmediato, en el proceso (Ortells Ramos). **ii)** Actividades, casi exclusivamente de las partes y del órgano jurisdiccional, reguladas en las leyes procesales, que tienen la finalidad de promover el inicio, desarrollo y terminación del proceso, convirtiéndose ellas mismas en proceso, a medida que se producen (Ramos Méndez)².

OCTAVO. El proceso como conjunto de actos que se desenvuelven en el tiempo, no escapa a las características de cada uno de sus componentes y así como cada acto procesal cuenta al tiempo entre sus elementos constitutivos básicos, el tiempo pasa a ser también componente fundamental del conjunto. El iter del proceso transcurre en el tiempo y se estructura en fases y grados que, por desarrollarse en el tiempo, tienen establecidos, normalmente, plazos a su duración. La ley procesal fija, por un lado, el tiempo en que cada acto (o etapa procesal compuesta por un subconjunto de actos) debe ser realizado para ser eficaz y, por el otro, pone contornos temporales a la prolongación de la actividad procesal e impide, salvo excepciones, la regresión del proceso³. En ese sentido, el proceso penal común que consta de tres fases o etapas: investigación preparatoria, intermedia y enjuiciamiento, establece criterios, reglas y plazos para las actuaciones.

NOVENO. El Plazo Encierra Un Periodo De Tiempo, Generalmente De Días, A Lo Largo Del Cual Se Puede Realizar Válidamente La Actuación Procesal Correspondiente⁴. En Este Caso El De Una Investigación Preparatoria Ordinaria o su prórroga de igual manera, condicionados a las siguientes causas: **i)** Que el fiscal pueda alcanzar los objetivos previstos en el inciso uno del artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal. **ii)** Que los derechos de los imputados –incluso de las partes procesales– no sean afectados irrazonablemente⁵.

DÉCIMO. La investigación preparatoria para cumplir su finalidad, requiere acopiar elementos de convicción de cargo y descargo que permita al Ministerio Público, actuando objetivamente, formular acusación o no, y al imputado preparar su defensa tal como se encuentra señalada en el inciso uno del artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal. Para ello, existen varios plazos ordinarios atendiendo a la naturaleza procesal de los hechos investigados –simples, complejos y de criminalidad organizada–; que de acuerdo a las características, complejidad y circunstancias puede prorrogarse.

DÉCIMO PRIMERO. Los plazos de investigación preparatoria y su prórroga se encuentran regulados en el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal -modificado por la tercera disposición complementaria de la Ley número treinta mil setenta y siete, puesta en vigencia el uno de julio de dos mil catorce–, que señala: “Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas

¹ LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado. Código Procesal Penal comentado. Quinta edición. Dominza. Costa Rica, noviembre de 2014, pág. 290.

² NEVA FENOLL, Jordi. Derecho Procesal I. Introducción. Marcial Pons. Madrid, 2014, pág. 273.

³ R. PASTOR, Daniel. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Konrad-Adenauer-Stiftung. Argentina, octubre, 2002, pág. 87.

⁴ LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Op. Cit. pág. 319.

⁵ PEÑA CABRERA-FREYRE, Alonso. Citado en SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Editorial INPECCP y CENALES, Lima, 2015, p. 365.

vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de investigación preparatoria. Antes de esta modificatoria, se establecía: "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria".

DÉCIMO SEGUNDO. Para fijar el plazo de investigación preparatoria se debe tomar en cuenta: i) Gravedad y clase o naturaleza del delito imputado. ii) Características del hecho objeto de investigación. iii) Dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento. iv) Actitud del fiscal y del encausado, esto es, diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado⁶; mientras que la prórroga del plazo de investigación preparatoria, tiene que ver con las dificultades de las investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. La prórroga requiere de una disposición fiscal⁷; es decir es un acto procesal. En ese sentido, la disposición fiscal con la que inicia el plazo de investigación constituye un acto procesal, y el requerimiento de prórroga del plazo de investigación, otro; pues, no es de aplicación automática ni de oficio, sino que necesita ser postulado por el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional.

DÉCIMO TERCERO. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en la Casación número dos-dos mil ocho-La Libertad, sexto fundamento, sobre el plazo de las diligencias preliminares, sosteniendo que forma parte de la investigación preparatoria, pero tienen un plazo distinto, debido a las finalidades que persiguen.

DÉCIMO CUARTO. Entonces queda establecido que la disposición fiscal que establece el plazo ordinario de la investigación, y el requerimiento de su prórroga, constituyen actos procesales distintos; el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha previsto que "toda persona tendrá derecho a ser juzgada por la autoridad competente dentro de un plazo razonable"; por su parte el inciso tres del artículo nueve y el inciso tres del artículo catorce del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que "toda persona tiene derecho a ser puesta a disposición de la autoridad judicial dentro del más breve término y que se dilucide su situación jurídica dentro del plazo razonable⁸". Asimismo, el inciso dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, y el inciso uno del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, concuerdan en reconocer el derecho del justiciable sometido a proceso penal, a que su situación se resuelva en tiempo razonable, pues están proscritas las causas que extienden indefinidamente la incertidumbre procesal y obvian plazos no regidos por la razonabilidad y proporcionalidad; por lo que corresponde analizar el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal y la aplicación inmediata de la ley procesal, en relación a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete.

DÉCIMO QUINTO. El fundamento sesenta y siete y sesenta y nueve, de la Sentencia del treinta de enero de dos mil catorce, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene: "[...] Respecto de la aplicación de normas que regulan el procedimiento, la Corte nota que existe en la región una tendencia a su aplicación inmediata (principio de tempus regit actum)⁹". Es decir que, la norma procesal se aplica al momento de entrada en vigencia de la misma, siendo la excepción, en algunos países, la aplicación del principio de favorabilidad de la norma procesal más beneficiosa para el procesado. [...] Por otro lado, la aplicación inmediata de normas que regulan el procedimiento no es contraria a los principios de legalidad e irretroactividad.

