



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO Y DE EDUCACIÓN

TITULO:

**“EL USO INDEBIDO DE LOS NUEVOS ELEMENTOS DE CON-
VICCION NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DEL CESE DE
LA PRESIÓN PREVENTIVA”**

TESIS:

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

KATERIN MERCEDES OYARCE VALLE

ASESOR:

DR. JOSÉ LUIS CHANAMÉ PARRAGUEZ

CHICLAYO – PERÚ

2019

I. ASPECTOS METODOLÓGICOS:

1. Título del Proyecto de Investigación:

“El uso indebido de los nuevos elementos de convicción necesarios para la aplicación del cese de la prisión preventiva”.

2. Personal Investigador:

2.1. Autor: Bachiller Katerin Mercedes Oyarce Valle

2.2. Asesor: Dr. José Luis Chanamé Parraguez.

3. Tipo de Investigación: Descriptiva – Explicativa.

4. Tesis: para optar el título profesional de Abogado.

5. Localidad e Institución donde se ha desarrollado la Investigación – Ámbito Nacional: Distrito Judicial de Lambayeque.

6. Duración Estimada del Proyecto: Un Año.

7. Fecha de Inicio: 09 de Noviembre del 2017

**“EL USO INDEBIDO DE LOS NUEVOS ELEMENTOS DE
CONVICCIÓN NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DEL CESE
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**

Tesis presentada por la Bachiller Katerin Mercedes Oyarce Valle, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo para optar el TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO.

**KATERIN MERCEDES
OYARCE VALLE**
Autor

**DR. JOSE CHANAME
PARRAGUEZ**
Asesor

Aprobada por el jurado:

**DR. LITO ROSWEL BECERRA
ANGULO**
Presidente

**DR. TEÓFILO RAMÓN
ROJAS QUISPE**
Secretario

MG. JAVIER DIAZ DIAZ
Vocal

DEDICATORIA

A Dios, por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos.

A mi madre, por ser un pilar importante en mi vida y desarrollo profesional, por guiarme siempre por el camino correcto por inculcarme valores y por enseñarme a ser perseverante hasta conseguir mis metas.

A mi abuelo que en paz descansa, por sus cuidados, enseñanzas, amor y apoyo moral en mi educación desde niña.

Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

AGRADECIMIENTO

A la universidad y docentes de la Facultad de Derecho, por haberme dado la oportunidad de desarrollarme como profesional y por haberme impartido los conocimientos necesarios para el desarrollo de mi carrera.

A mi asesor, el Dr. José Chaname Parraguez, por su orientación, para el desarrollo de este trabajo de investigación.

A mi madre, por el sacrificio, esfuerzo y dedicación durante toda mi vida, para dejarme uno de sus mejores legados, la educación; para superarme cada día más y poder finalizar la carrera con éxito.

INDICE

DEDICATORIA.....	4
AGRADECIMIENTO	5
PRESENTACIÓN.....	8
RESUMEN.....	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I.....	12
ANÁLISIS DE OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS..	12
1.1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	12
1.1.1. Realidad problemática.....	12
1.1.2. Planteamiento del problema.....	13
1.1.3. Formulación del problema.....	14
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	14
1.3. OBJETIVOS.....	14
1.3.1. Objetivo general.....	14
1.3.2. Objetivo específico	15
1.4. HIPÓTESIS.....	15
1.5. VARIABLES	15
1.6. MÉTODOS EMPLEADOS:.....	16
1.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:.....	17
1.8. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS	17
1.8.1. Cronograma:.....	17
1.8.2. Presupuesto:	18
CAPITULO II	19
LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	19
2.1. DEFINICIÓN:.....	19
2.2. FUNCIÓN.....	22
2.3. PRESUPUESTOS:	24
2.3.1. Existencia de elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito y la vinculación del imputado como autor o partícipe:.....	24
2.3.2. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad	26

2.3.3. Existencia de peligro de fuga o peligro de obstaculización.	27
2.4. MODALIDADES:	30
2.4.1. Detención Comunicada:	31
2.4.2. Detención Incomunicada:	31
2.5. PROCEDIMIENTO:	33
2.5.1. Competencia:	33
2.5.2. Trámite:	35
2.5.3. Motivación del Auto:	38
CAPÍTULO III	42
CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	42
3.1. CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:	42
3.2. PRESUPUESTOS PARA DECRETAR EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:	44
3.2.1. Elementos Probatorios de Desvirtúen el Peligro de Entorpecimiento.....	45
3.2.2. Elementos Probatorios que Desvirtúen el Peligro de Fuga:	46
3.3. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	47
3.4. PROLONGACIÓN	48
3.5. PLAZO MÁXIMO.....	50
3.6. MEDIDAS ALTERNATIVAS	50
3.6.1. La Comparecencia	50
3.6.1.1. Comparecencia Simple:	51
3.6.1.2. Comparecencia Restrictiva:	52
3.6.2. Detención Domiciliaria	53
3.7. LOS LLAMADOS NUEVOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DEL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA - CASACIÓN 391-2011- PIURA.	54
CAPITULO IV	62
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	62
4.1. CONCLUSIONES:	62
4.2. RECOMENDACIONES:	63
BIBLIOGRAFIA	64

PRESENTACIÓN

La presente investigación abordará dos instituciones de nuestro sistema penal; por un lado se tiene la prisión preventiva, como la medida restrictiva de carácter personal que consiste en la privación de la libertad personal del imputado mediante el ingreso a un centro penitenciario por un tiempo determinado por ley con la finalidad de asegurar su presencia en el proceso y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria; una medida que debe imponerse teniendo en cuenta los criterios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico; y de otro lado el pedido de cese de prisión preventiva; o cesación de prisión preventiva, que es la medida que busca contrarrestar el mandato de prisión preventiva dictado por el juez penal; teniendo nuevos elementos de convicción que permitan determinar la desaparición de los presupuestos que determinaron la imposición de la prisión preventiva.

La tesis desarrollada busca conocer y analizar los denominados “nuevos elementos de convicción” para admitir el pedido de cese de prisión preventiva, y así recuperar la libertad que fue restringida por un mandato judicial; mandato que resulta ser en algunos casos una medida muy gravosa y que es irreversible si no se presentan aquellos elementos que permitan crear convicción en el juzgador, convicción como que no existirá entorpecimiento en la investigación por parte del imputado o peligro de fuga.

Se procura sustentar que el Juez está obligado a valorar los elementos de convicción; toda vez que evaluará si los presupuestos materiales que sustentaron la medida cautelar de Prisión Preventiva han variado sustancialmente; es en este punto donde esta investigación centra su desarrollo.

La Autora

RESUMEN

El requerimiento de cese de prisión preventiva asiente que el investigado sobre el cual pesa la medida de prisión preventiva, pueda intentar su libertad si es que han surgido nuevos elementos de convicción que permitan determinar la desaparición de los presupuestos que determinaron su imposición.

Si bien existe un cierto grado de identidad pues los presupuestos de permanencia son básicamente los mismos que los de la imposición, deben agregarse las variables del tiempo transcurrido, el avance del proceso y las características personales del agente. *Pero la diferencia fundamental es que los presupuestos de imposición, contenidos en la resolución que los declaró, al estar esta consentida o ejecutoriada, son intocables.*

Es por ello que se afirma comúnmente que el requerimiento de cese no puede confundirse con un recurso de revisión de la prisión preventiva impuesta y es cierto. Una confusión usual es precisamente esa y sobre ello desarrollaremos algunas ideas más adelante.

Es decir no basta presentar en audiencia el nuevo elemento, además hay que sostener y exponer cuál es su fuerza de convicción, que puesta en una balanza, debe pesar más que el elemento que sirvió para la imposición de la medida.

El problema, que trae consigo esta institución penal surge por el uso que se le da a esta institución por parte de la defensa técnica, pues bajo el argumento que deben de existir nuevos elementos de prueba, presenta el cese de prisión en cualquier etapa del proceso, siendo una interrogante accesoria la siguiente: ¿qué sucede cuando el fiscal solicita el sobreseimiento de la causa respecto a un procesado con prisión preventiva? ¿Es posible usar dicho requerimiento como elemento de convicción para un cese?

ABSTRACT

The requirement of cessation of preventive detention assents that the investigated about which weighs the measure of preventive detention, can try his freedom if it is that new elements of conviction have arisen that allow to determine the disappearance of the budgets that determined its imposition.

Although there is a certain degree of identity since the budgets of permanence are basically the same as those of the imposition, the variables of the elapsed time, the progress of the process and the personal characteristics of the agent must be added. But the fundamental difference is that the budgets of imposition, contained in the resolution that declared them, being this consent or enforceable, are untouchable.

That is why it is commonly stated that the requirement of dismissal can not be confused with an appeal for review of pretrial detention imposed and it is true. A usual confusion is precisely that and on it we will develop some ideas later.

That is, it is not enough to present the new element in an audience, it is also necessary to sustain and expose its strength of conviction, which, when placed on a scale, must weigh more than the element that served to impose the measure.

The problem that this criminal institution brings with it arises from the use given to this institution by the technical defense, because under the argument that there must be new elements of evidence, it presents the cessation of imprisonment at any stage of the process , the following question being an accessory: what happens when the prosecutor requests the dismissal of the case regarding a defendant with preventive detention? Is it possible to use this requirement as an element of conviction for a cessation?

INTRODUCCIÓN

La presente investigación abordará dos instituciones de nuestro sistema penal; por un lado se tiene la prisión preventiva, como la medida restrictiva de carácter personal que consiste en la privación de la libertad personal del imputado mediante el ingreso a un centro penitenciario por un tiempo determinado por ley con la finalidad de asegurar su presencia en el proceso y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria; una medida que debe imponerse teniendo en cuenta los criterios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico; y de otro lado el pedido de cese de prisión preventiva; o cesación de prisión preventiva, que es la medida que busca contrarrestar el mandato de prisión preventiva dictado por el juez penal; teniendo nuevos elementos de convicción que permitan determinar la desaparición de los presupuestos que determinaron la imposición de la prisión preventiva.

La tesis desarrollada busca conocer y analizar los denominados “nuevos elementos de convicción” para admitir el pedido de cese de prisión preventiva, y así recuperar la libertad que fue restringida por un mandato judicial; mandato que resulta ser en algunos casos una medida muy gravosa y que es irreversible si no se presentan aquellos elementos que permitan crear convicción en el juzgador, convicción como que no existirá entorpecimiento en la investigación por parte del imputado o peligro de fuga.

