

UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO



TÍTULO:

***“EL USO Y ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL
DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE”***

TESIS

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

BACHILLER: EDELIN VERVET NUÑEZ FLORES.

TESIS

"EL USO Y ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE"

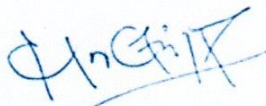


EDELIN VERVET NÚÑEZ FLORES
AUTOR.

DR. JOSE LUIS CHANAME PARRAGUEZ
ASESOR.

DR. LITO BECERRA ANGULO
PRESIDENTE

MG. HUGO MERA PONTE
SECRETARIO



MG. ELEO GRILLO PAICO
VOCAL

CHICLAYO: 15-12-2018

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a la persona que ha estado conmigo todos estos 29 años de mi vida, a la que ha sido padre y madre para mí, ella es mi Madre.

La persona que ha hecho de mí una gran persona y profesional.

AGRADECIMIENTO

Doy gracias a dios, por permitirme llegar a realizar uno de mis grandes sueños que fue estudiar esta hermosa carrera que es la carrera de derecho, agradezco a mis profesores que, durante los 5 años de vida universitaria, llevo los más grandes recuerdos y aprendizaje de ellos.

RESUMEN

La pena es un instrumento jurídico que se utiliza con fines muy diversos, por lo que decimos que la pena será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente. Ordenar la prisión preventiva de cualquier persona es la decisión más compleja que le toca asumir a un Juez, incluso más difícil que la propia sentencia, pues, podría estar encarcelándose a un inocente.

El ser humano tiene ciertos Derechos Fundamentales, Esenciales, que son inherentes a la naturaleza humana. Tales derechos constituyen por ello mismo, igualmente: BIENES y valores jurídicos, que son protegidos por el Ordenamiento Jurídico Penal, por ser los más necesarios e importantes para la existencia humana.

Las normas legales penales en la actualidad da una proporcionalidad concreta dentro de los enfoque sistemáticos en los actores judiciales, como si fuera un abanico de posibilidades concertivas, refiriendo a la prisión preventiva como un carácter excepcional y diseñando su imposición para aquellos casos más gravosos. Según la Casación Penal N° 01-2017-Huaura, nos dice que la prisión preventiva es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba. Esta posición se basa en, el artículo 2 del Título Preliminar del NCPP 2004, donde se lee que “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada.”

La pena es un instrumento jurídico que se utiliza con fines muy diversos, por lo que decimos que la pena será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente. Por ello, la pena sería aquella que se impone a una persona que comete un delito, es la retribución que siempre debe imponerse y ser equivalente al daño causado por el delito.

Por lo que esta medida tiene como justificación la necesidad de una persona de una pronta reacción al estado frente al delito. También constituye un medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado y con la posterior eventual ejecución de la sentencia.

Los motivos que justifican la privación de libertad, tenemos:

- ❖ El riesgo de fuga del imputado
- ❖ El peligro de obstaculacion de pruebas o manipulacion de las existentes
- ❖ Riesgo de reiteracion delectiva

El artículo 272º del Código Procesal Penal establece de manera taxativa los tiempos de duración de la prisión preventiva. En caso de que no revistan características de complejidad, la prisión preventiva no durará más de nueve meses. En los casos en que se llevan procesos complejos el plazo de la detención se podrá extender a 18 meses.

Con el fin de evitar abusos de discrecionalidad judicial, que afecten el principio de la legalidad penal y la división de poderes, los recientes hechos de público conocimiento, plantean una necesidad de analizar de manera más exhausta y concreta las restricciones de libertad durante el proceso, como parte de un principio rector sobre la libertad de las personas imputadas, en el marco del proceso penal, la privación de la libertad no es un fin en sí mismo, sino un medio instrumental y cautelar.

Palabras Claves: Prisión Preventiva, Medida Coercitiva, Peligro de Fuga, Peligro de Obstaculización,

ABSTRACT.

The penalty is a legal instrument that is used for very different purposes, so we say that the penalty will be that which produces an evil that compensates the evil that he has caused freely. Ordering the preventive detention of any person is the most complex decision for a judge, even more difficult than the sentence itself, because it could be imprisoning an innocent.

The human being has certain Fundamental, Essential Rights, which are inherent in human nature. Such rights also constitute Assets and legal values, which are protected by the Criminal Legal Order, as they are the most necessary and important for human existence.

According to the Criminal Cassation No. 01-2017-Huaura, it tells us that the preventive prison is a personal, strictly jurisdictional, coercive measure, provided that it is absolutely unpredictable, which seeks to combine a danger of escape or a risk of concealment or destruction of sources test. This position is based on, Article 2 of the Preliminary Title of the NCPP 2004, which reads that "Every person charged with the commission of a punishable act is considered innocent, and must be treated as such, until proven otherwise and He has declared his responsibility by a duly motivated final judgment. "Therefore, this measure has as justification the need for a person of a prompt reaction to the state against the crime. It also constitutes a means to guarantee the development of the criminal process with the presence of the accused and with the subsequent execution of the sentence.

The reasons that justify the deprivation of liberty, we have:

- ❖ The risk of escape of the accused
- ❖ The danger of impeding evidence or manipulation of existing ones
- ❖ Risk of repetitive selection

Article 272 of the Criminal Procedure Code establishes the duration of preventive detention in a restrictive manner. In case they do not have characteristics of complexity, the preventive detention will not last more than nine months. In cases where complex processes are carried out, the term of detention may be extended to 18 months.

In order to avoid abuses of judicial discretion, which affect the principle of criminal legality and the division of powers, the recent facts of public knowledge, pose a need to analyze the restrictions of freedom during the process more exhaustively and concretely, As part of a guiding principle on the freedom of the accused persons, within the framework of the criminal

process, deprivation of liberty is not an end in itself, but an instrumental and precautionary means.

Key Words: Preventive Prison, Coercive Measure, Leakage Hazard, Obstacle Hazard

INDICE

DEDICATORIA	02
AGRADECIMIENTO	03
RESUMEN	04
ASBTRAC.....	06
INTRODUCCIÓN.....	11

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	15
1.5. OBJETIVOS	
1.5.1. OBJETIVO GENERAL	16
1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	16
1.6. HIPOTESIS	16
1.7. VARIABLES.....	16
1.7.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	16
1.7.2. VARIABLE DEPENDIENTE	16
1.8. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	17
1.9. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	17

CAPITULO II

ASPECTOS PRELIMINARES

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS JURÍDICOS	18
--	----

2.2. PROCESO PENAL	27
--------------------------	----

CAPITULO III.

NOCIONES GENERALES DE LA PRISION PREVENTIVA

3.1. DEFINICION DE PRISION PREVENTIVA.....	32
3.2. NATURALEZA DE LA PRISION PREVENTIVA.....	36
3.3. MARCO LEGAL... ..	37
3.3.1 LA PRISION PREVENTIVA EN EL PERU.....	38
3.4. FINES DE LA PRISION PREVENTIVA SEGÚN EL. N.C.P.P	42
3.5. CARACTERISTICAS DE LA PRISION PREVENTIVA	46
3.6. PRESUPUESTOS DE LA PRISION PREVENTIVA EN EL N.C.P.P	48
3.6.1. FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCION.....	50
3.6.2. QUE LA SANCION A IMPONER SEA SUPERIOR A 4 AÑOS	53
3.6.3. PELIGRO PROCESAL	56
3.6.3.1 PELIGRO DE FUGA	60
3.6.3.2 PELIGRO DE OBSTACULIZACION.....	67
3.7. PROLONGACION DE LA PRISION PREVENTIVA.....	71
3.8. PRINCIPIOS QUE DEMARCAN LA APLICACION DE LA PRISION	73
PREVENTIVA	
3.8.1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	73
3.8.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD:.....	76
3.8.3. PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD	77
3.8.4 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	78
3.9.-PRESUNCION DE INOCENCIA	79
3.10.-DURACION DE LA PRISION PREVENTIVA.....	84

3.11 COMPUTO DEL PLAZO DE LA PRISION PREVENTIVA.....	89
--	----

CAPITULO IV

EL ABUSO DE LA PRISION PREVENTIVA

ABUSO DE LA PRISION PREVENTIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE	95
---	----

CONCLUSIONES.....	104
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFIA	106

INTRODUCCION.

La pena es un instrumento jurídico que se utiliza con fines muy diversos, por lo que decimos que la pena será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente.

El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a la realidad

En definitiva, la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción del de presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huya de fórmulas automáticas o de reglas tasadas.

En la estructura de la prisión preventiva, esto ocurre con la pena a imponerse, es decir, la denominada prognosis cuyo cálculo probable tiene relación con la suficiencia probatoria; de lo que se puede concluir que la suficiencia y la prognosis están dentro de lo que marca el Nuevo Código Procesal Penal.

La justicia material para lograr su consolidación debe imponer las sanciones conforme al ordenamiento jurídico-punitivo caso contrario se constituiría en un mero simbolismo que en nada coadyuvaría al fortalecimiento de un Estado de Derecho Constitucional. La prisión preventiva es una medida de coerción de naturaleza personal que tiene por finalidad restringir temporalmente la libertad del imputado, confinándolo a una cárcel pública para evitar que el sujeto se convierta en portador de riesgos que afecten el curso del proceso penal.

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

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La prisión preventiva o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos, mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, la investigación se pueda llevar a cabo sin obstaculizaciones indebidas y que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplan con la pena impuesta.

Si aceptamos que toda persona se presume inocente mientras una sentencia no declare lo contrario podemos concluir que, sólo excepcionalmente debería encarcelarse a quien no se ha condenado. Dicha excepcionalidad obedece a la necesidad de asegurar la realización de un proceso y a evitar que un probable culpable eluda la acción de la justicia, sobre todo en casos graves. Este principio tan simple de enunciar es, sin embargo, difícil de preservar en un contexto en el que las exigencias coyunturales de represión terminan desplazando a la protección de las libertades.

Ordenar la prisión preventiva de cualquier persona es la decisión más compleja que le toca asumir a un Juez, incluso más difícil que la propia sentencia, pues, podría estar encarcelándose a un inocente.

El ser humano tiene ciertos derechos fundamentales, esenciales, que son inherentes a la naturaleza humana. Tales derechos constituyen por ello mismo, igualmente: BIENES y valores jurídicos, que son protegidos por el ordenamiento jurídico penal, por ser los más necesarios e importantes para la existencia humana.

No es suficiente un procedimiento oral, más rápido y menos burocrático. De que nos sirve todo ello si es que prevalece la concepción autoritaria antes que la protección de la libertad; si es que el propio Estado alienta la prisión provisional con una legislación cada vez más severa sin medir el impacto de dicha política en la protección de la seguridad ciudadana. A más presos, ¿menos criminalidad?

La prisión preventiva, utilizada de manera excesiva se ve reflejado en los datos estadísticos del Instituto Nacional Penitenciario. Así, de los 71,913 internos a nivel nacional, sólo 36,111 se encuentran en calidad de sentenciados, en tanto que 35,802 internos están en calidad de procesados al haberseles dispuesto la medida cautelar de prisión preventiva. Es decir, que para la mitad de la población penitenciaria a nivel nacional el Estado aún no define su responsabilidad penal, sino que a pesar de encontrarse vigente la presunción de inocencia dichas personas se encuentra “preventivamente” privadas de su libertad.

Este problema abarca más allá de la nación, como parte de un reciente informe sobre el “Uso de la Prisión Preventiva en las Américas”, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), concluye que en Latinoamérica se ha incrementando ostensiblemente el uso de la prisión provisional y que ello contraviene la esencia de una sociedad

Democrática; lo paradójico es que ese fenómeno ocurre en el mismo periodo en el que se viene aplicando en nuestro país un modelo de justicia penal que se consideraba más ponderado.

Es importante que nos encontramos frente a un problema bastante difícil y muy complejo que no sólo afecta al sistema penal en su conjunto, sino principalmente a la sociedad y al ciudadano de a pie. Queda en evidencia, pues, las deficiencias estructurales de nuestro sistema de justicia penal, que no solo requiere reformas legislativas sino una serie de cambios que involucran, por ejemplo, fortalecer la independencia judicial desde todos los ámbitos, es decir reconocer y respetar la función que realiza todo Juez o Jueza en tanto y en cuanto imparten justicia.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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

Sin embargo ante las situaciones que se presentan constantemente, es necesario, tomar en cuenta estos criterios que son muy relevantes para

determinar que la presión habitual a la que están sometidos los operadores de Justicia por los medios y redes de comunicación, de por sí alta, esté ahora en niveles absolutamente críticos. Los operadores de justicia lo saben y sin duda actuarán en concordancia.

Las normas legales penales en la actualidad da una proporcionalidad concreta dentro de los enfoque sistemáticos en los actores judiciales, como si fuera un abanico de posibilidades concertivas, refiriendo a la prisión preventiva un carácter excepcional y diseñando su imposición para aquellos casos más gravosos. Es por ello que la prisión preventiva como medida cautelar de excepción debe ser estudiada tomando en consideración el estatuto de la libertad como principio rector de la condición natural del individuo.

La población, bajo este criterio denota en su mayoría, un clamor porque se haga justicia, tal cual corresponde. El que menos, se pregunta: si no es prisión preventiva, entonces ¿qué? Felizmente, la respuesta está – y siempre estuvo – en el mismo Código Procesal Penal.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿El abuso de la prisión preventiva, constituye un atentado al principio de presunción de inocencia cuando los órganos jurisdiccionales se exceden en sus atribuciones?

1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

A través del siguiente trabajo desde el punto de vista académico y metodológico la presente investigación buscara aclarar la motivación que debe existir en los mandatos de prisión preventiva, por lo cual será necesario precisar la doctrina aplicable tanto nacional y comparada y de igual forma se identificará las deficiencias que presenta en el sistema jurisdiccional penal del Distrito Judicial de Lambayeque.

La realización de este trabajo en el ámbito social, se justifica porque se podrá precisar cómo garantizar la integridad de la libertad de los procesados que serían afectados por un mandato de prisión preventiva durante la sustentación de un proceso penal sin mediar una sentencia penal firme que la justifique.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

- Establecer lineamientos para la aplicación correcta y justa de la prisión preventiva, basada en principios jurisdiccionales de ponderación y razonabilidad a fin de preservar la seguridad jurídica y la presunción de inocencia y el derecho a la libertad.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Describir una muestra de casos en los que se ha abusado de la aplicación de prisión preventiva que se han hecho públicos.
- Sugerir recomendaciones basadas en principios jurídicos para la aplicación correcta de la prisión preventiva sin lesionar la seguridad jurídica, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad.

1.6. HIPOTESIS

Si, la prisión preventiva se aplica sin tener en consideración los principios y derechos de la persona; entonces, se podría afectar a la seguridad jurídica.

1.7. VARIABLES

1.7.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

- La prisión preventiva.

1.7.2. VARIABLE DEPENDIENTE

- Consecuencias del abuso de la prisión preventiva

1.8. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo al fin que se persigue, nuestra investigación es Básica, por cuanto está orientada a lograr un nuevo conocimiento de manera sistémica y metódica, con el único objetivo de ampliar el conocimiento.

1.9. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Se empleará el diseño Correlacional, toda vez que se identificara las causas de la ocurrencia de las variables, categorías o conceptos en un momento determinado, y luego se explicará el comportamiento de las mismas en función de la relación causa-efecto.

CAPITULO II

ASPECTOS PRELIMINARES

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS JURÍDICOS

a. EDAD ANTIGUA.

Desde el punto de vista jurídico y tomando en cuenta a la antigua Grecia, se podía identificar a la persona con el cuerpo y su libertad estaba concebida como la libertad corporal, dentro de los órdenes de la justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca llego a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquélla por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación.

Durante la época medioeval, este estudio radica basicamente en la detención del inculpado como presupuesto de la investigación en el proceso penal inquisitivo. Y la edad moderna comprende los aportes de la revolución francesa de 1789 al uso de la prisión preventiva; la prisión preventiva en el siglo XVIII y en américa latina.

Basicamente la prisión preventiva tiene trascendencia, dentro de la historia, concretamente en lo relacionado a la libertad ambulatoria y esta da origen a su consideración desde la perspectiva de los derechos fundamentales y también con su vinculación con el fenómeno del encierro aplicado como pena luego de la tramitación de un proceso. Por otra parte, aun cuando tradicionalmente se le asignan funciones procesales en sentido

estricto, como medida que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la acción de la justicia.