DÉCIMO SEXTO. El numeral uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece, "La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuaran rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya impuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado". De ello se desprende que, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento de resolver, ello producto de la aplicación del principio el tiempo rige el acto¹⁰.

DÉCIMO SÉPTIMO. El artículo ciento tres de la Constitución Política del Perú estipula que "[...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo [...]". Esta disposición asumió, como se sabe, la teoría de los "Hechos cumplidos", por lo que

cada una de las normas jurídicas ha de ser aplicada durante su período de vigencia, prohibiendo como regla general, la ultraactividad de la norma previa o la retroactividad de la norma subsiguiente, salvo la benigna. Siendo interpretada por el Tribunal Constitucional en el expediente número cero cinco mil setecientos ochenta y seis-dos mil siete-PHC/TC-JUNIN, "En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, cabe señalar que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo ciento tres de la Constitución, es la aplicación inmediata".

DÉCIMO OCTAVO. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el cuarto fundamento del Auto de Calificación de Casación número ciento cuarenta y dos-dos mil quince/Lima, sobre el recurso de casación interpuesto contra el auto de vista que confirmó la resolución número dos, en el extremo que prorrogó el plazo de investigación preparatoria seguida contra Martín Antonio Belaunde Lossio y otros, por el delito de asociación ilícita y otros, en agravio del Estado; resolvió que: "El tema propuesto por el recurrente -sobre el principio de ultraactividad favorable de la ley procesal, como excepción del principio de tempus regit actum-, tiene como sustento su disconformidad con la decisión del Tribunal Superior, de confirmar la prórroga del plazo de investigación preparatoria que se le sigue, pues en virtud a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete, se dispuso la prolongación de la misma por treinta y seis meses. Al respecto considera que debe aplicarse el principio de ultraactividad favorable de la norma procesal penal, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, es de señalarse que el tema propuesto no reviste especial interés casacional que amerite efectuar pronunciamiento a este Supremo Tribunal, no sólo porque la aplicación del principio de ultraactividad benigna está taxativamente regulada en el artículo ocho del Código Penal, sino además, porque está establecido que la aplicación favorable al reo sólo está vinculada a la norma penal y no procesal, siendo esta última de aplicación inmediata a su vigencia".

DÉCIMO NOVENO. El problema de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo se presenta en los procesos en curso que se instauraron con una ley y entra en vigor una nueva. El criterio rector que asume el inciso uno del artículo siete del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en materia de derecho transitorio, es la aplicación inmediata de la nueva ley al proceso en trámite. En consecuencia, las actuaciones procesales sucesivas o futuras, luego de entrar en vigor la nueva ley procesal, se rigen por esta última¹¹, pues está prohibida la aplicación retroactiva de las normas no solo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento que estos se producen¹².

VIGÉSIMO. En consecuencia, la invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a las modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal. La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal, por lo que no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, por que cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mil setenta y siete, primero de julio de dos mil catorce, por lo que, debe ser aplicada.

⁶ STC N° 7624-2005-PHC/TC del veintisiete de julio de 2006. Caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez.

⁷ Op. Cit. SAN MARTÍN CASTRO, César. p. 364.

⁸ STC N° 03987-2010-HC/TC del 02 de diciembre de 2010. Caso Alfredo Alexander Sánchez Miranda y otros, fundamento 19.

⁹ En este sentido, y de manera genérica, en Estados como México, Brasil, Costa Rica, Perú y Estados Unidos de América se aplica, por regla general, las normas que regulan el procedimiento de manera inmediata.

¹⁰ CÁCERES JULCA, Roberto E. Comentarios al título preliminar del Código Procesal Penal. Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 710.

¹¹ Op. Cit. SAN MARTÍN CASTRO, César. p. 26

¹² TORRES VÁSQUEZ, Anibal. "Aplicación de la ley en el tiempo", en: GUTIÉRREZ, Walter (Dir). La Constitución comentada. Tomo II. Segunda Edición. Gaceta Jurídica. Lima, enero 2013, p. 690.

VIGÉSIMO PRIMERO. Ese mismo criterio ha manifestado el Tribunal Constitucional en la sentencia número mil setecientos setenta y cinco-dos mil once-PHC/TC-Lima, fundamento séptimo, respecto a la demanda de hábeas corpus interpuesta por Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, sobre la adecuación de su proceso sumario penal por el delito de asociación ilícita que establece el plazo mayor de detención de nueve meses y su duplica por igual plazo, a la vía ordinaria cuyo plazo de detención es dieciocho meses así como su duplica -como es establecida por Ley número veintinueve mil trescientos treinta y seis, del veintiocho de marzo de dos mil nueve-, aplicando el nuevo plazo de dieciocho meses y su duplicidad, superior al que inició (sumario-nueve meses), señalando: "Respecto al cuestionamiento de una ley retroactiva que no lo favorece, este Colegiado debe aclarar que la Ley número veintinueve mil trescientos treinta y seis es una ley de carácter procesal, por lo que debe ser aplicada de manera inmediata conforme se expresa en el artículo dos de su mismo texto, a fin de que adecuen la tramitación de los procesos penales". Manteniendo su línea jurisprudencial como es de verse en el fundamento décimo tercero al décimo sexto de la sentencia número mil trescientos-dos mil dos-HC/TC-Lima, hábeas corpus interpuesto por Hugo Eyzaguirre Maguina, sostuvo: "[...] en nuestro ordenamiento procesal penal son aplicables a los plazos iniciados las normas que se encuentren vigentes. La Ley número veintisiete mil quinientos cincuenta y tres, que modifica el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal (libertad por exceso de detención), establece que se aplicará a todos los procesos en trámite, ello significa que podrá regular casos en los que la detención ha sido ordenada cuando la antigua regulación de este artículo estaba vigente. (...) Asimismo, en caso de que a la entrada en vigencia de la Ley número veintisiete mil quinientos cincuenta y tres el plazo de detención aún no haya vencido, será de aplicación el nuevo plazo máximo".