Se procura sustentar que el Juez está obligado a valorar los elementos de convicción; toda vez que evaluará si los presupuestos materiales que sustentaron la medida cautelar de Prisión Preventiva han variado sustancialmente; es en este punto donde esta investigación centra su desarrollo.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DE OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

1.1. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1.1. Realidad problemática.

El ejercicio del derecho de la defensa técnica no sólo es una garantía de todo justificable en todo proceso judicial, sino que resulta ser un atributo que la ley concede a todo justificable para hacer uso de los medios oportunos para hacer valer su pretensión. Y esto debe presentarse de manera más eficaz cuando al diseñar su estrategia de defensa el justiciable debe hacer frente a la imputación sostenida, más aún si del diseño y la implementación de su teoría del caso, puede incluso estar dependiendo su libertad ambulatoria, como ocurre en los casos penales.

Pero si bien es cierto que en los casos penales, rige el principio de presunción de inocencia, en la práctica cuando alguien es imputado de cometer un hecho delictuoso debe implementar su derecho de defensa, el mismo que por cierto no consiste en sólo negar los cargos. En efecto, a veces incluso habría que desvirtuar el indicio de lugar con el objetivo de que ni siquiera quede la duda de la participación en un evento delictivo, pues debe quedar claro que no es lo mismo que absuelvan a una persona porque es inocente, a que los absuelvan por insuficiencia probatoria.

Sin duda que asumir la defensa de un caso penal no es tarea fácil para algún abogado y esto porque la defensa técnica tendrá que asumir el reto de defender la libertad ambulatoria de nuestro patrocinado. Sin embargo, conforme se ha expuesto, esto supone para los abogados una preparación especial no solo en el conocimiento del derecho procesal peruano, sino también en el ejercicio de principios éticos que implica dejar de lado el protagonismo que pueda suponer insistir en la defensa de una

teoría del caso o procurar el planteamiento de una solución anticipada al conflicto a fin de reducir la pena de nuestro defendido.

Por ello, en el presente trabajo de investigación se pretende establecer fundamentalmente cuáles son los límites legales que el ejercicio de la defensa técnica tiene que hacer frente. No es cierto que la defensa de un imputado sea irrestricta pues tiene límites que están señalados en la propia ley. Pero sobre todo, se busca describir cómo es que los abogados defensores de los imputados vienen desarrollando dicha defensa a partir de casos planteados en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

El propósito de la presente investigación se expresa entonces en la necesidad de evaluar no sólo el ejercicio de la defensa técnica de los procesados, sino también los límites que supone el ejercicio de la misma tomando como punto de referencia la propia ley procesal penal, que bajo la denominación de Nuevo Código Procesal Penal se nos presenta como la garantía más adecuada de imparcialidad, igualdad de armas, oportunidad en la defensa y del derecho a una sentencia justa arreglada a los hechos y a la normatividad existente.

1.1.2. Planteamiento del problema.

El requerimiento de cese de prisión preventiva permite que el investigado sobre el cual pesa la medida de prisión preventiva, pueda recuperar su libertad si es que han surgido nuevos elementos de convicción que permitan determinar la desaparición de los presupuestos que determinaron su imposición.

Los nuevos elementos de convicción deben tener calidad, más que cantidad. Se pierde tiempo inútilmente repasando los ya evaluados se les debe mencionar, sí, pero como antecedente. El debate debe centrarse en el nuevo elemento y cómo es que afecta a los presupuestos de la prisión preventiva. En este caso es imprescindible el silogismo aristotélico derivado de la premisa primaria del elemento de convicción primigenio,

premisa segunda del nuevo elemento de convicción y la conclusión, referida a cómo es que queda destruido el presupuesto de prisión que se pretende atacar.

Ello puede evitar las interminables audiencias de cese de prisión preventiva sin norte preciso, más aún en casos en los que la comparecencia restrictiva suele ser difícilmente amparable, sobre todo si hay flagrancia. Adicionalmente puede hacer que las audiencias de cese sean más fructíferas, por lo menos en cuanto a debate sustancial.

1.1.3. Formulación del problema.

¿En qué medida los nuevos elementos de convicción para solicitar el cese de la prisión preventiva, garantizan recuperar el derecho a la libertad?

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

La presente investigación tiene una justificación debido a que surge del debate y discusión entre estudiosos del derecho penal peruano y frente a las reformas e implementación del nuevo sistema procesal penal, siendo este último uno de los pilares de la democracia y como tal le corresponde respetar los derechos fundamentales, además los operadores de justicia deben resolver los conflictos que son sometidos a su competencia en cada caso concreto durante las aplicaciones de los diferentes criterios en su tratamiento, consideramos que la presente investigación suplirá las necesidades que existe de sistematizar la doctrina y jurisprudencia nacional respecto al cese de la prisión preventiva; y la valoración de los nuevos elementos de convicción para que esta sea declarada fundada.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

- Conocer los denominados nuevos elementos de convicción para admitir el pedido de cese de prisión preventiva, y así garantizar recuperar la libertad.

1.3.2. Objetivo específico

- Analizar la figura jurídica de la prisión preventiva.
- Explicar los presupuestos para la subsistencia de la prisión preventiva.

1.4. HIPÓTESIS

Solicitar el cese de la prisión preventiva importa someter a una nueva evaluación el mandato de la prisión preventiva que fue dictada; pero esta solicitud debe tener como base la presencia de nuevos elementos que deberán ser aportados por la parte solicitante, elementos que deberán incidir en la modificación de la situación preexistente; y, con ello posibilitar su aplicación; entonces si no se actúan nuevos elementos o los que se actuaron no tuvieron fuerza suficiente para aquél propósito no podrá cesar la prisión preventiva.

1.5. VARIABLES

1.5.1. Variable Independiente

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.

1.5.2. Variable Dependiente

Para la determinación de la medida sustitutiva (prisión preventiva por comparecencia restringida o simple) 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.

1.6. MÉTODOS EMPLEADOS:

La ciencia en su conjunto dispone de una amplia variedad de métodos para el conocimiento de la realidad. Esto se debe a que la naturaleza y la sociedad son diversas y complejas, por lo que cada uno de sus procesos y fenómenos exigen un tratamiento metodológico especial para la investigación.

Para la realización del presente trabajo se empleará el MÉTODO CIENTÍFICO, entendido éste como aquella estructura sistémica bipolar, cuya finalidad y definición se encuentran en estricta correspondencia con la realidad y dentro de ella. Utilizando en especial los siguientes métodos:

- 1.6.1. **Inductivo-Deductivo:** El estudio partirá de una muestra y a través de la información muestreada se inferirá o generalizará el cómo del comportamiento de toda la población o universo.
- 1.6.2. **Exegético:** Se utilizará en el estudio de los antecedentes, conceptualización y objeto de la investigación, y su fundamentación en las sentencias dictadas durante el periodo bajo estudio.
- 1.6.3. **Análisis:** Se emplea también el análisis sustantivo de la normatividad vigente en nuestro país, así como en otros países, aplicables al estudio en ciernes.
- 1.6.4. **Sintético:** Se aplicará al estudiar nuestra realidad problemática, doctrina y legislación para finalmente hacer un balance general y sistemático de toda la información recopilada en la etapa de ejecución.
- 1.6.5. **Dogmático:** El método de investigación jurídica a aplicarse, también, es el método dogmático, el cual no sólo determina el ámbito a investigar, sino que suministra un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis.

1.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

1.7.1. Bibliográficas: Se utilizará para llevar a cabo la revisión y el análisis de la bibliografía relacionada con el tema objeto de estudio, siendo aplicable a todas las fases de la presente investigación. La información requerida será obtenida de las Bibliotecas Especializadas de las Facultades de Derecho locales, Colegio de Abogados de Lambayeque, páginas web y de la biblioteca personal del investigador.

1.7.2. Fichaje: Para la elaboración del marco teórico, se empleará las siguientes clases de fichas: Bibliográficas, textuales, resumen, comentario y mixtas.

1.7.3. Estadística Descriptiva: Para una mejor presentación y explicación de los resultados a obtener, el acopio documental se plasmará en cuadros estadísticos.

1.7.4. Encuestas: Se utilizará la técnica indirecta de la aplicación de cuestionarios y obtención de estadísticas que se elaborarán oportunamente.

1.8. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

1.8.1. Cronograma:

- Recolección de Información en base a fichas bibliográficas para la investigación de la materia: meses de noviembre del 2017 a marzo del 2018
- Recolección de estadísticas: Mes de abril del 2018.
- Redacción de la tesis: Mes de mayo del 2018 a agosto del 2018.

1.8.2. Presupuesto:

Estima un monto aproximado de S/. 1,200.00 soles, que corresponde a Materiales de oficina (papel, lapiceros, resaltadores, otros), costo aproximado S/. 300.00 y el uso de servicios (gastos de movilidad y refrigerio, internet, fotocopias).

CAPITULO II

LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. DEFINICIÓN:

Entre los tipos de medidas de coerción personal existentes en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal tenemos al Mandato de Detención Judicial o Prisión Preventiva, como expresión de la máxima restricción o limitación al derecho fundamental a la libertad, así como contraparte viene a ser el instrumento de mayor represión y expresión del ius puniendi, con el que cuenta el Estado peruano para garantizar el interés social y la protección y seguridad de las personas.

La detención judicial, “anticipa la ejecución futura por la necesidad de garantizar la disponibilidad del imputado a resultados del proceso penal”.(RAMOS MÉNDEZ, 1993,266) Se asemeja en su apariencia externa a la pena privativa de libertad, consistiendo ésta, “en el encarcelamiento en un lugar cerrado, pero no tiene la finalidad de constituir un mal al afectado, que pudiera merecer por razón de su hecho, sino de prevenir el entorpecimiento de la realización del proceso y, consiguientemente, de causar las afectaciones imprescindibles a su finalidad preventiva”.(BELING ERNEST, 1945,378)

La prisión preventiva es un mecanismo de sujeción del imputado al proceso en tanto se cumplan los presupuestos materiales: apariencia de delito, peligro procesal y prognosis de pena superior a 4 años. La Corte Suprema¹ es del criterio 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

¹Casación Penal N° 01-*2007- Huaura. Sala Penal Permanente. Lima. 26 de julio de 2007.

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 el, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican, sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y motivación".

Estamos pues ante una medida de coerción de naturaleza personal que tiene por finalidad limitar temporalmente la libertad del imputado de la forma más grave, a efectos de obtener la efectiva aplicación de la ley penal.

La prisión preventiva es la medida coercitiva de carácter personal de mayor magnitud que prevé nuestro sistema jurídico procesal, consistente en la privación de la libertad personal del imputado mediante el ingreso a un centro penitenciario por un tiempo determinado por ley con la finalidad de asegurar su presencia en el proceso y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria.