Dentro de los aspectos contextuales, el derecho a la libertad, forma parte del conjunto de derechos y garantías individuales y sociales, en donde la condena tendrá que afectar como un dolor del que se puede disponer e imponer discrecionalmente desde el hombre por el hombre y para el hombre. La reclusión punitiva se explotó ampliamente en la Época Antigua, existían penas privativas de la libertad, las cuales eran compurgadas en lugares conocidos como cárceles, dichos lugares no eran más que calabozos infestados de gusanos, enfermos de lepra y en ocasiones de animales salvajes como leones y panteras, eso era la realidad dado que había condiciones insalubres.

En el país de China los delincuentes, una vez que eran recluidos en las cárceles, eran obligados a realizar trabajos forzosos, además se les aplicaban diversas técnicas de tortura, tales como hierro caliente.

Para Babilonia las cárceles eran conocidas como lago de leones, en los cuales prácticamente los calabozos o celdas donde eran recluidos los presos se encontraban inundados por agua.

El Derecho Romano del Imperio tenía las siguientes tres formas de prisión preventiva: in carcelum, donde el indiciado de delito grave se enviaba a la cárcel pública; militi traditio, la libertad del indiciado era responsabilidad de un militar, por lo general anciano; y custodia libera, donde el indiciado estaba en custodia de un particular, quien daba una fianza por él. Por tanto, durante el Imperio romano la libertad provisional era la regla general, usando

la prisión preventiva sólo en casos de reos ausentes; y prohibiendo su práctica como pena anticipada; exigiendo para decretarla en delitos graves, evidencias concretas¹.

b. EN LA EDAD MEDIA ALTA (SIGLO XVI).

Adquirió carta de ciudadanía la utilización de la prisión preventiva como regla general, lo cual puede considerarse natural al tenerse en cuenta el funcionamiento de la lógica objetiva del proceso penal inquisitivo, predominante en esta época, que aplicó como método de interrogación la tortura, lo cual presuponía como “necesidad técnica” mantener detenido al imputado, en aras de la extracción efectiva de la verdad.

c. EN LA EDAD MODERNA,

La revolución francesa llevado a cabo en 1789, se constituye como el principal, hecho histórico que marco referencia como un hecho moderno euro centrista, que marca la pauta del origen de la mayoría de sistemas jurídicos latinoamericanos; dicha revolución promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en ese año, y en 1793 realizó una segunda versión de la misma; luego, con los principios científicos del derecho romano, fue creado en 1804 el célebre Código Civil, y en 1808 el célebre Código de Instrucción Criminal.

La Declaración Francesa de 1789 en su primera acción estipuló en su artículo 7 la obligación de decretar la detención conforme a la ley; esta primera Declaración fue incorporada en la Constitución francesa de 1791, la cual reguló en su artículo 10, unos mandatos para proceder a la detención del presunto culpable de un delito.

¹ GONZÁLES MONTES, José L. (1974). Las Medidas Cautelares en nuestro Ordenamiento. IX reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas. 1ª edición: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona-España. pág. 159.

Por su lado, en el Código de Instrucción Criminal de 1808 la detención preventiva se decretaba a discreción del juzgador, permitiendo a los delincuentes primarios mantener la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando estuvieran acusados por delitos castigados con pena correccional².

La prisión preventiva fue adoptada en el pasado buscando fines específicos de justicia con la finalidad de la ejecución forzada de las obligaciones civiles y mercantiles, la cual se convertía en prisión por deudas. Su utilización para dichos fines se remonta hasta el derecho romano, llegando incluso a períodos comprendidos en la edad moderna.

En Francia, fue cuestionada la prisión por deudas principalmente por el movimiento humanista insertado en la revolución francesa de 1789, calificando como afrenta contra la libertad y dignidad humana, el encarcelamiento del deudor por motivos de deudas civiles o mercantiles.

En Alemania, el uso de la detención provisional y prisión por deudas subsistió hasta muy entrada la edad moderna durante el siglo XIX, su abolición formal en este país se decretó hasta el 29 de mayo de 1868; decreto que tuvo efectos retroactivos beneficiando a las personas detenidas con anterioridad a su promulgación.

En España, la prisión por deudas es regulada reiteradamente a lo largo de los siglos XI, XII y XIII; estableciéndose condiciones específicas en las cuales debían mantenerse a las personas

² RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. (1981). La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. N° 19, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1ª edición, México D. F. Pág.18.

castigadas con este tipo de prisión, decretándose hasta la muerte del deudor. La prisión provisional por deudas subsiste en este país, hasta durante los siglos XVIII y XIX, regulada en ordenanzas, en el Código de Comercio de 1829 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, en esta otra etapa la finalidad no fue el aseguramiento de la deuda económica por la cual se procedía contra el demandado en el proceso civil, sino la prisión preventiva se aplicaba para asegurar a la persona del deudor en caso se procediera en su contra en un proceso penal.

En Chile, la prisión por deudas se decretó en 1837; luego, en 1868 se restringió a cuatro casos, hasta después de la segunda década del siglo XX.

Durante el anterior tiempo la prisión preventiva por deudas se basaba en la simple declaratoria en quiebra del deudor, situación declarada inconstitucional por la jurisprudencia chilena después de 1925, en el sentido de exigirse en adelante como requisito para decretar dicha medida precautoria haberse calificado la quiebra de culpable o fraudulenta, adhiriéndose de esta manera al criterio de la jurisprudencia española del siglo XIX sobre esta materia.

Dejando la antigüedad remota y estando a la historia más reciente, la evolución de la prisión preventiva en América Latina aparece en las dos últimas décadas y ha tenido lugar un proceso muy vigoroso de reformas al sistema de justicia penal.

La prisión preventiva ha evolucionado tanto, que casi en todos los países de habla hispana se ha abandonado el sistema inquisitivo tradicional, que adoptaba esta medida cautelar como una regla, y

se ha remplazado por sistemas acusatorios, que la acogen como una excepción.

La regulación de la prisión preventiva ha sido con probabilidad el tema relevado por las reformas en la justicia penal, que ha tenido lugar en prácticamente todos los países de la región.

Durante los últimos 20 años se inició en América Latina un proceso de reforma a la justicia criminal que afectó con diversa intensidad y grado a los distintos países del continente.

Las razones que motivaron el proceso de transformación a la ley procesal penal fueron los abusos contra los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal inquisitivo y la poca eficiencia de este sistema en la persecución penal, siendo la prisión preventiva la institución que más motivó a dichos cambios, entre otras.

d. A Nivel Nacional.

En las tres últimas décadas en América Latina ha existido una amplia discusión acerca de la cuestión de la prisión preventiva. Simplificando las cosas, se podría plantear que el inicio de esa discusión tuvo lugar con la publicación de los estudios de ILANUD que plantearon con mucha claridad el problema de los presos sin condena.³ El dato más llamativo consistía en la constatación de que en todos los países latinoamericanos la mayoría de quienes se encontraban privados de libertad lo hacían sin que existiera una condena que lo justificara².

Otro momento clave para este debate está en relación a la constitución de los nuevos códigos procesales penales que en la amplia mayoría de los países se han aprobado e implementado en

la región, fundamentalmente durante las últimas dos décadas. Todas estas legislaciones han supuesto reformar los antiguos regímenes de prisión preventiva basadas en diversos casos de en excarcelabilidad o de automatismo de la prisión, en reemplazo de los cuales se han introducido sistema cautelares. De acuerdo con los cuales la prisión preventiva sólo se puede decretar cuando existen peligros procesales. Estos nuevos códigos han supuesto la introducción de medidas de control alternativas a la prisión preventiva además de un cambio del contexto procesal en la que ésta se resuelve destinada a favorecer una aplicación más restrictiva de la misma

En relación a la historia jurídica peruana, se estudia la regulación de la prisión preventiva desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863 y los textos legales de los procesos penales que han sido aplicados hasta la fecha en nuestro país.

- **Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863.** Es el primer código en materia procesal penal, que rigió desde el 1 de mayo de 1863; el cual regulaba el presente tema que es materia de investigación, en el Título VI, denominado **DE LA CAPTURA, DETENCIÓN Y PRISIÓN DE LOS REOS**, comprendiendo del art. 70º al 76º; siendo el artículo 73º el que regulaba la Prisión de Formas, por el cual “se tenía efectuada la captura y puesto a disposición del Juez, si éste, de las primeras diligencias lo consideraba inocente lo pondrá en libertad, y si por el contrario del sumario resulta probada la existencia del delito y la culpabilidad del enjuiciado se librará mandamiento de prisión en forma Librado mandamiento de prisión, no podía ponerse en libertad al reo

sin que el auto que así lo resuelva sea aprobado por el Superior Tribunal”³.

➤ **Código de enjuiciamiento en materia criminal de 1920.**

Esta normatividad se promulgó por Ley 4919 el 2 de enero de 1920, por el ex presidente Augusto B. Leguía y entro en vigencia el 18 de marzo de 1920 hasta el 17 de marzo de 1940; en el cual se regulaba, el tema objeto del presente estudio, en el Título V del Libro Primero, denominado **PRINCIPIO DE LA INSTRUCCIÓN Y DETENCIÓN DEL ACUSADO.**

➤ **Código de procedimientos penales de 1940.** Mediante Ley N° 9024 promulgada el 23 de noviembre de 1939, y según lo establecido en la propia Ley, entró en vigencia el 18 de marzo de 1940, el cual establecía la detención provisional del imputado, en el Art. 81 de la citada norma.

No obstante, con el transcurso del tiempo esta normatividad ha sufrido una serie de modificaciones.

➤ **Código Procesal de 1991.** A fines del siglo XX se aprueba el Código Procesal de 1991, mediante Decreto Legislativo N° 638, el cual en su artículo 135 prescribe el mandato de detención, en base a determinados parámetros que se tenían que cumplir, para declarar fundada una prisión preventiva.

No obstante, dicha norma fue modificada por la Ley 27226 del 17 de diciembre de 1999 y la Ley 27753 del 09 de junio

³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. (1971) Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones en general. Redactado y puesta al día por Antonio Vodanovic H. Cuarta edición. Santiago de Chile-Chile: Editorial Nacimiento. Pág. 171 y 172.

del 2002, esta modificatoria estableció el hecho que "no constituía elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado".

Lo que en realidad se busca dentro de esta normatividad, está en determinar la responsabilidad penal hacia las personas como miembros activos de directorios, gerentes, socios, accionistas, directivos o asociados, los cuales son responsables directos de la participación criminal en que estos se encuentran, marcados como hechos delictivos, solo si existen otros elementos que vinculen al imputado con la autoría del hecho delictivo; así mismo cerró el marco de amplitud respecto al peligro procesal, exigiendo en la determinación del peligro de fuga la existencia de "suficientes elementos probatorios que lo determinen", eliminando del texto originario "otras circunstancias"⁴.

- **Código Procesal Penal del 2004.** Finalmente, el NCPP en su Art.268, refiriéndose a los presupuestos materiales de la prisión preventiva, se evidencian que se exige la presencia de "fundados y graves elementos de convicción" para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo, y, vuelve a la redacción original del Art.135 del Código Procesal Penal de

⁴ NOVELLINO, Norberto José. (2006). LOS ALIMENTOS Y SU COBRO JUDICIAL. Procedimiento. Incidentes. Medio para compeler al cumplimiento. Los concubinos y el deber alimentario Insolvencia fraudulenta para eludir obligaciones alimentarias. La actualización de los alimentos en tiempos de crisis económicas. Modelos. Apéndice legislativo; 2ª reimpresión de 1ª edición. Rosario, Santa Fe, Argentina: Editorial Jurídica Nova Tesis. págs. 307 y 308.

1991; empero introduce en los Arts.269 y 270, pasos para determinar claramente en cada caso la existencia del peligro procesal de fuga o de perturbación de la actividad probatoria.

- **Ley N° 30076.** Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto de 2013; y entre otros artículos del NCPP modificó los artículos 268 y 269 referentes a la prisión preventiva y el peligro de fuga, respectivamente, suprimiendo el segundo párrafo del artículo 268, referente a la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, dejó de ser considerado como un presupuesto material para dictar un mandato de prisión preventiva, y se incorporó como un supuesto que el juez tendrá en cuenta para evaluar el peligro de fuga.

2.2. PROCESO PENAL

Bajo esta implicancia, el proceso penal es la única vía legitimada para que el Estado pueda imponer su pretensión punitiva, que solo puede materializarse a través de un procedimiento con todas las garantías establecidas en el Constitución y las leyes. La justicia material para lograr su consolidación debe imponer las sanciones conforme al ordenamiento jurídico-punitivo caso contrario se constituiría en un mero simbolismo que en nada coadyuvaría al fortalecimiento de un Estado de Derecho Constitucional.

El proceso penal se orienta a la concretización de la pena y a la satisfacción de la exigencia económica de reparar los daños causados en los bienes jurídicos de la víctima. De tal manera que el proceso penal

realmente garantista debe orientar su funcionalidad para acoger ambas pretensiones con celeridad y eficacia a efecto de lograr la tutela jurisdiccional⁵.

Dentro del contexto de la legislación procesal penal, existe una prevención de una serie de medidas cautelares que tienen por objetivo básico, garantizar la materialización efectiva de la condena y de la reparación civil. Es muy importante que exista la esencia por garantizar la materialización efectiva de la condena y de la reparación civil; lo que constituye un fenómeno de ejecución anticipada para obtener los medios de prueba necesarios para reconstruir los hechos acaecidos en la realidad. En efecto, la persecución penal amerita la imposición de ciertas medidas, que tienden a cautelar sus fines esenciales, esto es, la imposición de la condena y la satisfacción económica del agraviado (reparación civil). Peña, R. (2007, p.680).

Es difícil que el imputado acepte libremente someterse a una persecución que afectara sus intereses particulares, puesto que conocido el requerimiento por parte de la justicia tratara de sustraerse de aquella eludiendo su llamamiento⁶. Antes que beneficiar al proceso, la inasistencia del procesado provoca graves perjuicios a la actividad probatoria, no por constituir fuente de prueba sino por que su presencia condiciona la validez de las diligencias de conformidad con un sistema adversarial-acusatorio, así como la prohibición constitucional de condena en ausencia.

Dentro de otra fase, es muy significativo y probable que trate de enajenar sus bienes con el consiguiente perjuicio a la víctima. La tutela cautelar puede tener carácter personal (restricción de la libertad del

⁵ DOMÍNGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Colex, 2003. Pág. 45-47.

⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas, segunda edición. 1999. Pág. 25.

imputado) o carácter real (sujeción de bienes patrimoniales). Durante el proceso penal la coerción penal estatal recae exclusivamente sobre el imputado; y respecto a la reparación civil puede incidir tanto sobre el imputado como en los bienes del tercero civilmente responsable.

2.2.1 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

- **Acción Penal.-** Es la facultad jurídica concedida por el Estado para recurrir ante el órgano jurisdiccional competente poniendo en conocimiento la perpetración de un acto u omisión considerado delictuoso a fin de que éste determine el inicio de un proceso penal. Esta facultad es ejercida por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada. De existir causa razonable para creer que la persona acusada cometió el delito.
- **Acusación Fiscal.-** Es un dictamen que emite el Representante del Ministerio Público, en el que se pronuncia respecto a la acción u omisión punible, hechos, circunstancias, y elementos probatorios que determinen, a su juicio, la responsabilidad penal de un procesado para quién solicita le sea impuesto una pena y/o reparación civil por el órgano jurisdiccional competente de acuerdo al Ordenamiento Penal.
- **Actividad Probatoria.-** Es el conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimiento o intelectuales, reguladas legalmente y producidas por los intervinientes en el proceso, con la finalidad de adquirir un conocimiento sobre la materialidad del objeto procesal, y sobre sus consecuencias penales y eventualmente civiles.

- **Prisión.-** Del latín prehensio-onis, que significa "detención" por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.
- **Delito.-** Es una acción u omisión típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.
- **Estado de derecho.-** Significa el imperio o la soberanía de las leyes, es decir, la legalidad. La función jurisdiccional, es decir, la que ejerce constitucionalmente el Poder Judicial, es la garantía de legalidad frente a todos. El estado de derecho en un régimen democrático está fundamentado en la independencia judicial. Véase independencia judicial.
- **Imputado.-** Persona contra quien se ha presentado una querella o denuncia, pero con respecto a quien no se ha presentado aún, luego de la correspondiente determinación de causa probable para arrestar o para acusar, el pliego acusatorio que da base para la celebración del juicio en su contra.
- **Diligencias.-** Actuaciones procedimentales, llevadas a cabo por funcionarios judiciales, para tramitar, cumplir o ejecutar un acto judicial.
- **Fiscal.-** Funcionario judicial que funge como autoridad a cargo de la Fiscalía.
- **Formalización de la investigación.-** Es la declaración formal que hace el fiscal del Ministerio Público, en una audiencia especialmente citada al efecto por el Juez de Garantía a la que debe acudir el imputado y su defensor, en el sentido de existir una investigación contra el imputado por hechos determinados. A partir de la formalización de la investigación

comienza a correr un plazo no prorrogable de dos años para poner término a la investigación.