VIGÉSIMO SEGUNDO. Finalmente, respecto a la determinación del plazo de prórroga de investigación preparatoria requerido por el Fiscal, el Tribunal Constitucional en sendas sentencias, como son: La sentencia número dos mil setecientos cuarenta y ocho-dos mil diez-PHC/TC, fundamento tercero, sostiene que: "El artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las que destacan la facultad de conducir o dirigir desde su inicio la investigación de delito, así como la de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. Si bien se trata de facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, sin embargo, no pueden ser ejercidas, de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, antes bien, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, tales facultades deben ser ejercidas en estricta observancia y pleno respeto de los mismos". Mientras que, en la sentencia del expediente número cinco mil doscientos veintiocho-dos mil seis -PHC/TC, Gleiser Katz, en los fundamentos décimo quinto y décimo sexto, ha precisado con carácter de doctrina jurisprudencial que para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: Uno subjetivo que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal, y otro objetivo que está referido a la naturaleza de los hechos objeto de investigación. Dentro del criterio subjetivo, [...] En cuanto a la actividad del fiscal, los criterios a considerar son la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Si bien se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, ésta es una presunción iuris tantum, en la medida que ella puede ser desvirtuada.

VIGÉSIMO TERCERO. En consecuencia, el requerimiento de la prórroga del plazo de investigación preparatoria, debe realizarse bajo un control judicial en audiencia donde ejerzan contradicción los defensores de los imputados, de su fundamentación fáctica y jurídica y de las actuaciones del Ministerio Público, que debe ser conforme a lo establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional indicadas en el considerando vigésimo segundo, rubro II Fundamentos de Derecho, sustentado en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones, como es el plazo razonable.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, por mayoría:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación.

II. **ESTABLECIERON** de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial el décimo segundo, vigésimo y vigésimo tercer considerandos, del rubro II Fundamentos de Derecho.

III. **MANDARON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. **DISPUSIERON** se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

V. **ORDENARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

VI. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por encontrarse inhibido el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

SS.

VILLA STEIN

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO JAVIER VILLA STEIN, es el siguiente:

Al tratarse de una prórroga del plazo de investigación preparatoria y no de prisión preventiva, no se restringe este último derecho.

S.

VILLA STEIN

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE:

I.- ITINERARIO DEL PROCESO.

1.1. Por resolución del diecinueve de enero de dos mil quince -fojas dos- declaró fundado en parte el requerimiento del representante del Ministerio Público, prorrogándose el plazo de la investigación preparatoria por 11 meses en el proceso seguido contra Gregorio Santos y otros, por la presunta comisión de delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita y otros, en agravio del Estado.

1.2. Dicha resolución fue impugnada por los investigados Gregorio Santos Guerrero, Leyder Calva Guerrero, Juan Ricardo Coronado Fustamante, representantes de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y la Fiscalía Supraprovincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios respectivamente; emitiéndose el auto de vista del primero el abril de dos mil quince -fojas trescientos dieciocho- que confirmó la resolución del diecinueve de enero de dos mil quince [descrita precedentemente].

1.3. Contra la citada resolución, los procesados Santos Guerrero y Calva Guerrero interpusieron recursos de casación, y si bien no invocaron ninguna de las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sin embargo, argumentan su pretensión en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado texto procesal, que regula la casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, arguyendo que: **i)** La resolución cuestionada desconoce que la investigación preparatoria tiene que ajustarse a los principios del plazo razonable y proscripción de dilaciones indebidas; **ii)** El Colegiado hace referencia a la regla que estatuye el vigor de la ley procesal, pero interpretó indebidamente las excepciones a esta regla, como es la referida a los plazos que ya empezaron a correr y la aplicación ultractiva de la ley vigente en el momento inicial; **iii)** La prolongación es insita al plazo ordinario, pues no existiría sin este; de ahí que iniciado este plazo ordinario también se comprende la eventual prolongación, por ello tratándose de plazos que han empezado a correr los nuevos extremos temporales no son aplicables, salvo que resulten más favorable al procesado; **iv)** Se debe respetar el plazo ordinario de ocho meses y el plazo de prolongación de ocho meses más, previa autorización judicial; **v)** La Corte Suprema como desarrollo de la doctrina jurisprudencial debe pronunciarse interpretando la aplicación temporal de la Ley procesal y de las excepciones al respecto, diferenciando con nitidez cuándo un plazo empezó a transcurrir y por qué ello impide modificaciones posteriores de los cánones procesales, descartándose la regencia ultractiva de la ley anterior.

1.4. Mediante resolución del veintinueve de abril de dos mil quince -fojas trescientos cuarenta y cinco- la Sala Penal de Apelaciones concedió el recurso de casación interpuesto

por la defensa técnica de los recurrentes Santos Guerrero y Calva Guerrero, disponiendo que se eleven los actuados a esta Suprema Sala. Mediante Ejecutoria Suprema del dos de octubre de dos mil quince -fojas treinta y nueve del cuaderno de casación- este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por los referidos recurrentes, quienes invocaron casación excepcional establecida en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, señalando que es necesario el desarrollo jurisprudencial respecto a *cuál es la aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal respecto a los plazos de la investigación preparatoria en casos complejos formalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y siete*.

1.5. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el veintinueve de marzo de dos mil dieciséis a las ocho horas y treinta minutos de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

2.1. RESPECTO AL ÁMBITO DE LA CASACIÓN.

2.1.1. Se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la creación de la doctrina legal en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas: (a) la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de Instancia, asegurando el indispensable sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofílica); y, (b) la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección.