"La prisión preventiva es una medida cautelar, dispuesta por una resolución jurisdiccional en un proceso penal que produce una privación de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena, mediante la evitación de los riesgos de huida y la obstaculización de la actividad probatoria." (DEL RIO LABARTE, 2016, 145)

"La aplicación de la prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las decisiones que el Órgano Jurisdiccional pueda adoptar en el transcurso del proceso penal, "porque mediante su adopción, se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que por no haber sido todavía condenado se presume su inocencia". (GIMENEO SENDRA, 1987, 21)

El mandato de prisión preventiva es la disposición de coerción personal, de carácter provisional, facultativa y excepcional, consistente en el apoderamiento del inculcado instalándola en un establecimiento penitenciario mientras su

situación jurídica no sea modificada –modificación de la medida de coerción personal, sea por la variación del mandato de detención judicial o la obtención de la libertad provisional o el proceso penal culmine, privándole de este modo de su libertad ambulatoria, con el objetivo de asegurar los fines del proceso, y es impuesta por el juez penal al momento de dictar el auto de procesamiento. Esto no significa que la detención sea una pena, pero sí vendría a ser considerada como una antesala en el caso que se produzca una sentencia condenatoria.

Podemos definir la detención judicial, como “una medida cautelar jurisdiccional consistente en la privación de la libertad del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario por un tiempo máximo establecido por la ley con diferente grado de previsión, impuesta durante la sustanciación de un proceso penal, que tiene como función asegurar la efectividad de la ejecución y, también, la presencia del imputado durante el proceso”. (ORTELLS RAMOS, 1978, 554)

Sin duda lo que se pretende lograr con la prisión preventiva es: **primero**, asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, toda vez que si aquel no se somete al proceso y por ejemplo se pone en la situación de prófugo, este se frustrará, reservándose hasta que sea habido; **segundo**, garantizar una normal y exitosa investigación de los hechos que se atribuye al imputado, toda vez que si concurren circunstancias de entorpecimiento u obstaculización por parte del imputado, es posible que aquella no consiga sus fines y **tercero**, se pretende asegurar la futura ejecución penal, es claro que si se dicta sentencia condenatoria efectiva y el imputado se pone fuera del alcance de la autoridad no será posible ejecutar la sentencia.

En suma, 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 puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo)

2.2. FUNCIÓN

La función legítima de la detención judicial o encarcelamiento preventivo consiste, en evitar la fuga del imputado. Ahora bien, la doctrina procesal ha identificado dos fines de esta medida, respecto de los cuales aún no existe consenso. Se reconocen los siguientes: 1. Mantener la presencia del imputado durante el proceso declarativo, tanto por fines probatorios cuanto para evitar la suspensión del proceso por razones de rebeldía; 2. Asegurar su presencia para el momento en que, dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de una pena corporal.

La discusión teórica se focaliza en precisar si los dos fines concurren o sólo uno de ellos. Un sector de la doctrina, entre ellos CALAMANDREI, MANZINI, FOSCHINI, LEONE, FAIRÉN y SOTO NIETO, afirma la tesis de la doble finalidad. Otro sector doctrinario, en cambio, postula la tesis de la finalidad única de la detención, ya sea asegurar la presencia del imputado: CARNELUTTI, CONSO e IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO; o, asegurar la ejecución de la pena corporal: DE LUCA, DE MARSICO, FERRANTE, PANSINI, ORTELLS y GÓMEZ RODRÍGUEZ.

Por nuestra parte; en términos generales la detención judicial tiene como función garantizar la ejecución de la pena corporal. Se trata de una justificación permanente, es decir, válida a través de todas las fases o etapas del proceso. Dos son las razones de esta posición (ORTELLS RAMOS, 1978, 450-452):

1. Que si se afirma que la detención del imputado se realiza autónomamente para satisfacer necesidades probatorias, no habría motivo para restringir esa medida al imputado, mientras que los habría sobrados para extenderla a los testigos y peritos -lo que es irrazonable-, a la vez que justificaría detenciones desproporcionadas e injustas al propio imputado sólo para garantizar el éxito de la investigación; 2. Que si se insiste en mantener detenido al imputado por razones probatorias y, de este modo, evitar la suspensión del proceso por rebeldía, ello no sería necesario en la fase impugnatoria de apelación o casación. Siendo así, en todos estos casos la función exclusiva es la de asegurar la

presencia del imputado durante el proceso, mientras que la denominada "segunda función" es un simple efecto práctico de la primera función y que puede atribuirse a la detención en cuanto está al servicio, esencialmente, del aseguramiento de la ejecución.

Otra función que también se atribuye a la detención, sin duda alguna emparentada a la "segunda función", es la de ser un medio para evitar, con el aislamiento del imputado, que pueda ocultar o alterar las fuentes de prueba o ejercer influencia ilegítima sobre las fuentes personales de prueba.

Dos argumentos finales. En primer lugar, nuestro sistema constitucional no ha reconocido como fundamento razonable para justificar la privación cautelar de la libertad el "entorpecimiento de la investigación", pues, "el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado y, además, es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación". (BINDER, ALBETO, 1993, 1999) En segundo lugar, el art. 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala taxativamente que el aseguramiento cautelar está determinado por la ausencia de garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo; es decir, no acepta como función autónoma el entorpecimiento de la investigación.

"La detención judicial está sometida, especialmente, a los requisitos de excepcionalidad, jurisdiccionalidad, variabilidad y temporalidad. Es de destacar, que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa de la libertad personal, que constituye uno de los derechos fundamentales de mayor trascendencia en un Estado de Derecho, sólo puede aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas: cierto grado de desarrollo de la imputación y peligrosidad procesal. Al respecto, el art. 9°, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sanciona que "la prisión preventiva no debe ser la regla general". (BOVINO, Alberto, 1996, 410-419).

2.3. PRESUPUESTOS:

El artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, señala los presupuestos que deben concurrir para que pueda dictarse la medida de prisión preventiva:

2.3.1. Existencia de elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito y la vinculación del imputado como autor o partícipe:

Supone que las diligencias que hasta ese momento se hayan llevado a cabo (que serán las dirigidas por el fiscal durante su investigación preliminar), arrojen “fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”. A diferencia de este enunciado, el Código Procesal Penal de 1991, requería solo la existencia de “suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”. La diferencia entre ambos enunciados estriba en que el cuerpo normativo del 2004, exige mayor rigurosidad en lo concerniente a los elementos probatorios, ya que parece ir más allá del aspecto cuantitativo (único aspecto al que alude el término “suficientes”, que puede utilizarse como sinónimo de “bastantes”), y referirse más al cualitativo, requiriendo que sean razonables y objetivos.

La primera regla exige constancia en el procedimiento, específicamente en los recaudos acompañados por el Fiscal, de la existencia de un hecho punible. Se trata de tener acreditados los aspectos objetivos del delito, que dicen de su imputación objetiva, los que han de ofrecer plena seguridad sobre su constitución.

Es de entender que sin una seguridad acerca de la realidad de la comisión de un delito no es posible razonar, a continuación, acerca de la probabilidad delictiva del imputado. Por consiguiente, el hecho

típico debe estar sólidamente acreditado con los recaudos acompañados por el Fiscal (Atestado Policial, Investigación Fiscal Previa o denuncia de parte escoltada con prueba instrumental o pericial consistente).

La segunda regla consiste en un juicio de verosimilitud de la imputación. Exige la presencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito denunciado. Comprende los aspectos fácticos y jurídicos ínsitos en la atribución del delito a una persona determinada.

“Esta regla permite entender, que el imputado ha cometido el hecho delictivo como autor o de otro modo ha participado con grandes dosis de probabilidad en el hecho delictivo y, por tanto, que puede esperarse una condena con grandes posibilidades” (BARONA VILAR, 1993, 64). Los elementos de convicción deben serlo, tanto en lo concerniente a que el hecho cometido reviste un carácter delictuoso, como en que existe vinculación entre este y el imputado, en calidad de autor o partícipe. (REATEGUI SÁNCHEZ, 2006, 180)

Asimismo, se ha manifestado los principios que deben ser respetados por los juzgadores al momento de imponerse la medida de coerción, en este caso el presente requisito se encuentra directamente relacionado con el principio de prueba suficiente en el sentido de que la motivación del juzgador debe encontrarse respaldada por el acervo probatorio suficiente tanto sobre la existencia del evento delictivo así como la vinculación del inculpado con el hecho punible, atendiendo también claro está, al carácter excepcional del presente instrumento.

2.3.2. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad

En la verificación de este presupuesto, no debe tenerse en cuenta la pena prevista para el tipo penal en abstracto; sino la pena que, dada las circunstancias especiales que concurren en el caso, pueda aplicarse en concreto. Es decir, para determinar si se cumple con este presupuesto, se tendrá en cuenta, por ejemplo, si el imputado se enmarca dentro de la imputabilidad restringida, si concurre una causa atenuante de responsabilidad, el grado de ejecución del delito (si se quedó en tentativa), si hay confesión sincera, entre otros elementos particulares.

La existencia de este presupuesto es acorde con el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas cautelares, ya que no puede admitirse una medida de tan grave intensidad, cuando el hecho imputado no ha supuesto una reprochabilidad penal elevada.

Tanto en el Perú como en América Latina las estadísticas muestran que la prisión preventiva se convierte en la regla, y el proceso en libertad, en la excepción (contraviniéndose lo dispuesto en el art. 9, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), adquiriendo la prisión preventiva “funciones plenamente retributivas y represivas de ejecución anticipada de la pena, es decir, se convierte en una pena sin punibilidad ni punición”, sin embargo a pesar de tales antecedentes, la modificatoria legislativa aumentó el margen de aplicación para la imposición del mandato de detención judicial o prisión preventiva al reducir el requisito de la prognosis de pena a un año de pena privativa de libertad. El presente requisito consiste en la evaluación o análisis preliminar por parte del juzgador en el sentido de que visualizará en forma adelantada la cantidad de pena que se le podría imponer al inculpado en caso de que fuera a ser condenado al finalizar el proceso penal que se le instaurará.

2.3.3. Existencia de peligro de fuga o peligro de obstaculización.

El presupuesto más importante de la coerción personal es el peligro procesal. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1091-2002-HC/TC (Caso Silva Checa. F.J. N° 15), en la que afirmó que: "[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interfiera u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia".