- **Prisión preventiva.-** Es una medida de coerción procesal dictada por el Juez de Investigación Preparatoria, que tiene por finalidad limitar temporalmente la libertad del imputado, a efectos de obtener la efectiva aplicación de la ley penal.

CAPITULO III

NOCIONES GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

3.1. DEFINICION DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena.

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

“La prision preventiva es una medida coercitiva de carácter personal, provicional y excepcional que dicta el juez de Investigacion Preparatoria en contra de un imputado”(Villanueva, 2009,pag.334).

En ese sentido, y siguiendo un estricto respeto por el Principio Legal relativo a la presunción de inocencia, para efectos del presente trabajo esta definición de la Prisión Preventiva abarcará tanto a las personas detenidas e imputadas por un delito y que están a la espera de que se realice un juicio o se presente una salida alternativa como a aquellas detenidas y sentenciadas en primera instancia, pero cuyo caso está en proceso de apelación o revisión. Se excluye, evidentemente, a aquellas personas privadas de libertad que se encuentran cumpliendo condena mediante sentencia firme, así como a las personas detenidas por motivos ajenos a la investigación y sanción de un delito por la vía penal.

La prision preventiva constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza , es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y

eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o , incluso, en una pena anticipada⁷

Según la Casacion Penal N° 01-2017-Huaura, nos dice que la prision preventiva es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, siempre que resulte absolutamente imprecendible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultacion o destruccion de las fuentes de prueba.

Esta posición se basa en, el artículo 2 del Título Preliminar del NCPP 2004, donde se lee que:

- ❖ Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido. Segundo, responde también al hecho de que, en el Perú, el proceso de apelación admite una revisión del caso tanto para cuestiones de hecho como de derecho, y se permite incluso la presentación de nuevas pruebas. Tal como afirma Talavera, “[con el NCPP 2004] se ha decidido configurar un recurso de apelación amplio, de modo tal que toda decisión final es susceptible de recurso de apelación y también se abre

⁷ ASCENCIO MELLADO, José María.” La regularización preventiva en el código procesal penal en el Perú”. En el nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Palestra. Lima.2005, pag.493.

la posibilidad de ofrecer y practicar prueba en la vista oral, configurándose de esta manera una verdadera segunda instancia”.

A esto vale añadir que en el transcurso de la investigación se encontraron interpretaciones alternativas del alcance de los términos prisión preventiva, procesado y condenado. Así, por ejemplo, para el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva (Renadespple), del Ministerio Público, “los detenidos procesados son aquellos cuyos casos han llegado a judicializarse y los sentenciados son aquellos que tienen una sentencia de cualquier tipo”. El diccionario jurídico de Abeledo Perrot, define al instituto de la prisión preventiva, como “una medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustriga a la acción de la justicia. para ser decretado se necesita la existencia de semiplena prueba de haberse cometido el delito que se le imputa⁸

La Casación Penal N° 01-2007 señaló que:

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

⁸ GORRONEO, José Alberto- Diccionario jurídico-año 2008-Abelido Perrot. Buenos Aires.

más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y motivación”.

De igual forma se manifestaron expertos consultados, al señalar que ***“quien interpone apelación o nulidad contra sentencia condenatoria es un condenado. La pena privativa de libertad impuesta es de inmediata ejecución aun cuando haya interpuesto uno de esos recursos”. Finalmente, el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), fuente de algunas de las cifras utilizadas en este trabajo, explicó que “un interno será contabilizado como procesado hasta el momento en que tenga una sentencia firme consensuada y ejecutoriada. Solo cuando el Poder Judicial diga que se acabó el proceso, pasa a sentenciado”.***

Méjico(2010), presentó la investigación titulada “Los fines patológicos de la prisión preventiva: evitar el peligro de reiteración delictiva y la defensa de la sociedad”, artículo publicado en alerta informativa, en la que concluye:

“En definitiva, la prisión preventiva solo es procedente a efectos de garantizar la realización de los fines procesales: evitar el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación. Por ende resulta completamente ilegítimo y arbitrario detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos. Debe entenderse que la prisión preventiva o el mantenimiento de la misma sólo se justifica por razones de seguridad procesal y nunca por razones de castigo.”

Costa (2009), presentó la investigación titulada: “La finalidad de la detención preventiva en el marco de la vigencia de la presunción de inocencia del imputado en el Proceso Penal Peruano”, investigación publicada en la Unidad de Investigación de Derecho de la UNMSM, en la que concluye:

“Tras cualquier intento por fundamentar la legitimidad de la detención preventiva, lo que realmente existe es el razonado temor e inseguridad que genera la criminalidad para la sociedad, convirtiéndose en una respuesta del sistema penal frente a la potencialidad delictiva del imputado. La asignación a la detención preventiva de fines no procesales por motivos de defensa social o control de conductas delictivas colocaría al imputado en una situación ya de culpabilidad”.

Del Río (2007) en su Informe Practico Procesal Penal de Actualidad Jurídica de Febrero del 2007, titulada: “Prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal”, en el que se concluye:

“La motivación es un requisito ineludible en la imposición de la prisión preventiva, precisamente por que condiciona la validez del presupuesto de proporcionalidad, porque la ausencia o insuficiencia de dicha motivación convierte a la medida en ilegítima prima facie impidiendo que el juicio se pueda analizar la razonabilidad de la decisión”.

Gimeno (1990), presentó la investigación titulada “La necesaria reforma de la prisión provisional”, investigación publicada en la Revista Peruana de Derecho Procesal VI, en la que concluye:

“La necesidad de proteger el derecho a la tutela se convierte en un bien constitucionalmente relevante a fin de que, en una futura reforma de la prisión provisional, se consagre por delitos graves expresamente determinados”

3.2. NATURALEZA DE LA PRISION PREVENTIVA

Resulta obligatorio establecer la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. Ya sea una pena, o una medida cautelar.

Las medidas cautelares en el proceso penal son aquellos que tienden a garantizar la ejecución del fallo condenatorio en su contenido penal, esto es la imposición de la pena; o en el comienzo del proceso tienen como finalidad asegurar el normal suceder del mismo. Las medidas cautelares son las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado⁹.

La pena es un instrumento jurídico que se utiliza con fines muy diversos, por lo que decimos que la pena será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente. Por ello, la pena sería aquella que se impone una persona que comete un delito, es la retribución que siempre debe imponerse y ser equivalente al daño causado por el delito.

Por lo que esta medida tiene como justificación la necesidad de una persona de una pronta reacción al estado frente al delito. También constituye un medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado y con la posterior eventual ejecución de la sentencia.

3.3. MARCO LEGAL

Según está regulado normativamente, la prisión preventiva debe ser aplicada con ciertas garantías y controles judiciales, los que son de ineludible cumplimiento por parte de los operadores judiciales:

1. la comprobación de presupuestos materiales y formales que justifiquen su aplicación;
2. la legitimidad procesal en el Ministerio Público para su requerimiento;

⁹ María Inés Horvitz Lennon- Derecho Procesal Penal- año 2004-Editorial Jurídica de Chile.

3. el rebate y la contradicción de dicho requerimiento por parte de la defensa del imputado, expresado en una audiencia creada exclusivamente para ello;
4. la oralidad y la inmediación como garantías judiciales de una verdadera tutela procesal efectiva;
5. los plazos mínimos y máximos establecidos para su duración;
6. su consideración por una instancia revisora; y, finalmente,
7. la posibilidad de imponer medidas coercitivas alternativas a la prisión preventiva.

Asimismo, el NCPP 2004 establece que los fines del proceso cautelar son dos:

- ❖ prevenir, según los casos, los riesgos de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad; y
- ❖ evitar el peligro de reiteración delictiva. A su vez, la Sentencia Casatoria N.º 01-2007, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, señaló adicionalmente como fines de la prisión preventiva los dos siguientes: **1)** garantizar una normal y exitosa investigación de los hechos y actos que se atribuyen al imputado; y **2)** asegurar la futura ejecución penal.

3.3.1 LA PRISION PREVENTIVA EN EL PERU

La prision preventiva suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses valiosos , por un lado la defensa del principio de presuncion de inocencia; por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable, hasta que sea comprobada su responsabilidad de perseguir y castigar la comision de hechos delictivos y la violacion de valores juridicos

protegidos, mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra.

Una persona sometida a prisión preventiva que resulta siendo inocente vea su derecho a la libertad seriamente restringido, además del daño inevitable a sus relaciones familiares, sociales y laborales.

La prisión preventiva es la “privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.”¹⁰

La prisión preventiva, como es bien sabido, tiene el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. En esa perspectiva, se le atribuye un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental predispuesto para asegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad.

El artículo 2 inciso 24 párrafo b de la Constitución Política del Perú señala que no se permite ningún tipo de restricción de la libertad personal salvo en los casos previstos en la ley; por tanto la ley fundamental reconoce la libertad personal como un derecho fundamental.

Muchas veces nos preguntamos ¿es la prisión preventiva una pena o una excepción?, y al momento de responder decimos que el Ministerio Público es quien solicita la imposición de prisión preventiva únicamente en alrededor de un tercio (32 y 35%) de los casos en etapa de investigación preparatoria

¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Grijley. Lima. 2003.

considerando suficiente la informacion que vincula a la persona imputada con la comision de un delito y siendo necesario contrarrestar el riesgo de que se fugue o manipule la investigacion .

Existen excepciones sobre las medidas cautelares es uno de los principios que resulta de mayor exigencia cuando hablamos de encarcelamiento preventivo, el principio no opera en la practica , como mecanismo protector de la libertad y del principio de inocencia, sino, como principio fundamental que regula toda institucion de la prision preventiva,

La prision preventiva se debe ordenar solo con el caso que sea absolutamente necesario para hacer frente al riesgo procesal, es por lo que debe evitar que la prision preventiva sea usada como castigo y considerarlo una pena anticipada.

La vigencia relativa y general del nuevo código en los distritos judiciales han implicado la instauracion de numerosos cambios en materia de justicia penal , dirigidos a encontrar el equilibrio entre una mayor eficacia procesal, por un lado el pleno respeto por las garantias judiciales constitucionales de sus actores, siendo la característica más importante de dicha reforma procesal penal es el reemplazo del modelo inquisitivo por el modelo acusatorio.

En el marco del proceso , la prision preventiva, como medida cautelar , esta llamada a ser una medida de ULTIMA RATIO, y por tanto , excepcional, permitiendonos medir el grado de excepcionalidad desde tres angulos: primero a partir de la proporcion de casos en etapa de investigacion preparatoria que son sujetos de un requerimiento fiscal de prision preventiva, segundo, teniendo en cuenta la proporcion de pedidos de prision que son encontrados fundados por el juez de investigacion preparatoria y finalmente considerando la

proporcion de procesados en carcel con respecto a aquellos que purgan una condena firme.

Ley N° 30076

Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 de agosto de 2013; y entre otros artículos del NCPP modificó los artículos 268 y 269 referentes a la prisión preventiva y el peligro de fuga, respectivamente, suprimiendo el segundo párrafo del artículo 268, referente a la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, dejó de ser considerado como un presupuesto material para dictar un mandato de prisión preventiva, y se incorporó como un supuesto que el juez tendrá en cuenta para evaluar el peligro de fuga.

3.32. LAS MEDIDAS DE LA PRISION PREVENTIVA EN EL

PERU.

A) ES UNA MEDIDA EXCEPCIONAL.- La detención de un imputado es la excepción, siendo la regla general la de ser procesado con una medida menos gravosa como es el de comparecencia con restricciones, como: no cambiar de domicilio ni ausentarse de él sin conocimiento y autorización del juez; concurrir a todas las diligencias en los días en que se le cite por parte de la autoridad judicial o por el Ministerio Público; la prohibición de concurrir a determinados lugares de dudosa reputación en donde se vende alcohol o drogas; las prohibición de comunicarse con determinadas personas, como por ejemplo la víctima, siempre que no afecte el derecho de defensa.

B) ES UNA MEDIDA PROVISIONAL.- Es decir, no es definitiva y se dicta por un plazo, que no durará más de nueve meses o más de dieciocho meses tratándose procesos complejos. Esto quiere decir que vencido el plazo, sin haberse dictado sentencia de instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio que se dicte medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

C) ES UNA MEDIDA VARIABLE.- Como toda medida cautelar, pues está sujeta a cambios; es decir, puede cesar si nuevos elementos de convicción demuestran que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulta necesario sustituirla por una medida de menos gravedad. Esto se conoce como cesación de la prisión preventiva. Si nuevos elementos de convicción ponen en cuestión los primeros es evidente que la medida ya no resulta razonable mantenerla y debe ser sustituida.

Para tal caso el Juez, debe tener en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.¹¹

3.4. FINES DE LA PRISION PREVENTIVA SEGÚN EL N.C.P.P

La prisión preventiva es de naturaleza cautelar (excepcional). Es cautelar porque se dicta antes de la decisión judicial que pone fin al proceso y diferente a la cautelar civil, justamente por su incidencia en un derecho fundamental, como lo es la libertad ambulatoria de la persona. La regla general es la libertad, y la excepción la prisión preventiva del imputado sometido a proceso, conforme lo ratifica nuestra carta política,

¹¹ José Andrés Arbañil Sandoval, Juez Superior Supernumerario-Sala Penal Liquidadora Transitoria de Jaén)

cuando afirma que, el fin supremo de la persona humana es su dignidad, y tiene derecho a la libertad y seguridad personal ya no se habla de libertad provisional ni variación de la detención o prisión sino de cesación.¹²

Art. 283.- Cesación de la Prisión Preventiva.- 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 la cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.

- ❖ su finalidad es asegurar el cumplimiento de lo decidido al final del proceso penal: la sentencia de condena, es decir cumpla con la pena impuesta, evitando que con su fuga se genere elusión de la justicia, o que con su libertad durante el proceso entorpezca la actividad probatoria generando subsecuente impunidad al no poder condenársele por ausencia o debilitamiento de prueba, o que aprovechando de su libertad logre el imputado desaparecer su patrimonio, impidiendo que en su momento se repare el daño causado como reparación civil a favor de la víctima.
- ❖ el juez penal de oficio, sin petición previa, puede variar la prisión preventiva por una medida de menor intensidad o dejarse sin efecto, dado su función de garante de los derechos fundamentales y del debido proceso. no debe

¹² BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ. JUEZ DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. ICA 14 Diciembre de 2013

confundirse la provisionalidad, con la temporalidad de la prisión preventiva. esta última se refiere a la duración de la medida que será delimitada por el juez al momento de dictarla, con un plazo máximo delimitado siempre por el tiempo indispensable que la justifique¹³

la prisión preventiva se constituye en la medida coercitiva de carácter personal de mayor magnitud que prevé nuestro sistema jurídico procesal, siendo así los fines que se pretende lograr con la prisión preventiva los siguientes:

Fines Generales:

- ❖ Indirectos: estos fines sirven para garantizar una buena y pronto administración de justicia, porque sirve para garantizar el restablecimiento del orden y la tranquilidad social perturbada por el hecho delictivo, además de garantizar el interés social, en la investigación de los delitos y garantizar la seguridad de terceras personas, así como también de los bienes.
- ❖ Directos: consiste en asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal por el hecho delictivo; así como también, asegurar el éxito de la investigación preparatoria y el normal desarrollo del proceso, como también el de facilitar el descubrimiento de la verdad mediante la realización de las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben ser entorpecidas por los imputados en determinado delito.

¹³ BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ. JUEZ DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. ICA 14 Diciembre de 2013

Fines Específicos:

En parte vemos que se trata de asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del juicio ante la autoridad encargada de su juzgamiento, garantizar la eventual ejecución de la pena, posibilitar al inculpado el ejercicio de sus derechos a la defensa, evitar su fuga u ocultamiento, evitar la destrucción o desaparición de pruebas tales como huellas, instrumentos, cuerpos del delito, etc.

La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a la realidad. Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado.¹⁴

En definitiva, la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción del de presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huya de fórmulas automáticas o de reglas tasadas.