2.2. CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

2.2.1. El nuevo Código Procesal Penal del 2004 se adscribe a un sistema acusatorio contradictorio, teniendo no solo como características fundamentales las separaciones de funciones procesales, sino también el respeto de los derechos fundamentales que se debe manifestar en todo el transcurso del proceso penal, pues al estar constitucionalizado todo el ordenamiento procesal, se llega a la lógica consecuencia que debe estar orientado a la Constitución, por ello toda interpretación que verse sobre el derecho procesal penal debe estar orientado a éste.

2.2.2. Esta posición encuentra fundamento en las sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen la labor protectora de derechos fundamentales de la interpretación y el Código Procesal Constitucional cuando establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las sentencias emitidas por el dicho órgano autónomo¹; es decir, el intérprete debe aplicar todos los métodos de interpretación cuando trabaje con las normas del nuevo Código Procesal Penal, y asignarle todos los significados que obtenga, confrontar esos con los preceptos o principios constitucionales contenidos en el Título Preliminar y elegir entre estos significados, aquél que guarde mayor conformidad con los principios constitucionales; entonces la interpretación literal no es suficiente para resolver los problemas que pueda traer consigo el nuevo texto procesal².

2.2.3 TÍTULO PRELIMINAR DEL NCPP

2.2.3.1. El nuevo proceso penal está inspirado en principios [máximas que configuran las características esenciales de un proceso, además son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y a la falta de éstas normas, éstos pueden resolver directamente los conflictos] contenidos en su Título Preliminar³, que por su carácter general y abstracto son considerados de orden constitucional, los mismos que están orientados en el proceso penal en el marco de una política global de Estado Constitucional de Derecho.

2.2.3.2. Uno de esos principios que están contenidos en el Título Preliminar del Código Procesal del 2004 es sobre la norma procesal más favorable al procesado, contenido en el artículo VII del Título Preliminar del citado Código Procesal, que establece:

1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la

actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y **los plazos que hubieran empezado**.

2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezcan sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

2.2.3.3. La referida norma se debe interpretar literalmente, ya que indica en qué casos no debe regir el principio de *tempus regis actum* [la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto] a fin de garantizar los derechos y garantías fundamentales del procesado. Ello no solo está previsto en la referida norma procesal, sino también en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, que se refiere al aspecto puramente procesal, el cual garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos, al prohibir que ésta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, sometida a procedimiento distinto o juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones especiales, y en el inciso 11 del referido artículo constitucional que señala la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales [esta institución fue denominada por el Tribunal Constitucional principio de legalidad procesal⁴].

2.2.3.4. En atención a ello, la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), Comité de Derechos Humanos, Caso David Michael Nicholas vs. Australia, Comunicado N° 1080/2002 indicó que "La introducción de cambios en las normas sobre procedimiento y prueba después de haber cometido un acto criminal puede, en ciertas circunstancias, ser pertinente para la determinación de la aplicabilidad del artículo 15, especialmente si tales cambios afectan la naturaleza de un hecho punible".

2.2.3.5. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Caso Khodorkovsky vs. Rusia, Sentencias números 11082/06 y 13772/05] señaló que "El principio de legalidad no establece ningún requisito respecto al procedimiento a seguir para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos. Así, por ejemplo, la ausencia de una norma previa para el enjuiciamiento de un ilícito penal puede analizarse desde el punto de vista del derecho al debido proceso garantizado por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no afecta en sí el principio de legalidad penal. Por otro lado, la aplicación inmediata de normas que regulan el procedimiento (*tempus regit actum*) no es contraria a los principios de legalidad e irretroactividad; no obstante, el Tribunal Europeo determina en cada caso la disposición legislativa en cuestión, independientemente de su denominación formal, pues contiene reglas estrictamente procesales o de derecho penal material, que afectan el tipo delictivo o la severidad de la pena".

2.2.3.6. Además, cabe señalar que si bien existe una tendencia en el sistema europeo-continental respecto a la aplicación de las normas que regulan el procedimiento, siendo ésta al momento de la entrada en vigencia de la misma; sin embargo, existe la excepcionalidad, en algunos

¹ La Sentencia N° 5854-2005-PA/TC, en su fundamento jurídico 3, señaló que "El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto".

² NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO. Manual del Nuevo Proceso Pena y Litigación Oral. Idemsa, Lima, 2010, pg. 115.

³ El artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que "Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación".

⁴ Véase Sentencia número 8957-2006 PA/TC, fundamento jurídico 14.

países⁵, como es el caso de Perú, donde se aplica el principio de favorabilidad de la norma procesal más beneficiosa para el procesado.

2.2.3.7. En tal sentido, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, si bien señala que la norma procesal penal se rige bajo el principio *Tempus regit actum*; sin embargo, éste tiene sus excepciones, las mismas que fueron recogidas por el legislador a fin de garantizar los derechos y libertades del procesado, advirtiéndose que la ley más favorable al procesado no solo rige en materia sustantiva, sino también en la norma adjetiva dentro de un proceso garantista dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

3.1. En el presente caso, de la revisión de los actuados se tiene que el 13 de mayo de dos mil catorce se formalizó la investigación preparatoria contra los recurrentes Santos Guerrero y Calva Guerrero, en cuya fecha estaba vigente el texto original del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo número 957, que establecía en el inciso dos del artículo 42° que "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria".