La presente constituye el requisito primordial del mandato de detención judicial o prisión preventiva, a través del cual se traduce que dicha medida se aplicará en los casos en que existan indicios suficientes de que el inculpado pueda eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) o perturbar la actividad probatoria (peligro de entorpecimiento), sin embargo estando al principio de motivación de las resoluciones judiciales el juzgador se encuentra en la obligación de fundamentar la probabilidad de fuga del inculpado o que el mismo fuera a distorsionar la actividad probatoria, y en este último caso deberá precisar en qué consistirá el entorpecimiento en la que incidirá la conducta del inculpado para lograr la ineficacia del proceso penal.

Este presupuesto es considerado como el más importante, ya que la institución de la prisión preventiva, justamente se fundamenta en la necesidad de hacerle frente al peligro de frustración del proceso penal, ya sea por la fuga del imputado o por su intromisión negativa en los actos de investigación.

Respecto al contenido y amplitud del peligro procesal, podemos encontrar tres posturas.

La primera de ellas, 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 presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 7, numeral 5, sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar “su comparecencia al juicio”. Igual tesitura proclama el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 9 numeral 3) que 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”.

“El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia” (ALBERTO BINDER, 1993, 1999)

La segunda postura que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro procesal de fuga que: “se reconoce a cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado – referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes-; y 5)

conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales” (SSTEDH, Asuntos B; del 28 de marzo de 1990, párrafo 44; Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafo 43; y Stögmüller del 10 noviembre de 1969, párrafo 15).

Finalmente, existe una tercera tendencia (legislativa y jurisprudencial) propia del modelo de prevención radical de incorporar nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiteración, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales o cuestiones de orden público, etc.

En lo referido a la verificación de este presupuesto, se han esgrimido doctrinariamente dos direcciones opuestas:

Una de las novedades del Código Procesal Penal de 2004, es precisamente positivizar los criterios que el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta al momento de calificar si existe o no peligro de fuga y/o peligro de obstaculización en un caso concreto. De esta manera se enlaza al sistema judicial, pero solamente instituyendo pautas que alinearán al juez, ya que no se alude en ningún momento que tengan el carácter de presunciones legales (ni *juris tantum*, ni mucho menos *juris et de jure*). Así, el artículo 269 establece lo que el juez tendrá en cuenta al momento de calificar el peligro de fuga (el arraigo en el país del imputado, la gravedad de la pena esperada, la importancia del daño resarcible así como la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él, y su comportamiento durante el procedimiento o en otro anterior, en cuanto indique su voluntad de someterse a la persecución penal), y el artículo 270 establece lo propio en cuanto al peligro de obstaculización (se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se

comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos).

En lo concerniente a los presupuestos materiales necesarios para dictar la medida de prisión preventiva, tenemos lo estipulado en el segundo inciso del ya mencionado artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004, que se aplicará en los casos en que los hechos delictivos se encuentren vinculados a la actuación de una organización delictiva (banda), supuestos en los que deberá verificarse, (además de los presupuestos a y b del inciso 1 del mismo artículo, es decir, la existencia de elementos que hagan suponer la comisión de un delito y la vinculación del imputado con este, así como la prognosis de pena privativa de libertad superior a cuatro años), la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a la organización delictiva o su reintegración a ésta, y advertirse 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.

2.4. MODALIDADES:

La privación cautelar de libertad tiene como característica central una separación entre internos procesados e internos condenados, pues no puede equipararse el cumplimiento de una pena firme con la privación cautelar de la libertad, aun cuando según el art. 47° del Código Penal -en virtud de la nota característica de homogeneidad de las medidas cautelares-"el tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención".

El Código Procesal Penal reconoce dos regímenes de detención: la ordinaria o comunicada y la incomunicada. Otros ordenamientos procesales, como por ejemplo el español y el italiano, consideran la detención o arresto domiciliario como una modalidad atenuada de restricción de la libertad personal; en cambio, en nuestro ordenamiento procesal penal peruano se la considera una alternativa

a la detención y la regula dentro de las modalidades de la comparecencia restrictiva.

2.4.1. Detención Comunicada:

La detención comunicada es la situación ordinaria durante la cual el detenido puede disfrutar de los derechos reconocidos en la ley. Es, por tanto, la regla general o el modo habitual de acordar la detención, en cuya virtud se ordena el internamiento del inculcado en un centro penitenciario, sujeto a las reglas habituales establecidas por el Código de Ejecución Penal (MORENO CATENA, 2017, 365)

En el concierto carcelario, los internos-procesados deben estar sujetos a un régimen especial o estatuto personal, no sólo radicado en la separación de los internos-condenados, sino llevado a cabo en la forma que menos lo perjudique en su persona, reputación y patrimonio y guiados por tres principios básicos: presunción de inocencia, excepcionalidad y trato digno.

Tal privación de libertad exige que la jurisdicción tenga un control absoluto - indelegable- del seguimiento del encarcelamiento, que los internos- procesados no pueden ser sometidos a ningún tratamiento penitenciario de reinserción social y que la limitación de sus derechos está en función del curso del proceso y no de lo impuesto en sentencia condenatoria alguna. (ASENCIO MELLADO, 1987, 144)

2.4.2. Detención Incomunicada:

La detención incomunicada supone una excepción al régimen ordinario y común de cumplimiento de la medida de detención judicial. Es una forma agravada de cumplimiento de la detención, pues supone la restricción de ciertos derechos del detenido - particularmente de aquellos que le permiten un contacto con el

exterior- con el objeto de evitar que se ponga en peligro la investigación. (DE LA OLIVA SANTOS, 2016, 395)

Se trata de un estado transitorio de privación de libertad, que aunque penosa, es indispensable en determinados casos para que la autoridad judicial no vea burlados sus esfuerzos.

Su finalidad es evitar la frustración del éxito del proceso impidiendo que el imputado detenido se confabule con terceros, lo que se intenta conseguir con su aislamiento y supresión de las comunicaciones con el exterior. Tal finalidad, sin duda alguna, no es cautelar, sino que tiene una finalidad accesoria que no explica por sí sola el fenómeno cautelar, pero ligada a la función más general de aseguramiento del proceso y que sólo adquiere sentido en la detención incomunicada. (ASENCIO MELLADO, 1987, 191)

La incomunicación se encuentra reconocida constitucionalmente en el art. 2°.24.'g' de la carta política, en tanto excepción al derecho fundamental de no incomunicación. Los requisitos que habilitan la incomunicación son: 1. Necesidad de esclarecer un delito o finalidad exclusivamente penal de la medida. 2. Reserva de ley: la ley debe precisar la forma y el tiempo de duración de la medida. 3. La autoridad debe señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

El art. 133" del Código de Procedimientos Penales de 1940 respeta los marcos constitucionales antes señalados, pues prevé que el motivo de la incomunicación es la necesidad de cumplir con los fines de la instrucción, es decir, esclarecer adecuadamente la imputación, mas no obtener confesiones o propiciar o forzar la colaboración del imputado. Asimismo, fija el término de la medida en 10 días como máximo a cuyo vencimiento, vista su extraordinariedad, cesa de pleno derecho o automáticamente. Finalmente, como medida de control, impone la comunicación a la Sala Penal Superior;

obviamente, y como lo precisa el art. 140° del Código Procesal Penal de 1991, el Tribunal Superior puede, de oficio o a petición del imputado, revocarla en caso la considere injustificada.

El régimen de la incomunicación se encuentra detallado con mayor precisión en el Código Procesal Penal. El imputado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión, así como recibir sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada. La incomunicación, en resguardo del derecho de defensa del detenido no impide las conferencias con su abogado defensor, las que no pueden ser prohibidas ni requieren autorización previa. En este último punto, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es mucho más restrictivo, pues las conferencias están sujetas a la autorización judicial y se realizan en presencia del juez. A nuestro juicio este precepto afecta irrazonablemente el derecho de defensa y vulnera el art. 8°, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, al impedir la privacidad necesaria entre imputado y su defensor y, de este modo, las posibilidades de un ejercicio eficaz de su derecho al contradictorio y de ofrecer las pruebas pertinentes en su beneficio.

2.5. PROCEDIMIENTO:

2.5.1. Competencia:

El artículo 2 inciso 24 literal f) de la Constitución Política del Estado, establece que la privación cautelar de libertad requiere mandamiento escrito y motivado del Juez. En el Nuevo Código Procesal Penal, esta exigencia la ubicamos en el artículo 268°, que establece que es el Juez, previa solicitud del Ministerio Público quien podrá dictar mandato de prisión preventiva cuando concurren los presupuestos materiales establecidos en la propia norma.

El principio de exclusividad jurisdiccional no puede entenderse cumplido solo ante la existencia de una resolución proveniente de cualquier órgano judicial, esta debe ser adoptada por un juez predeterminado por ley, según lo prescrito por el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución Política, que además debe ser competente e imparcial. (GIMENO SENDRA, 1992, 142-143).

Por lo tanto, es necesario analizar las normas que establecen la competencia de los órganos jurisdiccionales en general (Título II, Sección III del Libro I): el artículo 29.2 del Nuevo Código Procesal Penal señala que compete a los Juzgados de la Investigación Preparatoria imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria.

En el mismo sentido, el art. 27.4 del Nuevo Código Procesal Penal señala que es competencia de las Salas Penales de las Cortes Superiores dictar, a pedido del Fiscal Superior, las medidas limitativas de derechos a que hubiere lugar. Sin embargo, el artículo 28 (Competencia material y funcional de los Juzgados Penales) en principio, no otorga competencia expresa para aplicar la prisión preventiva u otra medida limitativa ni a los Juzgados Penales Colegiados ni a los Unipersonales.

Por lo que también debemos analizar algunas de las normas que regulan el Proceso Común (Libro III NCPP): el artículo 323 establece, como función de los Juzgados de la Investigación Preparatoria, la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieren orden judicial (art. 323).

Este no tendría competencia para aplicar la prisión preventiva solo en la fase de Investigación Preparatoria, sino también en la Fase Intermedia: el art. 353.3 permite que, al momento de dictar el auto de enjuiciamiento, pueda pronunciarse sobre la procedencia o subsistencia de las medidas de coerción.

El art. 399.5 establece que el Juez, leído el fallo condenatorio, podrá disponer la prisión preventiva si el acusado se encuentra en libertad, y siempre que existan bases para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia. Es evidente que, cuando este artículo utiliza la expresión «el Juez», se refiere a los Juzgados Penales Colegiados y a los Juzgados Unipersonales que son los encargados del juzgamiento y sentencia en el Proceso Común. También a aquellos se refiere el art. 364.5, cuando regula el poder discrecional del Juez para resolver cuestiones no regladas que surjan en el juicio, por lo que este artículo podría autorizarles a imponer la prisión preventiva antes de la emisión del fallo condenatorio y siempre que exista una previa solicitud del Fiscal.