¹⁴ José María Asencio Mellado. «La reforma de la justicia penal» (BJU2003-00192), concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante y confinando por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

En la estructura de la prisión preventiva, esto ocurre con el cuántum de la pena a imponerse, es decir, la denominada prognosis cuyo cálculo probable tiene relación con la suficiencia probatoria; de lo que se puede concluir que la suficiencia y la prognosis están dentro del contexto del *fumus comissi delicti*

3.5. CARACTERISTICAS DE LA PRISION PREVENTIVA.

Rolando Gialdino, señala que la prisión preventiva constituye una medida necesariamente excepcional y que la libertad del procesado debe ser la regla añadiendo que las excepciones deben estar expresamente contenidas en la ley de manera razonable.¹⁵

La prisión preventiva es una medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional que tiene por finalidad limitar temporalmente la libertad del imputado de forma más grave, a efectos de obtener la efectiva aplicación de la ley penal.¹⁶

Víctor Cubas Villanueva, establece que la regulación actual está regulada por los artículos 268 y siguientes del N.C.P.P con el nombre de prisión preventiva y tienen las siguientes características:

- ❖ **FACULTATIVA:-** En el artículo 268 del N.C.P.P no es una norma imperativa, sino facultativa y deja a criterio del juez para que, basado en la ley y los hechos determine la imposición de la prisión preventiva, luego de un juicio de razonabilidad.

- ❖ **DEBEN CONCURRIR TRES REQUISITOS:-**

- Prueba suficiente.-** se trata de garantizar efectivamente la libertad personal, por ello ,solo se dictara mandato de prisión preventiva cuando existan fundados y graves elementos de

¹⁵ GIALDINO, Rolando. La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos. 2009

¹⁶ CACERES JULCA, Roberto E. (2009), las medidas cautelares en el nuevo código procesal penal. Lima- Jurista. Editores, pag.166

convicción para determinar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.

Prognosis de la pena superior a cuatro años.- el juez realizara un análisis preliminar de las evidencias disponibles y sobre esa base formulara una prognosis de la pena que podría recaer en el imputado. Solo dictara mandato de prisión preventiva cuando la pena probable sea superior a cuatro años de privación de la libertad, desde la perspectiva del caso concreto y no de la pena condenatoria para el delito material del proceso.

Peligro Procesal.- constituye el verdadero sustento de la medida cautelar, que se aplicara cuando sea previsible que el imputado, por sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular permita corregir razonablemente que tratara de aludir la acción de la justicia.

❖ **REQUIERE DE RESOLUCION FUNDAMENTADA.-**el juez de la investigacion preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del minsiterio publico realizara la audiencia para determinar la procedencia de la prision preventiva, cual se llevara a cabo con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor, quien en caso de inasistencia podra ser reemplazado por el defensor de oficio.

El imputado debe estar plenamente identificado e individualizado , para evitar las detenciones por homonimia .si el juez de la investigacion preparatoria no considera fundado el requerimiento de prision preventiva optara por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.

❖ **ESTA SUJETA A PLAZOS:-** la detencion es una emdida excepcional y por ello esta limitada en el tiempo , no tiene duracion indefinida. La prision preventiva según lo dispuesto

por el artículo 272 no durara mas de nueve meses, pero tratandose de procesos complejos, no durara mas de diesciocho meses .¹⁷

3.6. PRESUPUESTOS DE LA PRISION PREVENTIVA EN EL N.C.P.P.

La prisión preventiva, es la medida cautelar personal más radical y afectiva, es por ello el legislador ha establecido puntuales exigencias en el artículo 268° del código procesal penal.

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

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

Se ha seguido con cierta similitud con los presupuestos fijados por el Art. 135 del CPP de 1991; sin embargo, el art. 268 del NCPP trae algunas diferencias que vamos mostrar. El fiscal está legitimado para solicitar prisión preventiva pero es el Juez quien decidirá. En el ámbito del *fumus comissi delicti*, la norma exige la presencia de fundados y graves

¹⁷ PEÑA CABRERA, Freyre. Ob.cit.pag.383-385

elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este. Los fundados y graves elementos de convicción, entendemos como la información recolectada por el fiscal, que debe ser aparejada a su requerimiento y que describa la existencia de un delito en sus aspectos objetivos y subjetivos, por ejemplo, el hallazgo de una persona fallecida con proyectiles incrustados en el cuerpo determina que se está ante un homicidio. Ahora, este delito debe tener una conexión con el imputado; esto es, que haya elementos probatorios que lo vinculen como autor o partícipe del delito. La pregunta que debe hacerse es ¿qué información se tiene para inferir que el investigado es el presunto autor? La conexión debe basarse en los datos que tenga el fiscal en su poder.¹⁸

Roberto Julca; señala que los artículos 268,269y 270 del código procesal penal prescriben e individualizan los presupuestos materiales de la prisión preventiva. Para el juez de la investigación preliminar decreta la prisión preventiva del imputado, deben concurrir elementos de convicción de los que se pueda sostener con probabilidad que el imputado es el autor o participe de un hecho punible y que no se someterá al proceso u obstaculizara la averiguación de la verdad; por lo que se entiende que para disponer una detención preventiva deben necesariamente concurrir los requisitos establecidos en los literales a,b y c del artículo¹⁹ 268 del N.C.P.P.

Toda limitación de libertad, adoptada en el curso de un proceso penal, deben responder a dos tipos de presupuestos o condiciones.

- a)** Existencia del periculum in mora o peligro en la demora . entendiendo tambien como daño juridico derivado del retardo del procedimiento

¹⁸ ABUSO DEL MANDATO DE PRISIÓN PREVENTIVO Y SU INCIDENCIA EN EL CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN PENAL EN EL PERÚ, por el doctor ROOSEVELT CABANA BARREDA de la universidad UNIVERSIDAD ANDINA "NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ

¹⁹ CACERES JULCA, ob.cit, pag 194-196.

que viene determinado , en el proceso penal, por el peligro de fuga o de ocultacion personal o patrimonial del imputado.²⁰ Todo esto radica en el peligro de fuga del procesado y en la existencia de una situacion de riesgoo peligro, de que el inculpado se sustraiga al proceso a la ejecucion de la condena.

b) Entre los motivos que justifican la privación de libertad, tenemos:

- ❖ El riesgo de fuga del imputado
- ❖ El peligro de obstaculacion de pruebas o manipulacion de las existentes
- ❖ Riesgo de reiteracion delectiva
- ❖ Necesidad de que cunda la alarma social.

Pablo Sánchez, refiere que el artículo 268 del N.C.P.P. prevé determinados presupuestos materiales para el dictado de la medida de la prisión preventiva que se encuentran taxativamente previstos en el artículo antes mencionado.

3.6.1-FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN;

La existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo. (Suficiencia probatoria).

Este presupuesto implica que el fiscal en las primeras diligencias que realizara será con la finalidad de lograr el esclarecimiento de los hechos y donde se verá que contra el imputado se ha recogido una suficiente actividad probatoria que demuestre su participación en el hecho que se le atribuye; es por eso que debemos precisar que con este presupuesto no se pretende exigir al imputado de los cargos en su contra ,en todo caso esto se va a demostrar en la etapa del juicio oral, donde podrá con el trascurso de la investigaciones recoger

²⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal. Proceso penal. Valencia: Edit tirant lo Blanch,1993,pg 336.

mayores elementos de convicción para el sustento en la etapa ya mencionada,

La suficiencia probatoria está referida a los elementos razonables sobre la vinculación como autor o participe del delito,. Podemos precisar dos aspectos, uno de ellos referido al objeto de suficiencia probatoria que aparte de que exige una razonable fundamentación probatoria sobre la existencia del delito.

La ley exige la necesidad que tiene el juez de evaluar los elementos de convicción que acompaña el fiscal en su pedido, de tal manera que sirvan para sustentar la imposición de la medida que quiere decir que viene hacer la labor investigadora preliminar en relación al imputado con el delito.

En este primer presupuesto vemos que es la información recolectada por el fiscal, que debe ser aparejada a su requerimiento y que describa la existencia de un delito en sus aspectos subjetivos y objetivos y su vinculación con el imputado.

- ❖ Existencia del hecho, encierra todo lo que tiene que ver con certificado médico, acta de constatación, pericias, etc.
- ❖ Vinculación con el imputado, no basta cualquier imputación, tiene que ser una que lo vincule con un **ALTO GRADO DE PROBABILIDAD**, de tal manera que estemos casi seguros que es el autor o responsable.

Ya que los elementos de convicción son actos de investigación , tanto de la policía como de la fiscalía, que sustentan la existencia verosímil de la imputación de un hecho delictivo a una determinada persona; es decir, son elementos de convicción de cargo que son llevados a la audiencia, como sustento probatorio del requerimiento de prisión preventiva.

Andrés Ibáñez señala que “la imputación en sentido estricto, implica una afirmación de hecho (ha pasado algo penalmente relevante), un juicio (provisional) de cierta acción con algún tipo de delito, la atribución (asimismo en principio) de su autoría a un sujeto; y la decisión de iniciar contra éste, una actividad de persecución de la cual y dentro de la cual tiene derecho de defenderse. (...) La imputación tiene que ser verosímil, es decir lo que en ella se afirma debe conformar una hipótesis plausible según el orden normal de las cosas. Con este fin el que imputa está obligado a fundar ya su afirmación en datos. Así no sirve como base para la imputación una sospecha imprecisa –por ejemplo por razón de olfato- que no cuente con apoyo en una información verbalizable e intersubjetivamente valorable. Esta exigencia es la traducción procesal de principio de hecho o de materialidad de la acción, propio del derecho penal sustantivo, que condiciona la legitimidad de toda iniciativa dirigida al ejercicio del ius puniendi a la individualización de una conducta, a primera vista típica, es decir, descrita en un precepto del Código Penal”.²¹

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

Precisamos que la afirmación de la verosimilitud del delito no solamente puede determinarse a través de indicios, sino que también mediante elementos convicción, entendido estos últimos como elementos probatorios. Ahora bien cuando el literal a) del artículo 268°.1 del CPP señala que deben de existir fundados y graves

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

elementos de convicción, debe interpretarse en el sentido que se prefieren indicios o elementos probatorios de calidad respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados para estimar razonablemente la comisión de un delito, antes que la cantidad de indicios o elementos de prueba²².

3.6.2.- PROGNOSIS DE LA PENA (SUPERIOR A 4 AÑOS).

Este requisito implica una proyección por parte del juez que la pena a imponer de llegar a juicio y se compruebe la responsabilidad del imputado, va hacer superior a los 4 años, esta proyección de la pena probable debe ser de resultado de la suficiencia probatoria de lo contrario estaríamos sujetos a un requerimiento puramente formal.

Este presupuesto también implica, un análisis preliminar de la pena concreta que habría de imponerse al procesado si fuera el caso, no solo a partir de la pena básica o conminada por la ley, sino la que podría aplicarse realmente teniendo en cuenta los eventuales atenuantes y los agravantes que hubieren, así como los elementos personales señalados por los artículos 45y 46 del código penal.

Al igual que la legislación anterior, nos encontramos con la probabilidad de pena a imponer mayor a cuatro años que pueda merecer el imputado, esto se trata de posibilidad de la pena en atención al delito que se le imputa y de los elementos de convicción (prueba) existentes. El análisis y razonamiento judicial debe llevarlo a determinar, en vía de probabilidad y con las pruebas que presenta el fiscal, la pena que podría imponer al imputado. En este presupuesto para la prisión preventiva no se trata de un prejuzgamiento, por lo que no solo el juez que lo dicta no será el juez del juicio, sino de una

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

prognosis de pena de naturaleza temporal, útil solo para deducir la prisión. En consecuencia no se trata de la pena conminada prevista en el código penal para cada delito; sino de poner énfasis a la consideración del juez sobre la pena que podría aplicarse sobre la base de la prueba existente.

La prisión preventiva está condicionada a una sanción legal que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor, superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena está sujeta a una serie de variables, entre estas las circunstancias relacionadas a la realización del hecho punible.

La existencia de este presupuesto no está referido a la pena fijada por la ley para el delito, sino al análisis preliminar que tendrá que realizar el juez para considerar la pena probable, que implica un acercamiento, un cálculo a esa determinación conforme a los actuados existentes en la oportunidad en que corresponda dictar la medida y que será regla al momento de aplicar la prisión preventiva.

El juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar a un nivel razonable la probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de la libertad, es decir ; el juez debe valorar el caso concreto y no aplicar una regla penológica general sin sentido.

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

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

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

Prognosis según el Diccionario de la Real Academia Española es el conocimiento anticipado de algún suceso, y trasladado al campo penal es interpretado como el conocimiento anticipado de la pena a imponer, o mejor dicho la pena probable a imponerse. Para tal tratamiento se necesita analizar la figura de la “individualización de la pena”, figura que, a pesar de estar ligada siempre a la actividad judicial, creemos que, en estos casos de prisión preventiva el Fiscal debe fundamentar su prognosis de pena, lo que le permitirá, a su vez, la posibilidad de ser debatido en la audiencia por la defensa del imputado, y al final valorado por el Juez. Por lo que, no basta con que el Fiscal en su pedido de prisión preventiva fundamente este presupuesto estableciendo únicamente que la pena del delito es superior a cuatro años.

Es notorio determinar que la pena es el procedimiento por el que se fija la pena concreta que se impone a una determinada persona,

responsable de una determinada conducta delictiva²³. En este sentido, si se asume que el delito es un injusto culpable y graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable. Se trata de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.²⁴

3.6.3. PELIGRO PROCESAL.

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

San Martín afirma que “dos son los motivos de prisión preventiva que bajo su amparo postula nuestra ley (...) A. El primer motivo está referido a la pena prevista en el caso concreto para el imputado, siempre que se trate de la comisión un delito doloso (...).B. El segundo motivo se vincula a dos reglas, de carácter subjetivo, referidas al peligrosismo procesal: peligro de fuga y peligro de oscurecimiento de la actividad probatoria”²⁵.

El Periculum In Mora, constituye el verdadero sustento de la prisión preventiva, la misma que se aplicara cuando exista indicio o evidencia razonables, de que el imputado aludiera el proceso o que obstruya en los actos de investigación.

²³ DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 741

²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 23, 2008, p. 199. 92 Prado Saldarriaga, Víctor. Consecuencias jurídicas del delito, IDEMSA, Lima, 2016, p. 197.

²⁵ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. “La privación cautelar de la libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ibídem, p. 35.

El peligro procesal presenta dos supuestos: la intención del imputado de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) y la intención de perturbar la actividad probatoria, este apartado exige la verificación del peligro procesal que debe de estar ausente para evitar la medida de coerción. El legislador ha considerado importante establecer los dos manifestaciones del peligro procesal y de criterios que deben de observarse en cada caso.²⁶

Roberto E. Cáceres Julca, señala “ que se trata de un presupuesto material que contiene dos elementos: peligro de fuga y de entorpecimiento dela actividad probatoria “, estos presupuestos pueden presentarse individualmente o en conjunto; para acreditar el peligro procesal porque basta con identificar la existencia de algunos de ellos, no son admisibles las sospechas o presunciones por lo que si no es posible reconocer la presencia de alguno de estos elementos no puede acreditarse el peligro procesal , por lo que podemos precisar que el peligro procesal, como presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta , la legitima , la avala y constituye el requisito más importante de esta.²⁷, ya que su valoración debe estar basada en juicios certeros, validos que es la libertad en este caso del imputado.

El peligro procesal hace alusión al Periculum In Mora, que constituye un presupuesto de toda medida cautelar que hace referencia a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación.²⁸.El Periculum In Mora desarrolla el riesgo de frustración y de peligrosidad procesal , porque el riesgo de frustración es la eventual esencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad ya no eventual, comporta la

²⁶ SANCHEZ VELARDE. Ob.cit.pag 336-338.

²⁷Exp.N° 1091-2002.HC, caso Vicente Ignacio Silva Checa.

²⁸ CUBAS VILLANUEVA, Victor y otros .ob.cit.pp.513-514

imposibilidad de perseguir dicho proceso y realizar su fin , pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad.

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

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

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. 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.