3.2. Siendo que antes de la culminación de dicho plazo, el fiscal, mediante la Disposición del 29 de diciembre de 2014 -fojas dos-, requirió por el plazo de 14 meses la prórroga del plazo de la investigación preparatoria, emitiéndose la resolución del 19 de enero de 2015 -fojas ciento veintidós-, que declaró fundado en parte el requerimiento del Ministerio Público, prorrogándose el plazo de 11 meses la investigación preparatoria, al considerar que se trata de un proceso complejo y que si bien la formalización de la investigación preparatoria se inició el 13 de mayo de 2014, y con fecha 1 de julio de 2014 entró en vigencia la Ley contra el Crimen Organizado que modificó el artículo 342.2 del Código Procesal Penal indicando que "Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de 36 meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria"; en mérito a ello, considero que se debe aplicar las normas procesales vigentes al momento de presentarse el acto procesal, siendo ésta la solicitud de prórroga de la investigación preparatoria, por tanto corresponde aplicar el nuevo plazo establecido en la Ley N° 30077, esto es, de 36 meses.

3.3. Dicha decisión fueron apeladas por los recurrentes, emitiéndose el auto de vista del primero de abril del 2015 -fojas trescientos dieciocho-, que confirmó la resolución de primera instancia, con los mismos fundamentos.

3.4. En efecto, este Tribunal Supremo considera que si bien la Ley número 30077 entró en vigencia el 1 de julio del 2014, que modificó el plazo de la investigación preparatoria a 36 meses en las investigaciones de delitos perpetrados por imputados integrantes a organizaciones criminales; sin embargo, dicho plazo no puede ser tomando en cuenta en el caso *sub examine*, toda vez que la misma norma procesal en el artículo VII del Título Preliminar señala que si bien rige el principio *Tempus regit actum*, no obstante éste tiene sus excepciones al indicar, entre otras, que se regirán con la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado, siendo este último aplicado en el caso concreto, ya que el inicio de la investigación preparatoria se dio el 13 de mayo de 2014 transcurriendo el plazo del mismo para su culminación que es de 8 meses, pues la referida etapa procesal tiene como una de sus características esenciales que está sujeta a control judicial y a plazos dentro de un nuevo proceso penal garantista que protege no solo las garantías constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva que tiene el justiciable, sino también el respeto de sus derechos fundamentales; tanto más si el nuevo plazo previsto en la citada Ley no le es favorable. Por el contrario, el Juez de Investigación Preparatoria, que es un juez garantista, cuya función es controlar la investigación, atender a la afectación de un derecho fundamental y prestar tutela cuando lo requieren, no tuvo en cuenta que dicha decisión vulneró la garantía al debido proceso que le asiste a los recurrentes, puesto que el plazo establecido en la acotada Ley no le son favorables.

3.5. Aunado a ello, cabe precisar que la Ley número 30077, en su segunda disposición complementaria, establece en relación a su aplicación a investigaciones y procesos en trámites que:

"Para las investigaciones y procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley seguidos contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se respetan las siguientes reglas:

1. En los casos que se encuentren a cargo del Ministerio Público, en la etapa de investigación preliminar y pendientes de calificación, es de aplicación inmediata la presente Ley bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo número 957.

2. En los casos seguidos bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales, en la que el fiscal haya formalizado la denuncia penal pero el Juez aún no la haya calificado, se procede a la devolución de los actuados al Ministerio Público a fin de que se adecuen a las reglas del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo número 957.

3. Los procesos penales ya instaurados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, ya sea bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957, sigan su trámite regular, bajos esas mismas reglas según corresponda, hasta su culminación.

3.6. En tal sentido, el caso *sub judice* se rige bajo las normas ya establecidas en el nuevo Código Procesal Penal, puesto que no se encuentra en diligencias preliminares, sino en la etapa de investigación preparatoria, es decir, ya se inició el proceso penal instaurado contra los recurrentes, el mismo que debe regirse bajo las normas que estaban vigentes al momento de que el representante del Ministerio Público, formalizó la investigación preparatoria, que fue el 13 de mayo de 2014, por lo que el plazo de la misma es de 8 meses en caso de procesos complejos, prorrogable por 8 meses, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 342° de la norma adjetiva; tanto más si la acotada Ley se refiere al principio de favorabilidad que deben regir en determinados procesos, como el de este.

3.7. En ese sentido, el presente recurso se debe declarar fundado, en consecuencia tanto el auto de vista como el de primera instancia deben declararse nulo, a fin de que otro Colegiado emita un nuevo pronunciamiento conforme a Derecho, respetando los derechos y garantías fundamentales que le asiste a todo justiciable, conforme a lo previsto en el inciso 1 del artículo 433° del Código Procesal Penal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: **MI VOTO** es que se declare:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados Gregorio Santos Guerrero y Leider Calva Guerrero.

II. CASARON CON REENVÍO, en consecuencia: **III. NULA** las resoluciones de primera y segunda instancia del diecinueve de enero de dos mil quince y del primero de abril de dos mil quince -fojas ciento veintidós y trescientos dieciocho, respectivamente- que declararon fundado en parte el requerimiento del representante del Ministerio Público respecto a la prórroga del plazo de investigación preparatoria en el proceso seguido contra los citados recurrentes por la presunta comisión del delito contra la tranquilidad pública, asociación ilícita para delinquir y otros, en agravio del Estado.

IV) DISPUSIERON que otro Juez de Investigación Preparatoria emita un nuevo pronunciamiento conforme a Derecho sobre la prórroga del plazo de investigación preparatoria, dentro del límite establecido.

V) ESTABLECIERON como desarrollo jurisprudencial los fundamentos jurídicos 3.4, 3.5 y 3.6 de la presente Sentencia Casatoria.

VI) ORDENARON que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

S.