En este sentido, es obvio que el Nuevo Código Procesal Penal no restringe la competencia para aplicar la prisión preventiva al Juez de la Investigación Preparatoria. La Sala Penal y los Juzgados Penales Colegiados y los Unipersonales, también son competentes, lo que significa que pueden ser utilizados en la investigación preparatoria, durante la fase del juicio oral, luego de la emisión de la sentencia (siempre que no sea firme) y durante la sustanciación de los recursos.

2.5.2. Trámite:

El artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal dispone que el juez pueda dictar mandato de prisión preventiva solo a solicitud del Ministerio Público. El artículo 271 (y por remisión expresa, el artículo 8° del mismo cuerpo de leyes) regula la necesidad de una audiencia previa que debe celebrarse dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento Fiscal, con presencia obligatoria de éste, el imputado y su defensor (o en caso de inasistencia de este, la del defensor de oficio). La resolución que acepte o rechace el requerimiento debe ser pronunciada en la audiencia, sin postergación alguna y a través de un acto motivado.

La exigencia de una previa solicitud del fiscal para decidir la imposición de la prisión preventiva es coherente con la verdadera dimensión del principio de jurisdiccionalidad, porque, en un sistema procesal en el que la investigación se confiere al Ministerio Público y en el que el Juez es esencialmente de garantías, a diferencia del proceso regulado por el CPP de 1940 en el que se recoge la figura del Juez Instructor, se debe preservar la imparcialidad absoluta de este último.

Esto incluye la decisión vinculada a la aplicación de una limitación de derechos fundamentales con fines cautelares respecto de la cual, naturalmente, no se puede constituir en juez y parte. Se refuerza la posición semejante del Juez en relación con la adopción de la medida, porque no solo no puede adoptar la prisión preventiva de oficio, además del requerimiento de un tercero, sino que es necesario que asuma la decisión luego de escuchar las alegaciones en un debate contradictorio.

El requisito de postulación de parte es descrito como una expresión del principio acusatorio, y, por lo tanto, del derecho al debido proceso reconocido en nuestra Constitución Política (art. 139.3). Aun cuando es cierto que en rigor no es necesariamente correcto hablar de manifestaciones del principio acusatorio en un momento o fase procesal en el que todavía no se ha formulado formalmente la acusación, también es cierto que la adopción de la prisión preventiva, tal como puede deducirse de sus presupuestos y en concreto, de la figura del *fumus Boni iuris* entrañaría una inculpación.

Su aplicación de oficio constituye un serio peligro para la imparcialidad judicial y el debido proceso, porque si bien no se exige un grado de certeza para aplicarla, se requiere la existencia de un alto grado de probabilidad de que el imputado sea penalmente responsable. A tal valoración, aun cuando ocurra en sede preliminar, se debe acudir desde la posición de un tercero con una posición

imparcial en la controversia, que se aleje de una función inquisitiva. Por otro lado, la realización de una audiencia contradictoria refuerza el derecho de defensa del imputado.

No hay defensa sin contradicción, y ello implica estar en capacidad de rebatir los argumentos que puedan justificar una medida limitativa de derechos fundamentales. Situación que en sentido estricto, en el anterior sistema procesal peruano, solo es posible luego de la imposición de la medida, ya sea por medio de un recurso impugnatorio o mediante la solicitud de libertad provisional (arts. 138 y 182 del CPP de 1991).

El Código Procesal Penal Vigente asume una postura exigente respecto a la necesaria preservación del derecho de defensa y el principio de contradicción en la audiencia, no solo porque es un requisito indispensable, además, establece determinadas consecuencias jurídicas para los sujetos procesales que incumplan sus obligaciones en el procedimiento para aplicar la prisión preventiva.

El art. 271.2 regula la responsabilidad funcional del juez que no realice la audiencia dentro del plazo legal, y dispone la sanción disciplinaria del Fiscal y el abogado defensor si por su causa se frustra la misma. La presencia del imputado en la audiencia también parece ser obligatoria de conformidad con la misma norma, aunque es una disposición que tiene algunos matices. En el caso de un imputado detenido, su presencia es, en realidad, una consecuencia de la puesta a disposición judicial (264.3 y 266.3).

En sentido estricto, el imputado que no cumple con la obligación contenida en la norma voluntariamente. En el caso del imputado que se encuentre en libertad, el NCPP no crea mecanismos coercitivos para obligarlo a presentarse a la audiencia, el art. 271.2 dispone que si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente será

representado por su abogado, o en su caso, el defensor de oficio. El único efecto práctico frente a la ausencia del imputado es que su «representación» recaerá en el abogado defensor, disposición normativa en realidad innecesaria. No obstante ello, un sector de la Doctrina ha llegado a señalar que cuando el imputado no se encuentra detenido, su conducción compulsiva a la audiencia es un requisito sine qua non para la aplicación de la prisión preventiva.

2.5.3. Motivación del Auto:

Las medidas de coerción personal tienen por objetivo resguardar la eficiencia del proceso, por tanto su imposición debe cumplir el requisito de motivación lo que debe importar un análisis minucioso del caso concreto con observancia de los principios que rigen la coerción personal.

La motivación de las resoluciones judiciales es de suma importancia al interior de todo proceso, ya que a través de ella se puede vigilar la correcta administración de justicia, así como que las decisiones judiciales sean conforme a derecho y no basadas en meras subjetividades del juzgador.

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

Es por ello que constituye una garantía básica de todo Estado de Derecho que posibilite que los justiciables y la sociedad controlen la actuación de los jueces, no dejando cabida a la arbitrariedad. Más aún, tratándose de resoluciones a través de las cuales se restringe derechos, se requiere con mayor razón una adecuada motivación, en la que se explique la verificación en la realidad de cada uno de los presupuestos para el dictado de la detención preventiva y que con el dictado de otra medida no podrá llevarse a cabo un proceso penal adecuado.

Esta es la postura que ha venido teniendo el Tribunal Constitucional al afirmar que: “tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

En lo referido a la confirmatoria de dicho mandato, también se exige el mismo grado de motivación, ya que es por ello que nuestra Constitución reconoce la pluralidad de instancia, para que el superior jerárquico haga una nueva revisión del caso, debiendo consignar adecuadamente sus fundamentos para confirmar o anular la resolución de la instancia inferior.

Por ello, de conformidad con el artículo 135° del Código Procesal Penal, es preciso que se haga referencia a los presupuestos legales que determinan la imposición del mandato de detención. Del mismo modo, deberá tenerse en cuenta las circunstancias concretas del caso y personales del imputado, así lo estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1084-2005-HC/TC (Caso Artemio Ramírez Cachique. F. J. N° 15 y 16).

A pesar de las previsiones antes señaladas, es en la prisión preventiva en que se incurre en las mayores insuficiencias de motivación: “en estos casos la motivación podría ser sustancialmente eludida en la práctica mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la rutinaria repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación”.(SANGUINE ODONE, 2003, 546)

Frecuentemente, los jueces expiden resoluciones que dan por satisfecha la motivación de la detención invocando que, en el caso concreto, se cumplen los requisitos del artículo 135° del Código Procesal Penal, pero sin fundamentar en qué consisten cada uno de éstos. A ello se añade que muchas veces se pretende dar cumplimiento a esta exigencia constitucional, con argumentos remisivos a las sentencias del Tribunal Constitucional, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, a los dictámenes fiscales o hasta citando párrafos de autores sobre la materia.

El Tribunal Constitucional ha tenido pronunciamientos oscilantes sobre los alcances de los fallos dictados en causas en que se comprobó la vulneración de este derecho. Así por ejemplo en los casos José Dellepiani Massa (Sentencia recaída en el expediente N° 1753-2003- HC/TC) y Alex Wolfenson Woloch (Sentencia recaída en el expediente N° 2712-2002- HC/TC), a pesar de que advirtió una carente o deficiente motivación, el Tribunal Constitucional ordenó, en ambos casos, al órgano jurisdiccional emplazado que corrigiera la deficiencia y dictara una nueva resolución suficientemente razonada, sin embargo, no dejó sin efecto la medida cautelar dictada.

Una decisión diferente y evolutiva fue la asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 8125-

2005- HC/TC (Caso Jeffrey Immelt y otros), en la que estableció que el incumplimiento de la garantía de la motivación genera como consecuencia la anulación del auto que impone la medida de coerción.

En efecto, en base a la inexistencia del marco de imputación que causaba indefensión a los reclamantes, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de habeas corpus y, lo más importante, declaró nulo el auto de apertura de instrucción que contenía el mandato de detención impuesto contra éstos, en consecuencia, se dispuso la suspensión de las órdenes de captura. Esa posición jurisprudencial fue ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 8123- 2005-HC/TC.

Como observamos, la garantía de la motivación de las medidas de coerción, por menos relevante que pareciera el mandato cautelar, requiere necesariamente de una fundamentación suficiente, bajo sanción de nulidad, lo que implica ineludiblemente dejar sin efecto la medida de coerción.

CAPÍTULO III

CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA

3.1. CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

La cesación persigue que culminen los efectos de la prisión preventiva, a través de la variación por alguna otra modalidad de comparecencia, esto es, comparecencia con restricción o comparecencia simple. No se trata de dejar sin amparo la efectividad del proceso penal sino de imponer la medida idónea, a la situación concreta. (CÁCERES JULCA, 2015, 236)

La cesación es consecuencia del principio de variabilidad, que exige cambiar la prisión preventiva, por otra cuya gravedad es menor. Al respecto la Corte Suprema señala:

"Que una de las características de las medidas de coerción es su variabilidad o provisionalidad, es decir, su sometimiento a la *clausula rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación, en tanto perdura el proceso penal declarativo, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio que hicieron posible su adopción. Tal característica, que está en la propia naturaleza de tales medidas y del proceso que las expresa, explica que la Ley Procesal prevea diversos mecanismos para transformar, esto es, modificar, sustituir, alzar o corregir una medida de coerción, en tanto y en cuanto varíen los presupuestos materiales según su entidad, alcance o modo de expresión y circunstancias que determinaron su imposición: *fumus commisi delicti* —razonada atribución del hecho punible a una persona determinada o *periculum in mora* (tratándose de medidas de coerción personales: *periculum libertatis*) indicios posibles de conductas disvaliosas del imputado, siempre, para con el proceso (peligrosismo procesal), concretadas en los peligros de fuga o de entorpecimiento probatorio evaluable según el caso en concreto"².

²R.N. N° 3100-2009. Sala Permanente. Ponente Prado Saldarriaga con la participación de San Martín Castro. Lima 11 de febrero de 2011. Asunto Rómulo León Alegría.