Pujadas Tortosa considera que “(...) la comisión de un delito, el móvil del mismo, la desvalorización social del acto, su forma de ejecución (circunstancias todas ellas que se usan como elemento indiciario para evaluar la peligrosidad) son sólo circunstancias que pueden 1) servir

como indicio para valorar la capacidad material de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar (en el supuesto de comisión de delitos complejos, básicamente) o 2) poner de manifiesto la necesidad de prestar atención a circunstancias psíquicas del sujeto (por ejemplo, a partir de determinados móviles o de la comisión de delitos con un elevado grado de desvalorización del acto). Pero en ningún caso cabe afirmar que la comisión de un delito tenga, en la apreciación de la peligrosidad procesal, el papel primordial que juega en la de la criminal (...).²⁹

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

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

El peligro procesal constituye un aporte del N.C.P.P, la enunciación de supuestos para calificar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, ya que esta calificación en la práctica judicial no ha sido homogénea y en algunos casos fue arbitraria y subjetiva.³⁰

²⁹ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Ibidem., p. 209

³⁰ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al nuevo código procesal penal. Grijley.lima,2004,pag.43

En el peligro procesal encontramos posturas, y una de ellas es de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga. En efecto la tendencia más reciente ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuestos de la detención. esta posición se sustenta que solo se autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar su comparecencia al juicio y por el pacto internacional de derechos civiles y políticos (en su artículo 9 numeral 3), autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales.³¹

La segunda postura, puede denominarse **intermedia**, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria y finalmente, existe una tercera tendencia propia como modelo de **prevención radical** de incorporar nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reinterancia , la gravedad de la pena, criterios procesales de procesado, factores morales o cuestiones de orden público.³²

A.- PELIGRO DE FUGA: El peligro de fuga se refiere a la posibilidad de que el imputado evite no someterse al proceso, eludiendo o burlando la acción de la justicia, mediante la fuga o el ocultamiento. “La posibilidad de que el procesado se fugue debe ser analizada en conexión con varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de un posible sentencia prolongada. En consecuencia, si los órganos

³¹ ORE GUARDIA, Arsenio, las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano, trabajo expuesto en el evento denominado “derecho penal en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Lima. 18 de mayo del 2006, pp, 43 y 44.

³² ORE GUARDIA, Arsenio>:ob.cit,pag.45

judiciales que intervienen en un caso determinado no pueden demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada”³³.

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

De acuerdo al artículo 269°, inciso 1, el primer criterio para determinar si la conducta del imputado representa peligro de fuga, es la imposibilidad de establecer su arraigo, sea domiciliario o laboral.

El arraigo es el supuesto más complicado de probar, y también al que más se recurre. De hecho, de los 4 criterios que dan contenido al peligro de fuga, es el de mayor sustentación. Este dato concuerda plenamente con la que es, quizás, la vinculación procesal más estrecha en cuanto al periculum in mora se refiere. Tal es la relación entre el peligro de fuga y la falta de arraigo del procesado, que en la práctica referirse a cualquiera de los elementos supone hacer alusión al otro, y viceversa. Por ello, no extraña que este criterio se convierta en el mayor recurso fiscal a la hora de sustentar el peligro de fuga.

El peligro de fuga es el supuesto más difícil de acreditar debido a la falta de información. A ello hay que agregarle casos en que después de presentada la denuncia, la víctima no hace el seguimiento del caso ni colabora aportando mayores elementos; de igual manera, la familia del imputado no comprende lo urgente que resulta contar con la información necesaria a tiempo. Fiscales y defensores se ven limitados en la búsqueda de evidencia referida al arraigo, debido a

³³ LÓPEZ GARELLI, Mario. “derecho a la libertad personal y al debido proceso: algunos casos recientes en el sistema interamericano de derechos humanos”. En: *luset praxis*, volumen N° 5, número 1, Universidad de Talca, 1999, p. 279.

varios factores, como una importante carga de trabajo, escasos recursos y plazos cortos. En este escenario no se puede generar evidencia contundente sobre la existencia o no del peligro de fuga del imputado.

Para el caso del peligro procesal, el legislador peruano ha incluido pautas de interpretación que pueden ser consideradas alternativamente en la sustentación fiscal; el problema reside en que en algunos casos dichas pautas lejos de clarificar, restan fortaleza a los argumentos orientados a argumentar el peligro procesal sobre la base de indicadores objetivos. Ese es el caso del segundo presupuesto del artículo 268º, referido a una pena probable mayor a los 4 años.

Para el legislador peruano, la gravedad de la pena, es un indicador de la potencial fuga del investigado, por el solo hecho de la imputación que se incoa en su contra. Esta relación es por demás cuestionable, en la medida que no permite acreditar fehacientemente cómo es que a más pena, mayores posibilidades existen que el imputado fugue.

En la práctica este tipo de supuestos no solo no aportan elementos que permitan considerar que en efecto el imputado intentará huir, sino que abre puertas para que algunos fiscales pretendan la disposición de prisión preventiva del imputado, sobre la base solo de dos presupuestos, y no de tres, como exige la norma. Es entonces cuando se produce la distorsión en la interpretación de los presupuestos materiales.

De acuerdo al inciso 2 del artículo 268º, se requiere probar que la pena a imponerse sería superior a los 4 años, y conforme al segundo inciso del artículo 269º referido al peligro de fuga, este quedará acreditado si se argumenta la gravedad de la pena. En las audiencias de prisión preventiva, observamos que en buena medida los argumentos

empleados para sustentar el segundo presupuesto material, son luego repetidos para fundamentar la pena grave. Pero, además, otro tema preocupante es el alto porcentaje de fundamentación de este supuesto como parte del requerimiento fiscal. Esta situación nos revela que cuantas menos exigencias imponga la norma y el procedimiento, el ritmo de trabajo de los operadores tenderá a que se adopten los caminos más simples, y no necesariamente en beneficio del imputado.

El tercer supuesto del peligro de fuga se refiere a la actitud del imputado de cara al resarcimiento del daño causado.

Peligro de fuga: comportamiento del imputado. En principio, resulta conveniente precisar que cuando analizamos el supuesto del CPP que hace referencia al comportamiento del imputado durante el procedimiento, o en otro procedimiento anterior, debemos realizar un análisis restrictivo de este enunciado, considerando únicamente aquel procedimiento que, aunque iniciado de manera previa, continúa vigente, y donde además, debido a su inconcurrencia, el imputado hubiese sido declarado reo contumaz. Es decir, no debería considerarse como parte del análisis actual el comportamiento del imputado en procesos previos, ya concluidos.

En tal sentido “el juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal del imputado en un determinado delito ha de ser conjugado con el periculum in mora o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento que (...) viene determinado por el peligro de fuga o de ocultación del imputado”³⁴.

Dentro del ámbito de examen del peligro de fuga, no se encuentra la complejidad del proceso, pues si bien este elemento incide sobre la duración del proceso, y por tanto está referido a la tramitación del

³⁴ GIMENO SEDRA, Vicente. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Ob. cit., p. 447.

proceso, no tiene ninguna incidencia sobre la posible conducta que pueda asumir el sujeto pasivo de la medida coercitiva.

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

Se puede referir ya sea a eludir el sometimiento al proceso o a burlar la acción de la justicia, por ello la necesidad de la medida de aseguramiento, además podemos precisar que el peligro de fuga consiste en el peligro de que el imputado no se somete al procedimiento penal ni a la ejecución.

Así tenemos, que conforme el artículo 269° del CPP del 2004, para calificar el peligro de fuga el juez tendrá en cuenta:

- ❖ El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo teniendo las facultades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto vínculos de carácter familiar, amical y de negocios, grado de influencia que pueda ejercer en determinados ámbitos socio-político.
- ❖ La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.
- ❖ La importancia del daño reversible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente frente a él.

- ❖ 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.

El peligro de fuga, implica la existencia de elementos concretos que llevan a presumir el riesgo muy probable de que el imputado pretenderá sustraerse al progreso penal, a la acción de la justicia y a su responsabilidad. El artículo 269° del CPP, señala tener en cuenta aspectos muy puntuales como son: nuevamente la gravedad de la pena establecida por la ley; pero en relación a que una pena mayor significa un más alto riesgo de fuga o sustracción del imputado al proceso, la existencia o no de arraigo de parte del imputado.

Por lo que el peligro de fuga en términos positivos, el aseguramiento de la presencia del imputado al proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento del inculcado a la ejecución de la presumible pena a imponer.³⁵ el peligro de fuga está relacionada con la posibilidad de que el procesado se sustraiga de la acción de justicia y no se puedan cumplir los fines del proceso por diversas razones; y esto en la investigación puede causar un grave perjuicio pues el procesado si bien está protegido por el derecho a la no autoincriminación,³⁶ tiene deber de soportar las actuaciones procesales que se le exijan.

Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ; trata sobre la existencia o no del arraigo, el mismo que debe ser evaluado para dictar o denegar prisión preventiva. Se enfatiza que la valorización debe ser sobre aspectos cualitativos y vinculados a otros elementos que en conjunto puedan definir la procedencia de la medida cautelar..

³⁵ ASECIO MELLADO, Jose Maria. La prisión provisional. Civitas.Madrid,1989,pag 104

³⁶ El derecho a la no incriminación deriva del respeto a la dignidad de la persona que constituye una parte esencial del proceso en su estado de derecho.

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

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

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

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

Asimismo cabe puntualizar que “el riesgo de ocultamiento se torna insuficiente pasado cierto plazo, pues disminuye en la medida que se dilata la detención, ya que el lapso de ésta será computado a efecto del cumplimiento de la eventual pena”³⁷.

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

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

B.- PELIGRO DE OBSTACULIZACION.

“La peligrosidad es un estado subjetivo, referido a un objeto sí, pero indicativo de una determinada tendencia o intención personal. En mi opinión apreciar la peligrosidad procesal exige atender a una especie de disposición anímica o predisposición para materializar el riesgo de frustración”³⁸.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 2/97, párrafo 41.

³⁸ PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Ibíd*em, p. 119.

Con relación al peligro de obstaculización, en el distrito judicial de Lambayeque en el año 2017 solo en 66 casos fue sustentado por el fiscal; es decir, alcanzó el 50% de las audiencias observadas.

En términos generales, es un importante nivel de fundamentación del peligro procesal, ya que frecuentemente los fiscales acreditan el peligro de fuga, en concreto, el no arraigo del imputado, y adicionalmente, para el caso peruano, la gravedad de la pena. Esto quizás tenga explicación debido a los retos que supone probar la intención del imputado de, por ejemplo, destruir, modificar o alterar medios de prueba, o de influir negativamente en posibles testigos.

De hecho, la dificultad de probar es mayor para el caso de los supuestos de peligro de obstaculización, tanto por el contenido de los criterios, como por el tiempo con el que cuenta el fiscal, primero, para advertir que en efecto el imputado tiene una conducta que podría encuadrarse dentro del peligro de obstaculización; y segundo, para acopiar elementos de prueba que sustenten sus afirmaciones en audiencia.

Insistimos en las dificultades que impone trabajar con plazos cortos. En la mayoría de las audiencias, los detenidos son capturados en flagrancia, con lo cual, si comparamos las exigencias que implica para un fiscal acopiar elementos de prueba que, por ejemplo, acrediten el no arraigo del imputado o la gravedad de la pena, y por otro, la intención de destruir medios de prueba, es evidente por qué el Ministerio Público se decantaría por acreditar lo primero. Es decir, el peligro de fuga.

El peligro de obstaculización debe ser entendido como el accionar del imputado o de terceros vinculados a su persona que tiene por fin entorpecer, alterar o cuando menos hacer mucho más difícil la

búsqueda de las fuentes de prueba o la incorporación de los medios de prueba al proceso penal.

Con la publicación de la ley N° 30076, la cual modifica el artículo 268 del NCPP, respecto a la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, deja de ser considerado como un presupuesto de la prisión preventiva, para pasar formar parte de una de las circunstancias que el juez deberá tener en cuenta para calificar el peligro de fuga.

De la doctrina se desprende que el peligro de reiteración delictiva es una figura jurídica autónoma, toda vez que no se encuentra comprendido dentro del peligro de fuga (artículo 269° del NCPP), ni en el peligro de obstaculización (artículo 270 del NCPP.); por lo que , en la presente investigación se llega a considerar las siguientes condiciones y / o supuestos que podrá tener en cuenta el juez al momento de dictar el mandato de prisión preventiva:

- La gravedad y modalidad de la conducta punible.
- El número de delitos que se le imputan y el carácter de los mismos
- La existencia de procesos pendientes del imputado
- Encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios penitenciarios
- La condición de reincidente y / o habitual del imputado
- Existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra la víctima o su familia.

Siguiendo los lineamientos de la prisión preventiva se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, que en definitiva, se persigue que la justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos

complicados, que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles, que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales.

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

En conclusión, como bien dice Asencio Mellado “(...) el peligro de obstrucción ha de ser concreto en cada caso dado y no meramente genérico o abstracto (...) sin que valga una mera probabilidad abstracta basada en conjeturas o razonamientos generales”³⁹. Por lo que se entenderá toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado con su comportamiento o influenciado a otros a que actúen en su nombre entorpecerá la averiguación de la

³⁹ ASECIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal. 2 Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pp. 205, 209

verdad en alguna de las modalidades previstas por el artículo 270° del Código Procesal Penal. Dicho de otro modo la prisión preventiva vinculada al peligro de obstaculización tendría que responder a una necesidad realmente existente y justificable para tener por cumplida su finalidad cautelar procesal.

3.7. PROLONGACION DE LA PRISION PREVENTIVA

Para Pablo Sánchez “La ley también mantiene la institución de la prolongación de la prisión preventiva solo cuando concurren “circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia”, fijándose de una prolongación no mayor a los 18 meses. Puede interpretarse que esta prórroga puede ser adicional al supuesto de complejidad, lo que sumando al plazo máximo anterior daría un total de 36 meses. Además podemos decir que corresponde al fiscal hacer el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, debiendo el juez de la investigación preparatoria citar a una audiencia dentro de los tres días siguientes con asistencia del fiscal, el imputado y su defensor y luego de haber escuchado a las partes podrá dictar la resolución en la misma audiencia o podrá hacerlo dentro de las 72 horas siguientes. Esta diligencia es de suma importancia porque el juez conocerá de los fundamentos que tiene el fiscal sobre la necesidad de prolongar la prisión del imputado, con vista de la documentación sustitutoria.

Vásquez Mario, indica que “Los presupuestos para que la prolongación del plazo de detención sea válidamente dirigida y que en el proceso existan circunstancias que importen una especial prolongación de la investigación, y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia; la especial dificultad , no está referida a la pluralidad de imputados o agraviados, circunstancias que determinan en la norma la aplicación del plazo especial detención por

complejidad del proceso. “La especial dificultad o prolongación de la investigación puede entenderse referida por ejemplo a la necesidad de realizar informes periciales complejos e inusuales que ameriten recopilación abundante de muestras y multiplicidad de exámenes, o cuando para cumplir con el objeto del proceso sea necesario recabar información en el extranjero; situación que producen la necesidad de una considerable prolongación de la investigación judicial”.⁴⁰

La Prolongación de la Prisión Preventiva, es una institución autónoma, distinta de la Prisión Preventiva, y por la cual se permite prolongar el plazo de la prisión preventiva por 18 meses más, tanto si el proceso es simple o el proceso es complejo., y es autónoma, pues sus presupuestos son distintos a los de la Prisión Preventiva. Así también lo considera el Tribunal Constitucional: “Al respecto: a) en cuanto al caso penal sub materia se tiene un proceso complejo en el que el plazo de la duración de la prisión preventiva preventiva se encuentra establecido en 18 meses, contexto en el que resulta inoportuno el alegato de la supuesta aplicación de la prolongación de la prisión preventiva, que es un instituto procesal distinto que no guarda relación con el caso constitucional de autos”. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 01014-2011- PHC/TC. Tacna. Henry Vidal Guevara Huashualdo.

En primer lugar es importante establecer que ha y dos presupuestos muy diferenciados y separados por una vocal disyuntiva, (en este caso la "o" es conjunción disyuntiva: sirve para indicar exclusión o alternancia entre dos o más cosas o personas: personas: Dime si vamos al cine o al teatro), siendo estos presupuestos los siguientes:

- ❖ Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad

⁴⁰ VASQUEZ VASQUEZ, Marlio. (2001). Plazo y suspensión de la detención judicial. *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 97. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 73 y 74

- ❖ Cuando concurren circunstancias que importen una prolongación de la investigación, y que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Asimismo se debe señalar que con la publicación de la Ley N° 30076, la cual modifica el artículo 274 del NCPP, también se podrá prolongar la prisión preventiva cuando concurren circunstancias que importen una prolongación del proceso.