PARIONA PASTRANA

⁵ Por ejemplo en Colombia, Argentina, Chile y Uruguay rige la aplicación inmediata de la norma procesal penal con la excepción de la aplicación de la norma más benigna sea referente a la norma sustantiva o la norma procesal. En particular, en Colombia la regla general es la aplicación inmediata de la norma adjetiva, con excepción de los actos procesales que ya se cumplieron de conformidad con la ley anterior. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia N°371-11 reiteró su jurisprudencia constante en esta materia y concluyó que "el principio de favorabilidad" constituye una excepción a la regla general, según la cual las leyes rigen hacia el futuro, el contexto propio para su aplicación es la sucesión de leyes, y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia. Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-619/01 del 14 de junio de 2001; Sentencia C-371-2011 del 11 de mayo de 2011. Con respecto a Argentina, ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Fundación Empeñar vs. D.G.I., Sentencia del 5 de marzo del 2013. Con relación a Chile, ver el artículo 11° del Código Procesal Penal del 12 de diciembre de 2002, y el artículo 24° de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes; de igual manera Cfr. Corte Suprema de Chile, Segunda Sala Penal, causa número 1777/2005. Resolución número 28233 del 2 de noviembre del 2006. Con respecto a Uruguay ver el artículo 12° del Código General del Proceso, Ley 15, 982 y las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, Sentencia del 6 de diciembre de 2000, número 517/2000, recurso de casación.

 **El Peruano** 190^{AÑOS}
1825-2015. LA HISTORIA PARA CONTAR | **DIARIO OFICIAL**

La información más útil la
encuentras de lunes a domingo
en tu diario oficial



No te pierdas los mejores
suplementos especializados.

Av. Alfonso Ugarte 873 - Lima1
Central Telf.: 315-0400 anexos 2175, 2204

**UNIDAD III: PLAZO RAZONABLE Y CESACIÓN DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA.**

2) Casación N° 391-2011-Piura

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 391-2011
PIURA**

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de junio de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Superior de Apelaciones del distrito judicial de Piura (folio dieciocho); con los recaudos adjuntos. Interviene en la decisión como ponente el señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La resolución de vista de siete de octubre de dos mil once, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura (folio catorce), que **declaró procedente el pedido de cesación de prisión preventiva**, solicitado por la defensa técnica de don Dennys Omar Gonzáles Yarlequé, en la causa que se le sigue por el delito contra el patrimonio -robo agravado- en perjuicio de don Elar Manuel Gonzáles More y, señaló determinadas reglas de conducta.

2. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO:

Según el auto de dos de marzo de dos mil doce (folio ocho del cuadernillo formado en esta suprema instancia) se declaró bien concedido el recurso en mención, por las causas previstas en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, habiéndose formulado las siguientes propuestas:

i) Que el Juez resuelva conforme a lo alegado en la audiencia, en base a los principios de oralidad, contradicción, igualdad procesal y legalidad establecidas en el Código Procesal Penal; y,

ii) Se determine a través de la doctrina jurisprudencial, que el juzgador sólo debe pronunciarse respecto al cese de prisión preventiva que establece el artículo doscientos ochenta y tres del Código Procesal Penal, requisito para que proceda dicho instituto (nuevos elementos de sonvicción) y no amparado en el supuesto que no contempla la norma

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 391-2011
PIURA**

procesal aplicable al caso -con especial referencia al aspecto de la segunda instancia-.

3. ITER PROCESAL:

3.1 Del Itinerario de la causa en primera instancia

El treinta de septiembre de dos mil once, se llevó a cabo la audiencia de cesación de prisión preventiva, a instancia de la defensa técnica de don Dennys Omar Gonzáles Yarlequé, emitiéndose la resolución número dos, que declaró infundado dicho pedido -véase el acta de los folios siete y ocho del cuadernillo denominado de medida de coerción-. En aquella oportunidad el letrado interpuso recurso de apelación.

3.2 Del Itinerario de la causa en segunda instancia

El siete de octubre de dos mil once, se realizó la audiencia de vista de la causa sobre el pedido de cesación de prisión preventiva declarado infundado, ocasión en el que el Tribunal Superior, mediante la resolución número cinco, declaró procedente aquel pedido y ordenó la libertad del encausado -véase el acta del folio trece del cuadernillo denominado de medida de coerción-. El veintiuno de octubre de dos mil once la Fiscalía formuló recurso de casación, el cual fue concedido mediante la resolución número diez de veintiséis de octubre de dos mil once (folio treinta y siete).

3.3 Del Itinerario del recurso de casación

El recurso de casación fue declarado bien concedido, por la Sala Suprema mediante el auto de dos marzo de dos mil doce; luego, con decreto de veintisiete de mayo de dos mil trece (folio dieciséis del cuadernillo formado en esta instancia) se fijó fecha de vista para audiencia de casación.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 391-2011
PIURA

treinta y uno, apartado cuatro, con el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro del Código acotado, habiéndose señalado fecha para lectura de sentencia, el nueve de julio de dos mil trece a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.-

1.1 El inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal señala que excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

1.2 El **inciso uno** -inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, que define la aplicación de los principios de oralidad, imparcialidad e igualdad procesal contenidos en el artículo I de Título Preliminar del Código Procesal Penal- y el **inciso tres** -indebida aplicación y errónea interpretación de la normas procesales, por cuanto el Colegiado Superior emitió una resolución de vista con inobservancia de las normas legales de carácter procesal- del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

1.3 El artículo doscientos ochenta y tres del citado Código establece que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente; y que procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 391-2011
PIURA

del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.

1.4 El inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal en cuanto establece que si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurrido, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso. La sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes.

1.5 El inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y siete del Código anotado indica que los representantes del Ministerio Público están exonerados del pago de costas.

SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CASO SUB MATERIA.-

2.1 El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efecto de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

2.2 El Código Procesal Penal faculta al encausado a pedir la cesación de la prisión preventiva dictada en su contra, y la sustitución de esta medida por una de comparecencia, las veces que considere pertinente; una vez llevada a cabo la audiencia, y escuchados los asistentes, se resolverá el pedido la cesación de prisión preventiva.