"La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas), esto último comporta que se revoque la medida cautelar. Dicho cambio puede ser para que se imponga una medida más aflictiva de la libertad o restrictiva del patrimonio si se presentan los presupuestos materiales y constitucionales para fundarlo, o de lo contrario puede consistir en una degradación hacia una medida menos aflictiva, pero también la cautelar puede ser revocada (alzarse) aun de oficio por comparecencia con o sin restricciones si los iniciales indicios y/ o medios de prueba han sido valorados con mayor rigor de que los que una investigación preparatoria más sosegada ha permitido o cuando en el curso de la fase intermedia se determina una menor responsabilidad penal de la que se imputó, o cuando los elementos probatorio sean insuficiente para acreditar la presunta responsabilidad penal". (BARONA VILAR, 1993, 64)

Conforme se aprecia de la doctrina, la cesación se sustenta en el principio de variabilidad de las medidas de coerción, que prevé el cambio de las circunstancias fácticas que permitieron la imposición de la prisión preventiva, por otra medida de coerción o la suma de varias de ellas, en atención al riesgo procesal que se presente en el caso en concreto.

El Nuevo Código Procesal Penal en relación a la cesación de prisión preventiva, ha establecido los parámetros para su procedencia, es así que en el artículo 283° indica específicamente en su tercer párrafo, que la cesación de la medida de prisión preventiva 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 esto debe tomarse en cuenta por parte del Juez las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa; de estimarse procedente se impondrá las consecuentes reglas de conducta para garantizar la presencia del imputado para evitar que lesione la

finalidad de la medida; estos vienen a ser los presupuestos normativos procesales para la procedencia de la cesación de la prisión preventiva³.

3.2. PRESUPUESTOS PARA DECRETAR EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

Una vez impuesta la prisión preventiva, su cesación se encuentra condicionada al cumplimiento de lo previsto en el artículo 283° del Código Procesal Penal, que en su tercer párrafo indica lo siguiente:

"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".

De la norma citada puede notarse que la carga de la prueba recae sobre la defensa del imputado, a quien le corresponde probar que existen nuevos elementos de convicción que demuestren que ya no se presenta algunos de los presupuestos materiales previstos en el artículo 268° y desarrollados en los artículos 269° y 270° del Nuevo Código Procesal Penal. El término nuevos elementos de convicción se refiere a elementos de prueba y excepcionalmente a medios de prueba alegados por la defensa del imputado y cuyo contenido es doble: cuantitativo y cualitativo.

En su contenido cuantitativo exige nuevos actos probatorios los cuales pueden ser actos de investigación de oficio o a solicitud de parte que alteren el cuadro probatorio que fue sustento para imponer la prisión preventiva. Asimismo, nuevos elementos de convicción exigen que se presenten una unión de varios elementos de prueba o indicios que converjan en una conclusión determinada que ha de fundarse en datos objetivos debidamente acreditados que altere el cuadro probatorio, no en conjeturas o presunciones; así, a mayor cantidad de

³Jurisprudencia Nacional Código Procesal Penal. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima

elementos probatorios e indicios, mayor será el grado de convencimiento que se generará sobre que no se presenta el presupuesto material que ameritó la prisión preventiva.

“El segundo ámbito es cualitativo, esto implica que los elementos de prueba tienen que tener la calidad probatoria para alterar las condiciones en que fue planteada la existencia del hecho y las circunstancias de su comisión. El mayor o menor peso probatorio de (un elemento probatorio) o hecho indiciario equivale al grado de conexión que tenga con el hecho principal. Esta conexión es producto de las apreciaciones subjetivas de quien la contempla, la fuerza probatoria no será otra cosa que la persuasión de su parte” (JAUCHEM, Eduardo,

3.2.1. Elementos Probatorios de Desvirtúen el Peligro de Entorpecimiento

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

“Esta función pretende evitar que una conducta positiva (ilícita) del imputado pueda ocasionar la desaparición de futuras fuentes de prueba, o en su caso, la alteración de su veracidad”. Es de notar que se exige que la probable obstrucción probatoria sea relevante en términos de limitar o cuando menos hacer difícil el esclarecimiento de los hechos imputados por parte del Fiscal de la Investigación Preliminar”. (DEL RÍO LABARTE, 2008, 60).

"Ha de diferenciarse en este caso entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir una capacidad y aptitud del

imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta. En el caso de elementos de prueba personales habrá que apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El Juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso”.(ASENCIO MELLADO, 2005, 126)

3.2.2. Elementos Probatorios que Desvirtúen el Peligro de Fuga:

Presupuesto material de la prisión preventiva es el peligro de fuga que se refiere a la posibilidad de que el imputado, evite no someterse al proceso, eludiendo o burlando la acción de la justicia, mediante la fuga o el ocultamiento.

La dimensión o ámbito que se pretende proteger es la cautelar-final, ante el riesgo de fuga u ocultamiento que podría generar en el procesado el miedo real a una previsible condena, dicho juicio se formula sobre la base de un conjunto de circunstancias concurrentes en lo largo del proceso, en cuya ponderación se debe considerar la falta de arraigo, la proximidad del juicio oral, la confirmación o firmeza del procesamiento, naturaleza del delito y la pena abstracta y su proyección sobre la pena concreta, entre otras razones objetivas de las que se pueda deducir fundadamente la posible fuga.

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

En tal sentido, "el juicio de imputación o fundada sospecha sobre la responsabilidad penal del imputado en un determinado delito ha de ser conjugado con el *periculum* in mora o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento que [...] viene determinado por el peligro de fuga o de ocultación del imputado". (GIMENO SENDRA, 1992, 349)

Corresponde a la judicatura la tarea de analizar si existen elementos objetivos que permitan presumir que el imputado intentará eludir la acción de la justicia, ya sea fugando u ocultándose, para ello es necesario evaluar por separado cada uno de los presupuestos que el artículo 269 del Código Procesal anotado prescribe.

3.3. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El supuesto regular de extinción de toda medida cautelar, en atención a su característica de instrumentalidad, se presenta cuando el proceso termine, sea con sentencia condenatoria o con un fallo absolutorio. Además, la medida cautelar puede variar como consecuencia de la regla *rebus sic stantibus* al variar los presupuestos que determinaron su imposición.

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 Vigente, establece de manera taxativa los tiempos de duración de la prisión preventiva. Si el caso no reviste características de complejidad, la prisión preventiva no durara 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 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.

En el caso de la detención judicial, la vigencia de la regla de excepcionalidad trae consigo la regla de la temporalidad. En principio, es de tener presente que la detención debe durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad que toda medida cautelar persigue, no obstante lo cual el art. 272° del Nuevo Código Procesal Penal fija un sistema de plazos, el mismo que está diseñado a evitar que el inculcado permanezca privado de la libertad más tiempo que el que podría derivarse de la hipotética condena. “Se trata de una segunda vía, fundamentada en razones de justicia, que actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*”. (ASENCIO MELLADO, 1987, 255)

“La necesidad de fijar un plazo a la detención ha sido reflejada en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 7, inc. 5, establece que “toda persona detenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad”. (BOVINO, Alberto, 1996, 49)

El vencimiento del plazo determina la inmediata libertad del inculcado, la cual opera de pleno derecho, salvo que el Juez, a petición del Fiscal y previa audiencia al imputado, decida prolongarlo. El Juez, en estos casos, debe dictar las medidas necesarias para asegurar la presencia del detenido, siempre que éstas no frustren la inmediata soltura del mismo, como sería una caución económica.

3.4. PROLONGACIÓN

La prolongación está sujeta a dos requisitos, que deben concurrir acumulativamente: 1. Presencia de circunstancias que importan una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación. 2. Riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. La especial dificultad o la especial prolongación están en función a la realización de los actos de investigación o de prueba, a su recolección o actuación. Se

trata de circunstancias objetivas vinculadas, como ya se anotó, a la actividad probatoria, tales como la realización de pericias muy complicadas, peritos ausentes o enfermos que no puedan acercarse al examen pericial, documentos que deben recabarse en el extranjero o sujetos a un trámite especialmente complicado por razones fácticas o legales, requerimiento y remisión de cartas rogatorias o diligencias en el exterior (cooperación judicial internacional), declaraciones de testigos que han estado ausentes o de difícil ubicación, etc. Estas dificultades, que en todo caso no dependen del imputado detenido, serán relevantes en la medida en que subsista el riesgo de fuga (es obvio que si la detención se adoptó por problemas de entorpecimiento de la verdad no es de recibo esta prolongación).

El auto de prolongación de la detención, igualmente, está sometido a dos requisitos: 1. Que sea motivado, es decir, con arreglo a la exigencia Constitucional contenida en la Ley fundamental, debe indicar los fundamentos de hecho y de derecho que hagan viable la presencia de las causas de prolongación exigidas por la ley. 2. Que el Fiscal solicite la prolongación y se adopte previa audiencia al imputado o sujeto pasivo de la medida -lo que significa, según la fórmula hispana de donde fue tomada la institución, no un simple traslado si no una audiencia preliminar especial-. La prolongación de la detención no puede adoptarse de oficio y, menos, sin haber dado oportunidad al detenido para que exponga sus razones respecto al requerimiento fiscal. El auto que acuerde la prolongación de la detención -no el que la deniega- es apelable. La absolución del grado corresponde a la Sala Penal Superior, previa vista fiscal.

Por último, el imputado que ha obtenido libertad al haber vencido el término de la detención, está sometido a exigencias más rigurosas, pues si no concurre, sin justificación legítima, a la primera citación que se le formule, la libertad será revocada.

3.5. PLAZO MÁXIMO

Entre los parámetros o límites en la aplicación de la prisión preventiva, también encontramos el establecimiento de un plazo máximo para su duración. Es así que, transcurrido dicho plazo, la medida tendrá que ser levantada, pese a existir aún los motivos que dieron lugar a su dictado.

Siendo que el mencionado plazo máximo se ha instaurado para que el derecho a la libertad personal no quede desprotegido (al ser objeto de restricción por un periodo desproporcionado que torna en ilegítima la vigencia de la prisión preventiva), su contabilización debe hacerse desde la fecha en que efectivamente se vio restringido este derecho, es decir, desde la fecha en que el imputado fue detenido y no desde la fecha en que se ordenó esta detención.

3.6. MEDIDAS ALTERNATIVAS

3.6.1. La Comparecencia

La comparecencia es una medida temporal personal que presupone una mínima constricción posible de la libertad personal. El imputado está sujeto al proceso, de ahí que siempre representa una limitación a la libertad personal, pero esta es mínima, toda vez que no es detenido o ingresado a un establecimiento penal.