3.8. PRINCIPIOS QUE SE APLICAN EN LA PRISION PREVENTIVA.

Pablo Sánchez afirma que “se trata de la medida coercitiva o cautelar de mayor gravedad en el proceso penal pues importa la privación de la libertad del imputado mientras dure el proceso o hasta que se varíe por otra medida o cese dicha privación”

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

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.- La proporcionalidad significa que la prisión preventiva debe ser un determinado caso: necesaria, idónea, imprescindible, para poder asegurar el proceso y la sujeción del imputado al mismo. La prisión preventiva se aplica solo si de todas las demás medidas de coerción posibles resulta la única adecuada y proporcional a la necesidad y utilidad de garantizar la investigación y en del proceso en su integridad.

Exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados. El sentido actual del

principio es el de estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo.

La proporcionalidad constituye un requisito sustancial en la limitación de los derechos fundamentales, razón por la que también es reclamable en materia de prisión provisional al afectar directamente a la libertad de movimientos. Instituto de Ciencia Procesal Penal 24 En el ámbito de la prisión provisional, la proporcionalidad tiene una muy especial relación con los requisitos de excepcionalidad y provisionalidad, muchos espacios comunes que, en ocasiones, hace muy difícil una distinción exacta de sus consecuencias. No obstante, conviene delimitar un espacio propio de este requisito esencial y este no puede ser otro que el de los presupuestos que la ley establece como legitimadores de la medida y la naturaleza que, como consecuencia de ellos, se asigne a la prisión preventiva la cual, obviamente, repercutirá en la finalidad asignada.⁴¹

Asimismo establece que este principio está integrado por tres sub principios:

- ❖ El subprincipio de idoneidad.- La idoneidad supone que la prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica cuando no existe otra medida cautelar menos lesiva del derecho a la libertad, que cumpla con la función de sujetar al imputado al proceso o para evitar la frustración del mismo. Asimismo afirma que se trata de un juicio que tiene una doble exigencia. En primer lugar que la medida restrictiva de derecho tenga un fin que sea constitucionalmente valido, y en segundo lugar, que la medida en si misma sea idóneo para alcanzar el fin propuesto.

⁴¹ José María Asencio Mellado. Instituto de Ciencia Procesal Penal

- ❖ El subprincipio de necesidad o de alternativa menos gravosa.- señala que prevé los límites de las medidas coercitivas de acuerdo a la intensidad, estableciendo cuando la misma supera el límite de tolerable. Así cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro de fuga o de obstaculización, debe acudirse a ellas, todo como consecuencia del principio de proporcionalidad, cuyo subprincipio de necesidad indica que debe buscarse en la injerencia a los derechos fundamentales la medida menos gravosa.
- ❖ Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de prohibición de exceso.- considera que la proporcionalidad strictu sensu obliga a que la medida considerada suficiente para el fin perseguido no suponga un tratamiento excesivo en relación con el riesgo para el proceso sino con el interés que la justifica teleológicamente.

Ore Guardia, grafica intensamente el principio de proporcionalidad, en forma siguiente:

“Consideramos que resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca daños social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de la libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de la pena.” (Oré Guardia, ARSENIO: Las Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal Peruano; Edit. Reforma, Lima, Primera Edición, 2011, pp. 34).

No exige que la limitación de la libertad personal persiga amparar intereses generales, sino que esta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo.

Desde este principio se articulan dos motivos concurrentes para la legitimidad de la privación de libertad: delito grave y peligro procesal

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL: La privación de la libertad solo se puede dar en los casos expresa y taxativamente previstos por la Ley y siempre y cuando se cumplan los presupuestos, los requisitos y/o las condiciones expresamente establecidos por la misma. Y con las garantías que la ley concede a toda persona detenida. Considera que el Código Procesal Peruano es respetuoso con este principio rector. Su art. 253 dispone la obligación de sometimiento a la ley para la restricción de cualquier derecho fundamental en un doble sentido: por un lado, exigiendo la autorización legal para que sea procedente su acuerdo; por otro lado, disponiendo que el desarrollo de cualquier limitación habrá de ajustarse a las determinaciones legales y a las exigencias previstas en la norma.

Trasladadas estas exigencias a la prisión provisional, resulta que la misma sólo podrá acordarse en el seno del proceso penal, nunca al amparo de normas de otra naturaleza, ni en procedimientos de otro tipo y que su adopción y desarrollo se habrán de acomodar a las determinaciones previstas en el propio Código Procesal Penal.

Es un principio definitorio del proceso penal. Como sabemos, se refiere a que los delitos y las penas deben estar debidamente establecidos por la ley. Solo la ley determina las conductas delictivas y sus sanciones. No existe un delito ni pena sin ley que lo haya establecido previamente. De ello deriva, que en nuestras

sociedades, la ley debe ser escrita no determinada por los usos ni la costumbre, anterior a los hechos, estricta no aplicable por analogía en modo alguno y cierta de aplicación taxativa y plenamente determinada.

En el Nuevo Código Procesal Penal, el Principio de Legalidad, se encuentra enunciado entre otros, en el Artículo I numeral 2 del Título Preliminar del CPP, que establece: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este código.” Ello nos recuerda que el proceso penal se encuentra plenamente determinado, en forma previa, estricta y cierta por la ley.

PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD: La privación de la libertad necesariamente debe ser dispuesta por un Juez competente. Solo la autoridad judicial, en un debido proceso y por resolución suficientemente motivada, puede disponer una medida así: SENTENCIA EXP. N° 2050-2002-HC/TC. Esta sentencia también distingue la privación de la libertad, de la restricción de la libertad, señalando que el arresto es una restricción de la libertad pero no una privación de la libertad.

La prisión preventiva, así como el resto de medidas cautelares penales, a excepción de la detención policial o el arresto ciudadano, siempre provisionalísimas, deben ser acordadas por una autoridad judicial, al entrañar una limitación de derechos fundamentales. Nunca, pues, ni siquiera preventivamente, puede el Fiscal o la policía acordar una medida o medidas tan graves para la libertad del imputado. En este punto, como disponen los arts. 254 y 255, no cabe delegación alguna. Asimismo la jurisdiccionalidad, en un sistema procesal en el que la investigación se confiere al Ministerio Público y en el que el Juez es, esencialmente, de garantías, debe preservar la imparcialidad

absoluta de este último, ya que sería un contrasentido atribuir los actos de parte, especialmente la prisión provisional que siempre, al final, se traduce en una anticipación de la pena, a la parte acusadora y permitir al Juez que restringiera la libertad de oficio o, lo que es lo mismo, que adoptara decisiones que siempre se resuelven en una anticipación de la sentencia condenatoria.

PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.- Las medidas limitativas de derechos deben aplicarse única y exclusivamente en situaciones específicas, ajustadas estrictamente a la naturaleza particular del proceso. No debe aplicarse más allá de los límites estrictamente necesarios. Asimismo este principio comporta una exigencia para el órgano jurisdiccional consistente en que sólo impondrá la medida cautelar como último recurso para cumplir los fines de la investigación.⁴² Este principio se aplica en casos excepcionales, extremos, en que se hace necesaria para poder llevar a cabo y asegurar los fines del proceso de investigación. Este principio va ligado al Principio de Necesidad que señala que solo se podrá aplicar cuando no baste otra medida menos gravosa, para conseguir los mismos fines, como podría ser una comparecencia restringida.

Como consecuencia ineludible de los derechos que asisten al imputado a lo largo de la tramitación del proceso y, especialmente, el que consagra la presunción de inocencia (art. II), la libertad ha de ser la regla, debiendo el inculcado permanecer en esta situación de forma ordinaria. Solo, pues, excepcionalmente, y cuando sea estrictamente necesario y no puedan alcanzarse los fines propuestos mediante otras disposiciones menos intensas, podrá acordarse la limitación de libertad en que toda prisión preventiva se traduce. La prisión

⁴² “Una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas”. Exp. N.º 033-2000-HC/TC. Lima, 13 de abril de 2000.

provisional, pues, en modo alguno debe ser ni la única, ni la forma preferente de alcanzar el aseguramiento del proceso. La ley debe regular, con carácter ordinario, las suficientes medidas de las llamadas «alternativas» (aunque yo prefiero calificar a la prisión provisional de alternativa en tanto ella es la excepcional y no las restantes disposiciones). Puede afirmarse sin reparos que, cuando no existan mecanismos intermedios suficientes entre la libertad y la prisión, aunque se proclame retóricamente el respeto a los derechos del imputado, se tratara esta de una declaración vacua y sin referente alguno real.⁴³

3.9.- PRESUNCION DE INOCENCIA:

El principio acusatorio, resguarda el principio de presunción de inocencia por cuanto corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, es decir el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Otro significado, en orden al *onus probandi*, es que la necesidad de afirmar la certeza de los cargos objeto de acusación recae materialmente sobre el Fiscal, en cuanto titular de la acusación pública.⁴⁴

El literal e) del numeral 23 del artículo 2 de la Constitución Política establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. La norma N1

⁴³ José María Asencio Mellado. Instituto de Ciencia Procesal Penal

⁴⁴ DEFENSORIA DEL PUEBLO, La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, Módulo IV para defensores Públicos, Documento elaborado por Checchi And Company Consuting, Colombia, pág. 09.

contiene explícitamente una regla sobre cómo debe ser tratado el imputado por una infracción mientras no se declare su responsabilidad: inocente, esto es, como si no hubiera efectuado la infracción que se le imputa. N1 también establece implícitamente que un Juez es el competente para declarar la responsabilidad de una persona, lo cual debe ser concordado con lo establecido en el numeral 10 del artículo 139 de la Constitución, que establece el principio de no ser penado sin proceso judicial. Ahora bien, ¿es correcto considerar.

MAIENR", en el mismo sentido que BINDER comparte esa opinión al indicar que las discusiones acerca de la presunción de inocencia se habría evitado si se hubiera comprendido el principio invirtiéndolo, pues éste principio no es para afirmar que una persona es inocente sino que no puede ser considerada culpable hasta que exista una condena judicial, por ello sustenta que es uno de los límites más importantes al poder del Estado. Además señala que el principio de presunción de inocencia solo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena, por ende. la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos⁴⁵.

Por su parte Tiedervian". Considera que el principio de presunción de inocencia determina el comportamiento de los órganos de persecución penal frente a la opinión pública y a los medios de comunicación, como derecho fundamental faculta a los ciudadanos a exigir el trato y

⁴⁵ Mainz, Julio. Derecho Procesal Penal T. I. 2da edición, 2da reimpresión. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 490

consideración de inocencia, o si se quiere de no autor, hasta que se dicte la sentencia⁴⁶

Jaen Vali...E.10", nos señala que el principio de inocencia como el in dubio pro reo son manifestaciones del principio general a favor rei que inspira el proceso penal e inspira en distintos planos como principio constitucional el principio de presunción de inocencia, crea a favor del ciudadano el derecho subjetivo a ser considerado inocente. Mientras que el in dubio pro reo constituye un principio general del derecho, que se dirige al juzgador como una norma de interpretación para que, a pesar de haber realizado actividad probatoria y existiendo duda razonable en el ánimo del juez, sobre la existencia de culpabilidad del acusado se declare la absolución.⁴⁷

La Presunción de Inocencia constituye, sin duda alguna, el Principio rector del Derecho Penal de los Estados democráticos y respetuosos de los Derechos Humanos. Normativamente hablando, el Perú contiene en su Carta Fundamental una alusión expresa a este derecho fundamental, consagrándolo en el apartado e del inciso 24, artículo 2º. Como presunción iuris tantum que es, el Principio analizado requiere de una actividad probatoria dirigida expresamente a acreditar que la persona procesada es responsable del delito que se le imputa, vale decir que se precisa de pruebas que demuestren contundentemente tanto la materialización del hecho punible, como la intervención del procesado, ya sea como autor o partícipe. Esta labor denominada carga de la prueba corresponde exclusivamente al Ministerio Público, de acuerdo al artículo 14 de su Ley Orgánica y adicionalmente al agraviado constituido como Parte Civil en el proceso judicial. La Presunción de Culpabilidad que hemos apreciado en la resolución

⁴⁶ TIEDFMANN, KLAUS y Otros. Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal penal. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 139.

⁴⁷ JAEN VALLEJO, MANUEL. Ob. Cit. p. 19.

referida líneas arriba, obviamente no tiene ninguna cabida en un Estado de Derecho como el Perú, lo que sucede es que comúnmente algunos de nuestros operadores penales actúan bajo una premisa que parece indicar que toda persona de inicio es culpable y por lo tanto debe demostrar su inocencia; mientras ello, toda las medidas coercitivas y la propia imputación en si quedarán firmes.

El proceso penal está para determinar la responsabilidad del imputado sobre la comisión de tal acto delictivo afirmado en su contra, no para determinar la peligrosidad, toda vez que en el proceso se examinan las imputaciones sobre la base de hechos cometidos y no sobre hechos probables que pudieran producirse, ya que en el proceso se afirma el postulado “no hay pena sin acto realizado”.

El maestro Alberto Binder consagra el derecho a la libertad y la contrapone a la presunción de inocencia al llegar a afirmar incluso que los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes, ya que la inocencia es un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable, ya que la situación “normal” de los ciudadanos es de “libertad”, la libertad es el ámbito básico de toda persona, independiente sin referencia alguna al derecho o al derecho procesal.⁴⁸

Nuestra Constitución ubica a la presunción de inocencia dentro de los Derechos Fundamentales de la persona afirmando que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, según lo estipulado en el Artículo 2º inciso 24 –e. Esta norma constitucional tiene aplicación directa e inmediata al caso concreto, es decir, no requiere de otra disposición que la desarrolle.

⁴⁸ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Op. cit. p. 43.

Es de observancia obligatoria por los jueces, fiscales y policía, en los casos que son de su conocimiento. También en aquellas investigaciones administrativas realizadas por los Órganos de Control del Poder Judicial y Ministerio Público. La inocencia que se incrimina a una persona ya sea por una infracción siempre se presume, y debe ser observada por toda autoridad hasta que una sentencia dictada por el Juez lo niegue o lo confirme.⁴⁹

El derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales como la detención preventiva o detención provisional, sin que ello signifique su afectación, “(...) porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho⁵⁰.

Presumir es sospechar, conjeturar, juzgar por inducción y sostener aquello en lo que se cree hasta que se pruebe lo contrario. Presunción es el acto y el efecto de presumir. En condiciones de normalidad es una expectativa razonable sobre el futuro que dirige la atención de una determinada manera.

Afirmar que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente lo contrario, es una de las más importantes conquistas de la humanidad en los últimos tiempos. La presunción de inocencia pertenece a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho, así se encuentra consagrado

⁴⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial IDEMSA, Año 2004, Pág. 2009

⁵⁰ Haas, Evelyn. «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán». Ponencia presentada en el *XII encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina*, realizado en Punta del Este (Uruguay), del 10 al 14 de octubre de 2005. pp. 4

en la Constitución Política Peruana, Art. 2 “toda persona tiene derecho a inciso 24: a la Libertad y a la seguridad personales.

El Tribunal Constitucional ha manifestado que: “La detención provisional tiene como ultima finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional”⁵¹

BECCARIA sostiene que: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”[8]. Tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito. Lo esencial del principio en servir de fundamento a un nuevo modo de concebir la condición y situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.⁵²

3.10.- DURACION DE LA PRISION PREVENTIVA

La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de

1. ⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 1567-2002-HC/TC. Caso Alejandro Rodríguez Medrano. 05/08/2002.

⁵² Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789. Art. 9: “Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable”

garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a la realidad. Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida Decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado.⁵³

el art. 272º del Nuevo Código Procesal Penal fija un sistema de plazos, el mismo que, según Aragonese Martínez, está diseñado a evitar que el inculcado permanezca privado de la libertad más tiempo que el que podría derivarse de la hipotética condena⁶⁴. Se trata, en palabras de Asencio Mellado, de una segunda vía, fundamentada en razones de justicia, que actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*.⁵⁴

El artículo 272º del Código Procesal Penal establece de manera taxativa los tiempos de duración de la prisión preventiva. En caso de que no revistan características de complejidad, la prisión preventiva no durará más de nueve meses. En los casos en que se llevan procesos complejos el plazo de la detención se podrá extender a 18 meses. Además el artículo 274º del Código Procesal establece una segunda prolongación por 18 meses más, previa solicitud fundamentada del Fiscal (es decir; 36

⁵³ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La reforma de la justicia penal» (BJU2003-00192), concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante y cofinanciando por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

⁵⁴ ASECIO MELLADO, José María: La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987. Pág. 255

meses en total) siempre que concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación preparatoria y que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia

El NCPP 2004 contempla dos posibilidades de detención de una persona por parte del Estado: en casos de flagrancia delictiva, en los que podrá intervenir tanto la Policía como ciudadanos comunes, y mediante un mandato judicial.