2.3 Del texto de la norma procesal se desprende que como requisito primordial de procedencia deben existir nuevos elementos de convicción.

2.4 El abogado cuestiona y presenta como nuevos elementos de convicción, que un testigo dijo que dos personas descendieron del vehículo en dirección contraria donde se encontró a su defendido, y que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 391-2011

PIURA

en la investigación se advierte que ha negado su participación en los hechos y que se está cuestionando la incautación del arma que se le encontró, e incluso ha denunciado a miembros de la policía por abuso de autoridad puesto que lo golpearon al momento de la intervención, con todo ello pretende acreditar que la policía lo aprehendió arbitrariamente.

2.5 La Sala Superior (según se aprecia del registro del audio) indicó que la cesación de prisión preventiva está vinculada a los artículos doscientos sesenta y ocho, doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal, es decir, que sus presupuestos ya no se configuran; adiciona que dicho instituto se funda en el principio de variabilidad (*rebus sic stantibus*); que el peligro de fuga no se materializó (artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal), que aunque no fue invocado, por el principio de *iura novit curiae*, debe aplicarse, puesto que tiene actividad conocida y domicilio; y por tanto, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y tres del aludido Código declararon fundado el pedido de cesación.

2.6 El artículo doscientos ochenta y tres del Código Procesal establece los alcances de la cesación de la prisión preventiva cuando concurren nuevos elementos de convicción, la cual procede cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia.

2.7 Del texto se desprende que la cesación implica la variación de la situación jurídica existente al momento en que se impuso la prisión preventiva conforme los requisitos del artículo doscientos sesenta y ocho del Código acotado.

2.8 La cesación no implica una reevaluación de los elementos propuestos por las partes al momento en que el Ministerio Público solicitó inicialmente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 391-2011
PIURA

la prisión preventiva y se concedió por el Juzgado de Investigación Preparatoria. Dicha reevaluación se configurará al momento de la impugnación de la prisión preventiva.

2.9 La cesación de la prisión preventiva requiere una nueva evaluación 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 si no 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.

2.10 La Sala fundó la decisión revocatoria en una estimación de peligro procesal, en aplicación del principio de *iura novit curiae*, dado que el recurrente cuestionó los elementos de convicción.

DECISIÓN:

Por ello, impartiendo justicia a nombre del Pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia,

ACORDARON:

I. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación concedido por la causa referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, concordada con los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, interpuesto por la Fiscalía Penal Superior de Piura.

II. Declarar **NULA** la resolución de vista de siete de octubre de dos mil once, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura (folio trece y catorce), que **declaró procedente el pedido de cesación de prisión preventiva**, solicitada por la defensa técnica de don Dennys Omar Gonzáles Yarlequé, en la causa

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 391-2011
PIURA**

que se le sigue por el delito contra el patrimonio -robo agravado- en perjuicio de don Elar Manuel Gonzáles More y, señaló determinadas reglas de conducta.

III. DISPONER que otra Sala Penal Superior expida nueva resolución absolviendo el grado.

IV. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL el apartado 2.9 de la parte considerativa.

V. ORDENAR que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y con posterioridad se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso, a las no recurrentes.

VI. MANDAR que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal Superior de Origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Rozas Escalante por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

ROZAS ESCALANTE

JS/sd

17 OCT 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

**UNIDAD III: PLAZO RAZONABLE Y CESACIÓN DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA.**

3) Exp. N°2009-PHC/TC Huánuco.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Javier Trujillo Zúñiga contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de fojas 93, su fecha 2 de setiembre de 2009, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de julio de 2009 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, solicitando que se disponga su inmediata libertad. Con tal propósito denuncia que se encuentra detenido desde hace 5 meses, sin que se impulse ningún acto procesal en la instrucción que se le sigue por el delito de tráfico ilícito de drogas.

Afirma que en el proceso penal en el que viene siendo instruido se le concedió la variación del mandato de detención, la que sin embargo fue revocada en apelación por la Sala Superior, disponiéndose su ubicación y captura, aprehensión que se concretó el día 25 de febrero de 2009. Señala que una vez puesto a disposición de la Sala Superior emplazada se le informó que el expediente penal se había extraviado, y que han transcurrido 5 meses sin que se impulse ningún acto procesal ni se esclarezca su situación jurídica, situación que no resulta razonable ni proporcionada y lo que lo coloca en un estado de incertidumbre. Agrega que en salvaguarda de su derecho a la libertad formuló un nuevo pedido de variación del mandato de detención por el de comparencia que no ha sido resuelto a la fecha de la presente demanda.

Realizada la investigación sumaria, el demandante ratifica los términos de la demanda y precisa que ha sido notificado con la resolución de recomposición del expediente extraviado. De otro lado, los vocales Florencio Rivera Cervantes y Leoncio Enrique Vásquez Solís señalan que mediante Resolución de fecha 26 de

mayo de 2009 se ordenó la recomposición del expediente N.º 2000-00214-25, por lo que se realizaron diversas diligencias y actos procesales destinados a ello.

El Tercer Juzgado Penal de Huánuco declaró infundada la demanda, por considerar que el órgano jurisdiccional demandado no ha estado inactivo y tampoco ha vencido el plazo de detención.

La Sala Superior revisora confirmó la resolución apelada por su mismo fundamento, agregando que la situación de recomposición del expediente no convierte en irregular la privación de la libertad del actor.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se disponga la inmediata excarcelación del recurrente alegándose con tal propósito que la detención provisional que sufre no resulta razonable y proporcionada, ya que, a la fecha de interposición de la demanda, ha transcurrido 5 meses desde que fue capturado en mérito al pedido judicial de requisitoria dictado en su contra, y *no se ha impulsado ningún acto procesal en la instrucción que se le sigue* por el delito de tráfico ilícito de drogas (Expediente N.º 2000-00214-25).