La libertad de movimiento y ambulatoria está afectada ligeramente, pues cuando se le cite está obligado a comparecer, sea para que preste declaración o para que intervenga en alguna diligencia procesal

En principio, la comparecencia procede en defecto de los requisitos previstos para la prisión preventiva; está definida negativamente, tal

como ha sido puntualizado por la reiterada jurisprudencia⁴. Sin embargo, positivamente, está prevista para las imputaciones por delitos leves o de mediana entidad y para aquellos casos en que no exista peligrosidad procesal de intensidad excepcional.

Además, está configurada como una alternativa a la prisión preventiva, para lo cual la ley ha reconocido un conjunto de restricciones que pueden imponerse, según la entidad del delito y el nivel del peligro procesal indiciariamente acreditado. De ahí que podamos clasificar la comparecencia en simple y restrictiva.

3.6.1.1. Comparecencia Simple:

Se encuentra regulada en el artículo 286 del Nuevo Código Procesal Penal, el numeral 1 señala que el Juez de la Investigación Preparatoria dictará mandato de comparecencia simple, si el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266. El numeral 2 sostiene que también lo hará, cuando de mediar requerimiento fiscal, no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268 (presupuestos de la prisión preventiva).

En tal virtud la comparecencia simple está delimitada negativamente, cuando se cumplen determinadas condiciones (condiciones que en realidad, reflejan la ausencia de presupuestos materiales y procesales de las medidas cautelares) constituye una medida obligatoria, su regulación incorpora un mandato.

⁴Ejecutoria Superior Exp. N° 99-174. Academia de la Magistratura. Serie de Jurisprudencia. Lima. 1999 Pág. 491

El numeral 1 del artículo 286 indica que la comparecencia simple se puede aplicar cuando el fiscal no solicite la prisión preventiva u otra medida cautelar. Lo que quiere decir que no solo es obligatorio aplicarla cuando se cumpla con alguna de las condiciones establecidas, también lo es cuando no exista un requerimiento fiscal específico.

Por lo tanto, cuando se sostiene que la comparecencia simple es en determinados supuestos, una medida obligatoria y la única que puede ser aplicada sin previa solicitud y audiencia contradictoria; es porque no constituye una medida cautelar personal del proceso penal.

En consecuencia, la comparecencia simple no constituye una medida cautelar personal en el proceso penal peruano, porque como se verá sus presupuestos o condiciones son la inexistencia de *fumus boni iuris o periculum in mora*. Además que una medida cautelar nunca puede aplicarse en forma obligatoria, su aplicación debe ser el resultado de una evaluación por comparación en el caso específico.

3.6.1.2. Comparecencia Restrictiva:

El artículo 287 del Nuevo Código Procesal Penal, establece que se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, puedan razonablemente evitarse. La norma constituye una declaración de intenciones clara, en el sentido que es una medida cautelar destinada a conjurar el peligro procesal.

Además, establece la potestad del juez para imponer una restricción o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso y establece la obligación de ordenar las medidas necesarias para su cumplimiento. Incorpora

restricciones específicas, cuya combinación ofrece un amplio catálogo de medidas cautelares (art. 288.2) y el incumplimiento de las obligaciones acarrea, previo requerimiento la posibilidad de revocar la medida y dictar mandato de prisión preventiva u otra medida alternativa más intensa (art. 287.3).

A diferencia de la comparecencia simple, la comparecencia restrictiva si es una medida cautelar personal del proceso penal, que incorpora limitaciones a la libertad personal, de tránsito o de propiedad.

“Se está frente a una medida cautelar personal porque se apoya en sus elementos esenciales: una limitación de derechos fundamentales instrumental y provisional, que debe respetar la garantía de presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad”. (SAN MARTIN CASTRO, 2000, 474)

3.6.2. Detención Domiciliaria

La detención domiciliaria es distinta de la detención judicial preventiva; sin embargo, la obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio también es una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse al tratarse de una medida cautelar y no de una sanción. EXP. N° 2268-2002- HC/TC. CASO MOISÉS WOLFENSON WOLOCH

Asimismo, en el caso Silva Checa (Exp. N.° 1091-2002-HC/TC) y reiterado en los casos Chumpitaz Gonzales (Exp. N.° 1565-2002-HC/TC) y Bozzo Rotondo (Exp. N.° 376-2003-HC/TC), el Tribunal ha establecido que: "el principal elemento a considerarse con el dictado de una medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte

que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada" (Fundamento N.º 18)

3.7. LOS LLAMADOS NUEVOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DEL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA - CASACIÓN 391-2011-PIURA.

El requerimiento de cese de prisión preventiva permite que el imputado sobre el cual pesa la medida de prisión preventiva, pueda intentar su libertad si es que han surgido nuevos elementos de convicción que permitan determinar la desaparición de los presupuestos que determinaron su imposición.

Si bien existe cierto grado de coincidencia con los presupuestos de para dictar tal medida, deben agregarse las variables del tiempo transcurrido, el avance del proceso y las características personales del agente. Pero la diferencia fundamental es que los presupuestos de imposición, contenidos en la resolución que los declaró, al estar esta consentida o ejecutoriada, son intocables; razón por la cual, se afirma frecuentemente que el requerimiento de cese no puede confundirse con un recurso de revisión de la prisión preventiva impuesta. La defensa técnica del investigado debe procurar recabar evidencia nueva o recién conocida para solicitar el cese de la prisión preventiva. Sin ello el pedido resultará inocuo.

El tercer párrafo del artículo 283 del Código Procesal Penal señala lo siguiente: “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.”

El enunciado normativo exige lo siguiente:

1. Nuevos elementos de convicción que demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición (la prisión).
2. Que resulte necesario sustituirla (la prisión) por la medida de comparecencia.

Adicionalmente indica que se deberá considerar (ya no son presupuestos):

1. Las características personales del imputado.
3. El tiempo transcurrido desde la privación de la libertad.
4. El estado de la causa.

Cabe resaltar que los elementos adicionales a considerar no son presupuestos propiamente porque obedecen necesariamente de la existencia de aquellos, si no existen los presupuestos básicos no será necesario en absoluto plantear las consideraciones adicionales. ES decir que estamos frente a un sistema de filtros, toda vez que el análisis es correlativo y podría estar presente el primer presupuesto básico; pero ello no significa que necesariamente se aplique el cese, ello porque el segundo presupuesto y las consideraciones del segundo bloque no se encuentran en el caso concreto.

Es menester, citar la doctrina jurisprudencial; para ello se debe traer a colación el fundamento 2.9 de la Casación 391-2011-Piura, que señala lo siguiente: “La cesación de la prisión preventiva requiere una nueva evaluación pero en base a la presencia de nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación. Por tanto, si no se actúan nuevos

elementos o los que se actuaron no fueron de fuerza suficiente para aquel propósito no podrá cesar la prisión preventiva. Ello lógicamente implica que la evaluación se deberá efectuar teniendo en cuenta los requisitos generales para la procedencia de esta medida de coerción personal, temporal y mutable.”

La Corte Suprema agrega ideas que son importantes, pero no son nuevas, pues fluyen de la lectura sistemática del Código. Así los nuevos elementos de convicción deben ser legítimamente aportados, esto es una clara referencia a la legalidad de la prueba. Adicionalmente se refiere a la intensidad de estos nuevos elementos, que deben tener la fuerza suficiente como para modificar el statu quo y por último precisa que la medida de prisión preventiva es una de naturaleza cautelar, temporal y mutable.

Una primera valoración entonces es la aseveración de que no todo elemento de convicción tiene la fuerza de enervar una prisión preventiva. Es decir no basta presentar en audiencia el nuevo elemento, además hay que sostener y exponer cuál es su fuerza de convicción, que puesta en una balanza, debe pesar más que el elemento que sirvió para la imposición de la medida.

En ese orden de ideas, debemos manifestar que no es un nuevo elemento de convicción la promesa de empleo o de acogida domiciliaria para variar el presupuesto de falta de arraigo. Se analizó el arraigo en el momento de la comisión del delito y la audiencia de prisión preventiva, las promesas de un arraigo futuro, por etéreas e improbables no configuran nuevo elemento de convicción válido. Tampoco son nuevos elementos de convicción los memoriales de respaldo ni los certificados de buena conducta, por impertinentes. No se puede invocar tampoco como nuevo elemento de convicción la exculpación por parte del cómplice o la aparición de un testigo cuyas afirmaciones no se puedan validar consistentemente por otros medios.

La variación de la tipificación como nuevo elemento de convicción

Otra situación, que es propicia citar es la siguiente: si la variación de tipificación (por parte de la fiscalía, se entiende) es un elemento de convicción. Aquí dos posibles tesis:

La primera es negar rotundamente que una nueva tipificación sea un elemento de convicción, ello porque un cambio de tipificación debería estar sustentado en la existencia de un nuevo elemento de convicción y si ello es así, lo que debería presentarse en audiencia no es la nueva tipificación si no los elementos de convicción que llevaron a considerar la nueva tipificación como la correcta.

Por ejemplo, en hurto con la agravante de inmueble habitado, se obtiene un elemento de convicción sólido que determina que el inmueble estaba abandonado, en ese caso al desaparecer la agravante la conducta se encuadra en el tipo base que por cierto tiene un máximo de pena inferior a los cuatro años de pena privativa de la libertad. Si ello es así, en realidad el nuevo elemento de convicción no sería la calificación típica nueva, si no la evidencia de que el inmueble no estaba habitado. La nueva pena sería un criterio argumentativo basado en la existencia del nuevo elemento de convicción (constatación, constancia, etc.)

La segunda es que sí es posible admitir una nueva calificación típica como elemento de convicción para el cese de prisión preventiva, ello en la idea de que la nueva tipificación puede traer consigo un nuevo mínimo y máximo de pena y por tanto destruir la tesis de prognosis de pena superior a cuatro años.

Por ejemplo, la fiscalía califica la conducta en un primer momento como cohecho activo genérico del primer párrafo del artículo 397 del Código Penal, pero luego de un mes, con un mejor estudio del caso, se percata que, por las propias condiciones del hecho inicial, la conducta se ajusta mejor al segundo párrafo del mismo artículo. ¿Esta modificación podrá servir válidamente para un cese de prisión preventiva? Nótese que no hay nuevos elementos de convicción, se trata de un aparente mejor análisis del fiscal y digamos, además, para terminar de construir el ejemplo, que se encuentra debidamente motivado y respaldado por ejecutorias supremas en la materia.

Si afirmamos que es posible sostener un cese de prisión preventiva desde esa perspectiva, estamos afirmando que la nueva calificación es por sí misma un

nuevo elemento de convicción. Luego de manera preliminar se podría afirmar que no será posible que se invoque como elemento de convicción una nueva calificación en la medida que no se trata de la incorporación de actos de investigación.