Una vez detenido el sujeto de investigación, entrarán a tallar los siguientes plazos máximos de duración de las distintas modalidades de detención anteriormente descritas:

- ❖ Como plazo general, tanto la detención policial como la detención preliminar judicial durarán como máximo 24 horas. Finalizado este lapso, el representante del Ministerio Público deberá decidir entre dos opciones: solicitar la inmediata libertad del detenido; o, previa comunicación con el juez de investigación preparatoria, solicitar, mediante requerimiento formal, la realización de una audiencia de prisión preventiva o de otro tipo de medida cautelar para continuar con su investigación. El juez tendrá un máximo de 48 horas para realizar dicha audiencia.
- ❖ En casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas, la detención preliminar —sea como resultado de flagrancia delictiva (detención policial) o por mandato judicial de detención preliminar— tendrá 15 días como plazo máximo de duración.

- ❖ De acuerdo con el Código Procesal Penal, existe también la posibilidad de que, vencido el plazo de detención policial o detención preliminar, el fiscal opte por una tercera vía de acción: de persistir las razones que originaron la detención del sujeto investigado, lo pondrá a disposición del juez de investigación preparatoria y le requerirá un “auto de convalidación de la detención”.

En respuesta, el juez realizará “ese mismo día” una audiencia a la que asistirán el fiscal, el imputado y su defensor, y decidirá sobre el particular mediante resolución motivada en la que deberá explicar de modo coherente, claro y suficiente las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a la decisión. De acuerdo con el Artículo 266, “la detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales”, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del juez para determinar si dicta prisión preventiva o alguna otra medida cautelar. El carácter provisorio o temporal de la prisión preventiva se encuentra directamente relacionado con el derecho a no ser sujeto de un proceso penal ni mantenido en prisión más allá de plazos razonables.

El artículo 272 del Código Procesal Penal establece de manera taxativa los tiempos de duración de la prisión preventiva. Si el caso no reviste características de complejidad, la prisión preventiva no durará más de 9 meses. En los casos en que se llevan procesos complejos, el plazo de la detención se podrá extender a 18 meses.

Además, el artículo 274 del Código Procesal establece una segunda prolongación por 18 meses más, previa solicitud fundamentada del fiscal es decir, 36 meses en total, siempre que concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación preparatoria y que el imputado pueda sustraerse de la acción de la

justicia. Esto lo puede hacer el juez de oficio o a pedido de parte. Si otorga libertad esto no le exime a dictar medidas de aseguramiento distintas a la detención, para poder garantizar que asista a las diligencias en las que sea necesaria su presencia. Puede establecer las restricciones incluidas, las que dispone el art. 288, numerales 2 y 4, que son:

- ❖ Obligación de no ausentarse del lugar donde reside. Evitar concurrir a determinados lugares que lo condicionen a cometer otros delitos, como el domicilio de la víctima o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen, por ejemplo, para firmar un libro de control, aunque esto se va sustituyendo con lapiceros digitales también con tecnología biométrica.
- ❖ La obligación de otorgar una garantía patrimonial o caución económica, cuya cuantificación debe ponderarse con las posibilidades del imputado. Se permite que la caución se sustituya por una fianza personal idónea y suficiente de un tercero. La finalidad es garantizar que si el imputado incumple o se da a la fuga, se ejecuta la caución sin perjuicio de que se adopten las medidas.

Roberto E. Cáceres Julca considera “la posibilidad que el órgano jurisdiccional tiene de aplicar las medidas coercitivas como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan la libertad. Este trato implica establecer un plazo razonable para que un ciudadano acusado de un delito sea procesado y condenado contado desde la fecha de aprehensión del imputado; por tanto, la extensión temporal del proceso está fijada por la ley de un modo previo, preciso y categórico, como toda limitación a las libertades fundamentales”⁵⁵.

⁵⁵ CACERES JULCA. Ob. Cit. Pág. 239 y 240

Para el jurista Pablo Sánchez Velarde “la prisión preventiva tiene sus límites temporales y se establece que su plazo no excederá de nueve meses y se considera que cuando se trate de procesos complejos el plazo límite será de dieciocho meses (Art. 272). En este último supuesto ha de estimarse que el caso que se investiga debe de haber sido declarado complejo, bajo los criterios de número de imputados, agraviados, concurso de delitos, dificultades en la realización de las pericias, principalmente”⁵⁶.

Los arts. 272 a 277 desarrollan un apartado esencial en la regulación de la prisión preventiva, que revela, cuando se ajusta a los postulados universalmente aceptados, un proceso acusatorio propio de un Estado democrático. Lejos han quedado los tiempos en que cualquier imputado era automáticamente ingresado en prisión provisional, por tiempo indefinido y solo, en determinados casos, con el límite de la previsible duración de la pena a imponer. Lejos quedan también los tiempos en que la libertad del imputado era la excepción, de modo que las leyes solo permitían su acuerdo cuando el imputado no condenado hubiera cumplido un plazo mínimo en situación de privación de libertad.⁵⁷

La regulación de esta materia en el CPP peruano se efectúa, adecuadamente, a través de una estructura que parte de establecer una regla general, unas excepciones, unas reglas de cómputo y unas consecuencias para el caso de agotamiento de los plazos legales.⁵⁸

3.11.- COMPUTO DE LOS PLAZOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Víctor Cubas señala que “el artículo 275 del CPP introduce normas precisas para efectuar el cómputo del plazo de prisión preventiva y

⁵⁶ SANCHEZ VELARDE. Ob. Cit. Pág. 341

⁵⁷ Jose Maria Asencio Mellado, Instituto de Ciencia Procesal Penal

⁵⁸ Jose Maria Asencio Mellado, Instituto de Ciencia Procesal Penal

dispone que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos el tiempo en que la causa sufriera dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa. Porque en la práctica se ha verificado que los imputados ante la expectativa de acceder a la libertad al cumplimiento del plazo, realizan maniobras dilatorias”. Además afirma que “el Legislador ha realizado previsiones importantes regulando cómo hacer el cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y se ha dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, caso en el que no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de emisión de dicha resolución; y para que en los casos en que se declare la nulidad de proceso seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva”⁵⁹.

Los plazos previstos como máximos para la permanencia del imputado en situación de prisión provisional se corresponden con la necesidad de verificación por parte del Estado de unas funciones determinadas legalmente, que justifican la situación privativa de libertad. El legislador, pues, en la norma, realiza una ponderación entre los derechos del imputado no condenado, los intereses estatales en el buen fin del proceso y la obligación del Estado de imprimir celeridad a las causas con peso. Con base en estos elementos, dispone una determinada duración a la excepcional privación de libertad de un inculcado.⁶⁰

La posibilidad que el órgano jurisdiccional tiene de aplicar las medidas coercitivas como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan la libertad. Este trato implica establecer un plazo razonable para que un ciudadano acusado de un delito sea procesado y condenado

⁵⁹ CUBAS VILLANUEVA. Ob. Cit. Pág. 389

⁶⁰ Jose Maria Asencio Mellado, Instituto de Ciencia Procesal Penal

contado desde la fecha de aprehensión del imputado; por tanto, la extensión temporal del proceso está fijada por la ley de un modo previo, preciso y categórico, como toda limitación a las libertades fundamentales.⁶¹

El artículo 272° segundo párrafo del Código Procesal Penal establece que en casos de procesos complejos el plazo máximo de prisión preventiva es de 18 meses. En estos casos lo que se evalúa son factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, el alcance de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o imputados, la seguridad126 especial que amerite un particular proceso127 debido a la gravedad del tipo penal y algunos otros elementos propios de cada caso, que objetivamente permitan calificar un determinado proceso como complicado.⁶²

Cabe precisar que no es posible solicitar la prolongación de la prisión preventiva basado en la actitud negligente del órgano funcional, pues “la dilación indebida del proceso no imputable al beneficiario de la acción no puede ni debe afectarle; por lo que la deficiencia administrativa (ello) (...) viola los derechos del encausado reconocidos en el apartado c) del tercer párrafo del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles que garantiza que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas. (Así) la medida

⁶¹ Por ello se dice que “el Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maqueda. Sentencia del 17 de enero de 1995, párrafo 25

⁶² En lo atinente a “la complejidad del asunto, este Colegiado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “para su valoración es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”. Exp. N.º 549-2004-HC/TC. Lima, 21 de enero de 2005.

preventiva privativa de la libertad no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos de la investigación judicial y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano, como lo establece el artículo 1º y el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado”⁶³

Naturalmente, esta regla excepcional está sujeta a dos requisitos que siempre habrá que interpretar a favor del imputado. Por un lado, que nunca se podrá presumir el dolo o la intención maliciosa, ni entenderla automáticamente por el solo hecho de la realización de ciertos actos con carácter general; muy al contrario, la intención maliciosa debe ser acreditada en cada caso, valorando las circunstancias particulares del mismo. Por otro lado, que bajo ninguna condición podrá ser considerado como retraso malicioso el ejercicio del derecho de defensa, de manera que la petición de diligencias complejas por el imputado, salvo que aparezcan como impertinentes o inútiles único criterio objetivo de referencia, siempre deberá ser valorada como lícita.

La regla, prevista en el art. 273, coherente con la naturaleza provisional de la prisión preventiva, no puede ser otra que la excarcelación automática del preso una vez vencido el plazo máximo legalmente previsto, con sus correspondientes, en su caso y si proceden, prolongaciones. No hay posibilidad alguna de ampliar el plazo de prisión provisional una vez que se ha cumplido el máximo previsto, aunque la sentencia no se hubiera pronunciado y aunque se mantuvieran las razones que justificaron su adopción. No cabe, en el Estado de derecho, inclinar siempre la balanza a favor del interés público y hacer recaer sobre el imputado todos los efectos negativos cualquiera que sea el origen de los problemas. Si el Estado no cumple con su deber de celeridad, solo éste debe ser responsable de los mismos.

⁶³ Exp. Nº 110-99-HC/TC. Lima, 22 de junio de 1999.

REVISIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

La prisión preventiva como medida cautelar podrá ser sujeta a revisión mediante un pedido de cesación. La cesación de la prisión preventiva consiste en un pedido realizado por la defensa del imputado detenido, en virtud de la cual se solicita la finalización de la prisión preventiva cada vez que:

- ❖ nuevos elementos de convicción demuestren que ya no concurren los presupuestos materiales que la determinaron;
o
- ❖ cuando el plazo de la prisión preventiva haya concluido. Frente a esta decisión, sea que se le otorgue la libertad o se la deniegue, procede un recurso impugnatorio de apelación.

Asimismo, el artículo 283 del NCPP 2004 establece que la persona privada de su libertad podrá solicitar al juez de investigación preparatoria la cesación de la prisión preventiva y, consecuentemente, su variación por cualquier otra medida las veces que lo considere conveniente. Ante este pedido, el juez convocará a una audiencia para tal efecto, en la que tanto el solicitante esto es, la defensa del imputado como el fiscal a cargo de la investigación fundamentarán sus respectivas posiciones. Al igual que en la audiencia original, este requerimiento será resuelto durante la misma audiencia o durante las 72 horas de haberse llevado a cabo.

Como se ve, el NCPP 2004 exige que sea la defensa la que solicite la cesación o revisión de la medida cautelar. El código no contempla una revisión de oficio por parte de la autoridad judicial, como sí ocurre en otros países de la región.

Finalmente, la cesación de prisión preventiva puede ser revocada. Para ello, deberá, como en todos los casos, ser requerida por el fiscal en cualquiera de los siguientes escenarios:

- ❖ Cuando el imputado infrinja las reglas de conducta impuestas por el juez de investigación preparatoria en la resolución que declara procedente la cesación de la prisión preventiva.
- ❖ Cuando el imputado no se presenta a las diligencias señaladas por el juez de investigación preparatoria sin motivo alguno que lo justifique.
- ❖ Cuando el imputado realiza actos que permitan evidenciar o demostrar una preparación o actitud de fuga.
- ❖ Cuando durante la libertad del imputado surjan elementos que sustenten nuevamente los presupuestos materiales que justifican el dictado de la prisión preventiva. Estos elementos podrán ser nuevos o similares a los que originalmente generaron el primer dictamen de prisión preventiva.

CAPITULO IV

EL ABUSO DE LA PRISION PREVENTIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

El proceso penal es el que se realiza con el fin de encontrar la verdad de lo que efectivamente ocurrió cuando se produjo un hecho delictivo. Con el Código Procesal Penal el fiscal es el Director del proceso, es la persona que tiene que poner su mayor esfuerzo para tratar de averiguar qué exactamente pasó y a partir de ahí, hacer una valoración de los hechos para solicitar una sanción de las personas que participaron en los hechos. Esto lo hace a través de la acusación. El juez durante este proceso de investigación preliminar es quien vela por las garantías de las personas y no se afecte ningún derecho fundamental. Posteriormente, durante el juicio se encargará de juzgar y valorar los hechos de acuerdo a lo que le plantea el fiscal, la parte agraviada y la defensa para establecer si amerita imponer una sanción o no a través de la sentencia.

La aplicación de la prisión preventiva se considera como un deporte nacional, debido a que ciertos jueces la aplican violando los códigos procesales del Perú, la constitución y los convenios internacionales.

Según el artículo 9 inciso 3, del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, nos indica que la prisión preventiva no debe establecerse como una regla general, sino que esta debe ser excepcional y aplicada a los imputados cuando exista la sospecha razonable de una posible evasión de la justicia, la de obstaculizar la investigación, por intimidación a los testigos o también destruyendo las evidencias.

Asimismo también sucede en la regla 6.1. de lo que se denomina reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas

de la libertad, que indica que la prisión preventiva está considerado como un último recurso.

Con el fin de evitar abusos de discrecionalidad judicial, que afecten el principio de la legalidad penal y la división de poderes, los recientes hechos de público conocimiento, plantean una necesidad de analizar de manera más exhausta y concreta las restricciones de libertad durante el proceso, como parte de un principio rector sobre la libertad de las personas imputadas, en el marco del proceso penal, la privación de la libertad no es un fin en sí mismo, sino un medio instrumental y cautelar.

En Lambayeque, la mayoría de casos ha sido utilizada como una restricción a la libertad de la persona y lo que implica una detención sin ninguna condena, la cual no está debidamente fundamentada, debido a que los órdenes judiciales evita actuar de una manera justa y con ello solo se entorpece dicho orden judicial. Prueba de ello es que entre el 2016 y 2017; se ha incrementado el 6% de la población penitenciaria.

Si aceptamos que toda persona se presume inocente mientras una sentencia no declare lo contrario podemos concluir que, sólo excepcionalmente debería encarcelarse a quien no se ha condenado. Dicha excepcionalidad obedece a la necesidad de asegurar la realización de un proceso y a evitar que un probable culpable eluda la acción de la justicia, sobre todo en casos graves. Este principio tan simple de enunciar es, sin embargo, difícil de preservar en un contexto en el que las exigencias coyunturales de represión terminan desplazando a la protección de las libertades.

El uso excesivo de la prisión preventiva se ve reflejado en los datos estadísticos del Instituto Nacional Penitenciario. Así, de los 71,913 internos a nivel nacional, sólo 36,111 se encuentran en calidad de sentenciados, en tanto que 35,802 internos están en calidad de

procesados al habérseles dispuesto la medida cautelar de prisión preventiva. Es decir, que para la mitad de la población penitenciaria a nivel nacional el Estado aún no define su responsabilidad penal, sino que a pesar de encontrarse vigente la presunción de inocencia dichas personas se encuentra “preventivamente” privadas de su libertad. Sin lugar a dudas nos encontramos frente a un problema complejo que no sólo afecta al sistema penal en su conjunto, sino principalmente a la sociedad y al ciudadano de a pie. Queda en evidencia, pues, las deficiencias estructurales de nuestro sistema de justicia penal, que no solo requiere reformas legislativas sino una serie de cambios que involucren, por ejemplo, fortalecer la independencia judicial desde todos los ámbitos, es decir reconocer y respetar la función que realiza todo Juez o Jueza en tanto y en cuanto imparten justicia.

En nuestro país y en el distrito judicial de Lambayeque, lastimosamente, la idea de la prisión preventiva se ha desvirtuado por completo y se utiliza y exige sin el mayor tino, como si se tratara de una sentencia anticipada y sin juicio previo. Esto ha hecho que personas inocentes sean encerradas en prisión, vivan en pésimas condiciones y por si fuera poco- convivan con los peores delincuentes, Hace unos meses la entonces la que era ministra de Justicia, Marisol Pérez Tello, visitó el penal de Picsi en Chiclayo y lo describió como "terrible" pues estaba tan hacinado que los presos dormían en el suelo, en celdas sucias y amontonadas. Se supone que nuestro sistema penal tiene por fin resocializar, pero todos sabemos que esta es una gran mentira y que las cárceles en el Perú son una suerte de escuelas del delito en las que manda el más fuerte.