De la razonabilidad de la duración de la detención provisional

2. El derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto; el artículo 2º, inciso 24), ordinales "a" y "b", establece que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. A tal efecto, los límites que puede imponérsele puede responder a condicionamientos de carácter intrínsecos o extrínsecos; los primeros se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión, mientras que los segundos, esencialmente, provienen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar bienes, valores o derechos constitucionales.
3. En cuanto a la detención judicial, este Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que se trata de una medida provisional que, como última *ratio*, limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional, ya que no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado. El mandato de detención provisional es una medida por la que puede optar un juez para asegurar la presencia del inculpado en el proceso y el éxito del proceso penal, pues se encuentra legalmente justificada cuando existen motivos razonables y proporcionales para su dictado. Por ello es que este Colegiado viene subrayando que la detención judicial no debe exceder de un plazo razonable que coadyuve al pleno respeto

de los principios de proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad, provisionalidad, excepcionalidad y razonabilidad, principios dentro de los que se ha de considerar la aplicación de esta excepcional medida coercitiva de la libertad para ser reconocida como constitucional [Cfr. STC N.º 2915-2004-HC/TC].

4. En cuanto al procedimiento que concierne al proceso penal sub materia, el artículo 137º del Código Procesal Penal establece que la duración de la detención provisional para los procesos ordinarios es de 18 meses, y que “[t]ratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado, debiendo el Juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales”. Al respecto, en la sentencia recaída en el caso *James Ben Okoli y otro* (Expediente N.º 0330-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que vencido el plazo límite de detención sin haberse dictado sentencia en primer grado, la dúplica procede de manera automática, y que su prolongación hasta por un plazo igual al límite se acordará mediante auto debidamente motivado.
5. En el presente caso, el demandante solicita su inmediata excarcelación arguyendo que, desde la fecha en la que fue capturado, ha transcurrido 5 meses *sin que se haya impulsado ningún acto procesal en la instrucción que se le sigue por el delito de tráfico ilícito de drogas*, pues se le informó que el expediente se había extraviado. Al respecto, de los autos se tiene que la Sala Superior emplazada, mediante Resolución de fecha 15 de junio de 2009 (fojas 259 del Cuaderno acompañado), dispuso recomponer el expediente penal en el que viene siendo instruido el actor, tramitación por la que su situación procesal se viene regularizando, advirtiéndose por lo demás que se encuentra pendiente de pronunciamiento en primera instancia la solicitud de variación de la medida detención por la de comparencia restringida postulada por la defensa del recurrente con fecha 5 de junio de 2009.
6. Por otro lado, se aprecia del cuaderno acompañado que el recurrente fue intervenido y detenido a nivel policial el día 29 de setiembre de 1999, abriéndose instrucción en su contra con mandato de detención mediante Resolución de fecha 14 de octubre de 1999 (Expediente N.º1234-99). Se advierte también que se varió y la detención por la medida de comparencia restringida y se ordenó la inmediata libertad del actor mediante resolución de fecha 23 de diciembre de 1999; sin embargo, en grado de apelación la Sala Superior mediante Resolución de fecha 21 de marzo de 2000 (fojas 210 del cuaderno acompañado), revocó la medida de comparencia con restricciones e

impuso mandato de detención en su contra, generándose las correspondientes órdenes de requisitoria y captura, la que se concretó el día 21 de febrero de 2009, fecha en la que fue intervenido y detenido. En su declaración el recurrente manifestó, ante la Oficina de Investigaciones de la Comisaría de Virú – La Libertad, que “sí tenía conocimiento” de la orden de captura proveniente de la instrucción penal N.º 001234-99, en la que se le instruye por el delito de tráfico ilícito de drogas que está “tratando de solucionar su problema en el Poder Judicial” (fojas 8 del cuaderno acompañado).

7. En este contexto se tiene que: *i*) la detención provisional efectiva que viene cumpliendo el actor no ha desbordado el plazo máximo legalmente establecido que en el caso del delito por el que se le instruye de no ser prolongado a su vencimiento cabe su duplica automática hasta 36 meses de detención provisoria; *ii*) la Sala Superior emplazada si ha desarrollando actos procesales tendientes a la recomposición del expediente penal cuya copias se adjuntan al presente hábeas corpus y son materia del presente pronunciamiento constitucional; *iii*) si bien se encuentra acreditada la irregularidad en la tramitación del expediente penal del demandante (su pérdida y posterior reconstrucción), aquella no implica la libertad procesal *ni* comporta a su excarcelación por una pretendida inconstitucionalidad de la reclusión provisoria que viene cumpliendo; y *iv*) aun cuando la demora en la continuación del proceso penal (debido al extravió del expediente principal, su posterior recomposición y considerándose sustancialmente el hecho que el demandante se haya sustraído al requerimiento judicial del cual tuvo conocimiento) haya causado perjuicio al actor de índole legal, aquel no comporta la inconstitucionalidad de su reclusión judicial, sino acaso que se haga uso de los mecanismos legales en la vía correspondiente a fin de que haga valer sus derechos, pues la detención provisional que cumple obedece a los presupuestos legales señalados en el auto de apertura de instrucción, lo que no han sido materia de cuestionamiento *ni* de pronunciamiento del presente proceso constitucional.
8. Finalmente, se debe señalar que el pedido de variación del mandato de detención constituye una expectativa del recurrente que se encuentra pendiente de pronunciamiento judicial y que, por tanto, no genera agravio concreto al derecho a la libertad personal que comporte su excarcelación por inconstitucional; en efecto, como anteriormente se expuso, corresponde a la determinación del actor hacer uso de los mecanismos legales pertinentes a fin de que se expida la correspondiente resolución o se acuse la responsabilidad funcional que corresponda al caso, incidencias que en definitiva no franquean, en el presente caso, la pretendida libertad del recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese

SS.

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