En el Perú tienen una sobrepoblación de más del 120% es porque alrededor del 40% de los reos no tiene una sentencia firme. Algunos de este 40% no tienen condena firme porque han apelado a su sanción, pero la gran mayoría simplemente no tiene ningún tipo de condena están en prisión preventiva.⁶⁴

⁶⁴ Editorial Alto Voz

Si en el Perú vemos estos porcentajes nos imaginamos que porcentaje de los reos que están dentro del centro penitenciario de picso están con prisión preventiva. Y cuánto tiempo les espera para poder tener un juicio y dictarles una sentencia. Por lo que en muchos casos hay usos y abusos de la prisión preventiva. Solo hay que darse cuenta de lo que significa que el 40 % de las prisiones están sobrepobladas por gente que vive con prisión preventiva, solo el 60 % de los reclusos están con carcelería producto de sentencia. Se supone que esta es una figura "excepcional" que debería ser utilizada la menor cantidad de tiempo y de veces posible ya que nuestro sistema jurídico tiene como pilar fundamental a la presunción de inocencia. En otras palabras, a la idea de que nadie es culpable –y por tanto no puede ser sancionado- hasta que se pruebe lo contrario en un juicio justo⁶⁵.

En la actualidad, muchos de los Magistrados del Poder Judicial han venido desvirtuando el mandato de detención preventiva y han logrado hacer de él un instrumento de Injusticia irreparable, habida cuenta que al decretar la detención, injustificada, han condenado a muchas personas a tener que pasar varios días en un Centro Penitenciario, sin importarles que ésta medida no es una regla sino una excepción; para luego el Tribunal Superior, Revoque ésta orden de detención y ordene su inmediata libertad. Empero para lograr ello han tenido que pasar por muchas semanas, además que para nadie es un secreto que en nuestro sistema judicial estos recursos de apelación de Mandato de Detención duran en la práctica varias semanas, debido a la lenta administración de Justicia. La presente investigación se encuentra dirigida a todas las personas que tengan interés en conocer si la aplicación del Mandato de Detención, en algunos casos, específicamente en los juzgados de Investigación Preparatoria del

⁶⁵ Editorial Alta voz

Distrito Judicial de Lambayeque, provincia de Chiclayo, es respetuoso de la normatividad, valores o ideología constitucional.⁶⁶

Tal como está estipulado universalmente, la prisión preventiva es una medida de precaución, no de sanción. Aunque debiera imponerse únicamente para neutralizar un riesgo de fuga o de obstaculización del proceso, su utilización generalizada como castigo anticipado sigue siendo uno de los retos pendientes de la reforma procesal penal en la región. Los incentivos perversos para abusar así de la prisión preventiva son diversos. Por ejemplo, aun cuando el Juez sabe perfectamente que debe ser la medida de última ratio, ni él ni nadie del sistema de justicia conocen si alguna de las medidas menos gravosas como la imposición de reglas de conducta o impedimento de salida se cumplen y/o en qué medida. Ante la ignorancia y falta de estadísticas básicas, procederá con la única medida que le garantiza neutralizar el riesgo procesal con suficiente certeza: encarcelar al sospechoso mientras avanza el proceso.⁶⁷

Como consecuencia de la aplicación excesiva de la prisión preventiva se generan ambientes hacinados, antihigiénicos, caóticos y violentos, donde los detenidos sin condena corren el riesgo de contraer enfermedades. Pero no son lo únicos inocentes cuya salud se ve amenazada por el abuso de esta medida.

Hacinamiento. Es un hecho que el volumen de la población de las prisiones está aumentando en todo el mundo creando con ello, principalmente una gran cantidad de violaciones a los Derechos Humanos, como así también en segundo plano genera una enorme carga financiera para la Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles Elías Carranza, Raúl Eugenio Zaffaroni, Oscar

⁶⁶ <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/1526>., 2018-01-17

⁶⁷ Gabriel Chávez-Tafur, Enfoque Derecho

Arce Editorial Siglo XXI Primera Edición – Año 2001 P á g i n a | 59
Seminario de Aportes Teóricos y Técnicos Recientes. “Abuso de La Prisión Preventiva.” los gobiernos y afectando gravemente la cohesión social de las sociedades.⁶⁸

En principio La persona bajo el cumplimiento de una restricción personal, sea bajo pena definitiva o bien prisión preventiva debe ser tratada respetando su dignidad, seguridad e integridad física, psíquica y moral para garantizar que estará exenta de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁶⁹ En nuestro país el Perú es uno de los países que tiene los más altos niveles de presos preventivos, sobrepasando el 50% de la población carcelaria.⁷⁰ y si hablamos de centro penitenciario de pisci eremos que esta sobre poblado de internos donde la mitad y porque no decir más de la mitad están sin sentencia alguna y simplemente están cumpliendo una medida que se les impuso que es la de la prisión preventiva.

En los casos que diario se ve en el poder judicial sobre el pedido del pedido sobre la medida de prisión preventiva recomendar a los jueces que verifiquen los tres requisitos que establece la ley, y basándose a ellos y viendo que se cumplen poder dictar dicha medida, porque el derecho a la libertad personal es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución que puede limitarse siempre y cuando confluyan ciertos parámetros.

El Perú es uno de los países en América Latina que ha hecho más uso y abuso de la prisión preventiva. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “... el uso excesivo de esta medida

⁶⁸ Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles – Elías Carranza, Raul Eugenio Zaffaroni, Oscar Arce – Editorial Siglo XXI – Primera Edición – Año 2001

⁶⁹ San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 - CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – Artículo 5.

⁷⁰ Las cifras de población penitenciaria por cada 100 mil habitantes son las siguientes: en Perú existen 180 internos por cada 100mil habitantes

es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho y la instrumentalización en el uso de esta medida como una forma de justicia expedita de la que eventualmente resulta una suerte de pena anticipada, es abiertamente contraria al régimen establecido por la Convención y la Declaración Americana”. Ese mismo Informe consigna que en el Perú a diciembre del 2012 existían 58,681 personas privadas de libertad, de los cuales 34,508 (es decir el 58.8%) no tenían condena.⁷¹

En el distrito judicial de Lambayeque en el centro penitenciario de picis los internos que están con prisión preventiva son mayormente por los casos de robo agravado, hurto agravado, violación sexual, homicidio, extorción, lesiones y tráfico de drogas.

Durante los años 2014 al 2016, en los 30 expedientes judiciales (100%), de los cuales el Ministerio Público solicito el requerimiento de prisión preventiva, en 23 expedientes se declaró fundado dicho requerimiento (76%) y se dispuso su internamiento en un Establecimiento Penitenciario; y solo 07 expedientes (23.3%) fueron declarados infundados, disponiéndose la comparecencia restrictiva.⁷²

Se observa que los criterios adoptados por los Jueces del Primer y segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, para dictar mandato de Prisión Preventiva en el Distrito Judicial de Lambayeque - Chiclayo en el periodo comprendido entre el 2014-2016, se basan en criterios generales y abstractos, aluden al Principio de Presunción de Inocencia, Principio de Proporcionalidad, a los graves y fundados elementos de convicción, al Peligro Procesal de Fuga, de

⁷¹ Luis Alberto Otárola Peñaranda, Diario la Republica – 26/03/2018

⁷² Tesis “CRITERIOS PARA FIJAR EL PLAZO RAZONABLE EN EL MANDATO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE DURANTE EL PERIODO 2014-2016 EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO de Abg. ROSA ELIZABETH DELGADO FERNANDEZ-2017

obstaculización, pero no lo establecen en forma concreta, de acuerdo a las particularidades de cada caso en concreto⁷³

El 45% de internos por delitos de robo agravado, abigeato, receptación, hurto y extorsión (1937) esperan sentencia en el centro penitenciario de Chiclayo (ex Pícsi), así lo reveló un informe elaborado por la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (Odecma) de Lambayeque. Si se tiene en cuenta que solo el 55% de la población penitenciaria ha recibido sentencia, se puede inferir que el hacinamiento carcelario en la región Lambayeque se debe en regular medida a los presos por delitos patrimoniales sin sentencia.

La aplicación de la prisión preventiva es uno de los factores que ha contribuido a elevar el número de ingresos a las cárceles. Esto teniendo en cuenta que existe una sobrepoblación de 4,000 internos entre reos de alta peligrosidad, reos comunes y mujeres como lo señalan estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario (Inpe).⁷⁴ Según el jefe de la Odecma, Cástulo Rojas Díaz, el alto número de internos sentenciados por robo agravado (1,700) son un reflejo de los altos índices de violencia e inseguridad que vive la sociedad. Mientras que la situación de los reclusos que aún no reciben sentencia son un llamado de atención para los trabajadores del Poder Judicial y el Ministerio Público.

En esa línea, indicó que el hurto y la extorsión son otros delitos con mayor incidencia. Cabe mencionar que, entre los hallazgos de dicho estudio, se puede conocer el perfil de los reos por delitos contra el patrimonio.⁷⁵

⁷³ Tesis “CRITERIOS PARA FIJAR EL PLAZO RAZONABLE EN EL MANDATO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE DURANTE EL PERIODO 2014-2016 EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO de Abg. ROSA ELIZABETH DELGADO FERNANDEZ-2017

⁷⁴ Instituto Nacional Penitenciario

⁷⁵ Diario la Republica- 23/12/2017

“Estamos instando a los jueces para que eviten la frustración de audiencias, que se cumplan los horarios y acelerar los procesos que están con mandato de prisión preventiva”, indicó Cástulo y añadió que el número de sentenciados es de 2,063 internos.

La Defensoría del Pueblo, Julio Hidalgo, sostuvo que la aglomeración que existe en el penal de Chiclayo genera un mayor riesgo de inseguridad y vulneración de los derechos que tienen las personas privadas de su libertad.

Sobre lo anterior, expresó que a diario ingresan al penal de Chiclayo entre 1 y 2 personas. Mientras que el número de internos que salen durante un fin de semana son entre 3 y 4 internos. Lo que se requiere es una infraestructura más amplia que garantice la seguridad de los internos y las personas que viven alrededor del penal. Se está planteando un reordenamiento integral que no altere la separación de ambientes del penal.

Una alternativa para combatir el hacinamiento es la otorgación de beneficios penitenciarios, según la conducta que presenten los reos durante el cumplimiento de su sentencia. Porque el factor a combatir son las dificultades para brindar atención médica a los internos que sufren graves enfermedades.

CONCLUSIONES.

- ✓ El marco legal judicial del Perú, no contempla una relación de delitos inexcusables, y respeta así la absoluta discrecionalidad del juez para imponer o no prisión preventiva. Se respetan, asimismo, los principios de excepcionalidad e instrumentalidad de la medida cautelar.
- ✓ También es positivo observar que, en casos ordinarios la prisión preventiva no durará más de nueve meses
- ✓ La prisión preventiva se aplica únicamente cuando concurren los tres presupuestos materiales que establece el artículo 268 del NCPP. Esto pretende promover su aplicación de manera excepcional, garantizando un análisis que determine un vínculo suficiente entre el acusado y la comisión de un delito, sumado a la existencia de peligro procesal de importancia.
- ✓ Los jueces cumplen con la formalidad al dictar su resolución de prisión preventiva cediendo a la presión mediática de preferir que primero vayan a la cárcel y después sean los superiores jerárquicos quienes la revoquen. no se valora el daño personal . muchas veces los presos preventivos al final del proceso salen absueltos.
- ✓ El principio de presunción de inocencia, consiste en el plano procesal en que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía de audiencia.

RECOMENDACIÓN.

- Si bien el NCPP 2004 permite a la defensa, luego de imponerse la medida, de solicitar la cesación de la prisión preventiva cuantas veces estime necesario, el código procesal no establece un proceso de revisión judicial de oficio periódico, lo cual deja al imputado a la merced de la iniciativa y/o eficiencia de su abogado defensor, por lo que sería necesario establecer un mecanismo de revisión judicial de oficio, mediante audiencia pública y contradictoria, por lo menos cada tres meses desde el momento de la detención del imputado
- Asimismo, capacitar a los fiscales en técnicas de investigación y utilización de mecanismos que permitan definir en el menor tiempo la responsabilidad penal del procesado, como es la institución del proceso inmediato; revisar la utilidad de la detención domiciliaria, que por su deficiente aplicación en años anteriores se optó por restringirlo a determinados casos, tanto que hoy ya no se impone, y claro está, implementar otros mecanismos alternos a la prisión preventiva para casos en los que aún la presunción de inocencia se encuentra incólume, como por ejemplo el brazalete electrónico, que hasta el día de hoy los jueces de la República no pueden disponer por la letanía del proceso de adquisición de dichos instrumentos, generándose con ello la inaplicabilidad de la Ley N° 29499 “Ley de Vigilancia Electrónica”, y por supuesto más hacinamiento penitenciario.

BIBLIOGRAFIA

- 1.. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel.
(1971). *Curso de Derecho Civil*. De las Obligaciones en general.
Redactado y puesta al día por Antonio Vodanovic H. Cuarta edición.
Santiago de Chile-Chile: Editorial Nacimiento.
- 2.- ASECIO MELLADO, José María. *Las medidas cautelares personales del
Proceso Penal*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Módulo 3.
- 3.- BECCARIA, C. De los delitos y de las penas, trad. de J. A. de las Casas,
Alianza Editorial, Madrid, 1968
- 4.- BIDART CAMPOS, German. (2000). Entrevista en: Garantías, Revista
Jurídica de la Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de
Buenos Aires, Nº 4.
- 5.- CAFFERATA NORES. (1977). La Excarcelación. Córdoba – Bs. As.: Ed.
Lerner.
- 6.- CALDERON SUMARRIVA, Ana C. (2011). El Nuevo Sistema Procesal Penal:
Análisis Crítico. Lima: Egacal.
- 7.- CARNELUTTI, Francesco. (1950). Lecciones sobre el proceso penal. Buenos
Aires.
- 8.- CARO CORIA, Dino Carlos. Las Garantías Constitucionales en el Proyecto
del Código Procesal Penal de mayo de 2004. En: diario “El Peruano”.
Suplemento de Análisis Legal. DPP.

- 9.- CARO JOHN, José Antonio. (2010). "Derecho penal del enemigo. Garantía estatal de una 'libertad real' del ciudadano". En: (2010). Normativismo e imputación objetiva. Lima, Ara Editores (en prensa).
- 10.- CARRARA, Francesco. (1957). Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. II, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá.
- 11.- CASTILLO ALVA José Luis; LUJÁN TÚPEZ Manuel; ZVALETA RODRÍGUEZ Roger E. (2006). Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales. Lima. Ara Editores.
- 12.- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. (2009). El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación. Lima: Palestra Editores.
- 13.- GARCÍA CAVERO, Percy. (2007) ¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo? En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (Coordinador). (2007). Derecho penal y Sociedad. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- 14.- JAKOBS, Günther. (2007) ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. Traducción Manuel Cancio. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (Coordinador). (2007). Derecho penal y Sociedad. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- 15.- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva. Traducción de Claudia Chaimovich Guralnik. Editorial Conosur. Chile, Santiago 1995. p. 13

- 16.- ORÉ GUARDIA, Arsenio. (2002). Panorama del Proceso Penal Peruano y Reformas Urgentes. Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- 17.- PACHECO GÓMEZ, Máximo. Los Derechos Humanos. Documentos Básicos. 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile, Santiago 1987.
p. 51
- 18.- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2007). Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Editorial Rodhas.
- 19.- RAMOS NUÑEZ, Carlos (2007). Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el Intento (4º Ed.). Lima: Grijley.
- 20.- REATEGUI SANCHEZ, James. La Problemática de la detención en la jurisprudencia procesal penal. Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Julio del 2008. Lima – Perú.
- 21.- SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial IDEMSA, Año 2004, Pág. 2009.
- 22.- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Comentarios al Código Procesal Penal; Edit.IDEMSA, Lima, 1994; Pág. 102;
- 23.- SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR; “Derecho Procesal Penal”. 2 Edición. Editora Jurídica Grijley. 2003
- 24.- Sentencia Casatoria N°. 01-2007, emitida por la Sala Penal Permanente.
29/07/2007.
- 25.- Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 1091 -2002 -HC Caso Silva Checa. 12/08/2002.
- 26.- Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 1567-2002-HC/TC. Caso Alejandro Rodríguez Medrano. 05/08/2002.