Para tener una mayor visión y comprender mejor ésta institución; nos planteamos la siguiente interrogante ¿qué sucede cuando el fiscal solicita el sobreseimiento de la causa respecto a un procesado con prisión preventiva? ¿Es posible usar dicho requerimiento como elemento de convicción para un cese? Existen dos escenarios: El sobreseimiento total y el parcial (o requerimiento mixto)

En el caso del sobreseimiento total, lo razonable es esperar a la audiencia de control. Sin embargo, si es menester, porque así exige un orden constitucional democrático, al no permitir que un procesado esté privado de su libertad más allá de lo estrictamente necesario, es lógico afirmar que, al realizar una audiencia de cese, el requerimiento de sobreseimiento por sí mismo no es un elemento de convicción. Ello por las mismas razones expuestas en el apartado previo. Si se trata de una nueva calificación de la conducta por parte del fiscal, ello relativiza el pedido de sobreseimiento. Si se trata de un sobreseimiento sobre la base de nuevos elementos de convicción obtenidos luego de la audiencia de prisión preventiva, deberán analizarse esos elementos de convicción y no el requerimiento de sobreseimiento. Adicionalmente, se debe señalar que el requerimiento de sobreseimiento es solo un acto postulatorio sujeto a control judicial, motivo de sobra para no tomarlo como un elemento de convicción por sí mismo.

En el caso del sobreseimiento parcial o mixto, opera lo mismo que el párrafo anterior en el caso de nuevos elementos de convicción introducidos en la investigación, sin embargo al contar con un requerimiento también de acusación – salvo que los nuevos elementos de convicción sean de gran intensidad – deberá preferirse el trámite del artículo 351 inciso 1 apartado “c” del Código Procesal Penal, de tal manera que al dictarse el auto de sobreseimiento en audiencia, al momento de pasar al control de acusación el imputado podrá solicitar el cese de la medida si el sobreseimiento aprobado afecta, por ejemplo,

la prognosis de pena, disminuyéndola sustancialmente o incluso reduciéndola por debajo del límite de los cuatro años.

Los nuevos elementos de convicción deben tener calidad, más que cantidad. Se pierde tiempo inútilmente repasando los ya evaluados. Se les debe mencionar, sí, pero como antecedente. El debate debe centrarse en el nuevo elemento y cómo es que afecta a los presupuestos de la prisión preventiva. En este caso es imprescindible el silogismo aristotélico derivado de la premisa primaria del elemento de convicción primigenio, premisa segunda del nuevo elemento de convicción y la conclusión, referida a cómo es que queda destruido el presupuesto de prisión que se pretende atacar.

Ello puede evitar las interminables audiencias de cese de prisión preventiva sin norte preciso, más aún en casos en los que la comparecencia restrictiva suele ser difícilmente amparable, sobre todo si hay flagrancia. Adicionalmente puede hacer que las audiencias de cese sean más fructíferas, por lo menos en cuanto a debate sustancial.

El carácter novísimo de un elemento de convicción alude a uno que no haya sido tenido en cuenta para dictar mandato de prisión preventiva, dado que el cese de la prisión preventiva exige la presencia de nuevas circunstancias que modifiquen situación inicial(cláusula rebús sic stantibus), no pudiendo evaluarse elementos de convicción que ya han sido materia de pronunciamiento en la prisión preventiva, pues ello, significaría efectuar una reevaluación de lo ya resuelto (cuestión prohibida en un cese de prisión preventiva).(EXPEDIENTE : 00016-2017-92-5001-JR-PE-01)

Se exige que los nuevos elementos de convicción sean pertinentes, lo que quiere decir que deben incidir en los motivos iniciales, precisamente porque buscan enervar la situación preexistente [este filtro de pertinencia del nuevo elemento de convicción, en el sentido que debe incidir en la modificación de la situación, ha tenido recibo en el numeral 2.9 de la Casación N° 391-2011 Piura], establecida al momento de imponerse el mandato de prisión preventiva, de

donde se sigue, que deben desestimarse aquellos elementos de convicción que no incidan sobre el mismo (EXPEDIENTE : 00016-2017-92-5001-JR-PE-01).

El Tribunal Constitucional también ha señalado que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución Política del Perú) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

Esta institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 283 del Código Procesal Penal, que establece: «1. El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente. 2. El juez de la investigación preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274. 3. 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. 4. 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. 4. El juez impondrá las correspondientes reglas de conductas necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.»

Del dispositivo legal citado se desprende que el órgano jurisdiccional disponga el cese de la prisión preventiva durante el transcurso del proceso, siempre que se logren incorporar nuevos elementos de convicción que demuestren la inconcurrencia de los motivos que determinaron su imposición, y por lo tanto resulta necesario sustituirla por una medida de comparecencia.

Al respecto en el fundamento 2.9 de la Casación 391-2011- Piura, la Corte Suprema estableció como doctrina jurisprudencial que «la cesación de la **prisión preventiva** requiere de una nueva reevaluación, pero en base a la presencia de

nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación. Por tanto, sino se actúa nuevos elementos o los que se actuaron no fueron de fuerza suficiente para aquel propósito no podrá cesar la prisión preventiva. Ello lógicamente implica que la evaluación se deberá efectuar teniendo en cuenta los requisitos generales para la procedencia de esta medida de coerción personal, temporal y mutable.»

Durante la Audiencia de Cesación de Prisión Preventiva, el Juez de la Investigación Preparatoria, evaluará si los presupuestos materiales que sustentaron la medida cautelar de Prisión Preventiva han variado sustancialmente. Pudiera ser por ejemplo el supuesto de una Prisión Preventiva fundamentada tanto en su vertiente de peligro de fuga y peligro de obstaculización, acreditado adecuadamente durante la Audiencia con elementos de convicción que demuestren plenamente que estos han desaparecido.

Cabe indicar que la prisión preventiva es una medida cautelar que busca sujetar al procesado a los fines del proceso, su finalidad no es constituirse en una pena anticipada o un escarmiento que se impone a un procesado y puede variar en cuanto cambien las condiciones que la motivaron, incluso al formularse el requerimiento acusatorio; su razón de ser es asegurar que el procesado concurra a todos los actos procesales, no perturbe la actividad probatoria y que la labor de investigación se desenvuelva correctamente a fin de garantizar la eficacia del proceso, lo que no obsta que llegado el momento se dicte una sentencia incluso con pena de privación de la libertad efectiva, si el caso lo amerita.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES:

- La Corte Suprema de la República mediante la Casación 391-2011-Piura ha determinado como doctrina jurisprudencial que para el cese de la prisión preventiva se requiere que los nuevos elementos de convicción sean incorporados de manera legítima por el investigado.
- El Juez está obligado a valorar la intensidad del elemento o elementos de convicción a fin de determinar que tengan fuerza suficiente como para modificar la situación preexistente de prisión preventiva. Es claro que, la fuerza se refiere a calidad de nuevo elemento de convicción, no a su mera presencia.
- Respecto a la naturaleza de los elementos de convicción, hemos arribado a la conclusión de que la nueva tipificación de la conducta, por sí misma, no puede ser tomada en cuenta como nuevo elemento de convicción. Solo podrá tomarse en cuenta y ofrecerse los elementos de convicción – nuevos – que propiciaron la nueva calificación, si esta es favorable al investigado privado de su libertad.

4.2. RECOMENDACIONES:

- Se recomienda que El Estado adopte medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole requeridas para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad; puesto que en la práctica se observa que esta figura jurídica es solicitada y aplicada con indiscriminada frecuencia.
- Ante la evidencia empírica de un alto índice de requerimientos de prisión preventiva solicitadas por los representantes del Ministerio Público; las cuales en su mayoría son declaradas fundadas, por los juzgados de Investigación Preparatoria; la recomendación formulada resulta genérica, por lo que, recomendamos de manera concreta disponer que los juzgados de Investigación Preparatoria revise, en forma obligatoria la necesidad y pertinencia de dictar la prisión preventiva, que es impuesta con cierto grado de periodicidad; muy especialmente consideramos un desafío urgente contrarrestar la dependencia de fiscales y jueces respecto de un concepto excesivamente formal de lo que significa arraigo domiciliario y laboral, concepto que como se ha visto afecta y deja en una situación de particular vulnerabilidad a los imputados.

BIBLIOGRAFIA

- ALMAGRO NOSETE, José: Instituciones de Derecho procesal, T. III (Proceso penal, 1), Trivium, Madrid, 1993.
- ARANGUENA FANEGO, Coral: Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español, José Marín. Bosch Editor, Barcelona, 1991.
- ASECIO MELLADO, Jose María. La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. VV.AA. Palestra Editores. Lima 2005.
- ASECIO MELLADO, José María: La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987.
- ASECIO MELLADO, José María: La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987.
- B.J.MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo III Parte General. Actos procesales. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires-2011 1ª Edición. Medidas de Coerción aplicables al imputado.
- BARONA VILAR, Silvia: «Prisión provisional», en: Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993.
- BELING, Ernest.- “Derecho Procesal Penal”. Labor. Barcelona – España. 1945. Pág. 378.
- BINDER, Alberto: Introducción al Derecho procesal penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Blanco Suarez, Rafael. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Editorial Lexis Nexis. 2005 Chile
- BOVINO, Alberto: Temas de Derecho procesal penal guatemalteco. Fundación Myiln^ Mack, Guatemala, 1996.
- BOVINO, Alberto: Temas de Derecho procesal penal guatemalteco. Fundación Myiln^ Mack, Guatemala, 1996.
- BRAMONT Arias Torres Luis Miguel Manual de Derecho Penal Parte General Segunda Edición.
- CACERES JULCA, Roberto. “La Prisión Preventiva”. Pacifico Editores. Lima-Perú 2015. Pág. 236.
- CALAMANDREI, Piero.- Introducción al estudio sistemático del procedimiento

cautelar. Padova- CEDAM. 1995.

- Castillo Alva José Luis. Prisión Preventiva. Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Primera Edición. Mayo 2015.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco.- La tutela judicial efectiva”. José María Bosch. Editor. Barcelona – España. 1994.
- CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín y Otros.- “Derecho Procesal Civil”. Colex Madrid. 1996.
- DE LA JARA, Ernesto. Gabriel Chávez Tafur. La Prisión Preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada? Instituto de Defensa Legal. Primera Edición setiembre de 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, “Derecho Procesal Penal”, 2007
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. Prisión Preventiva y Medidas Alternativas. Instituto Pacifico. Primera edición. Junio 2016.
- Diálogo con la Jurisprudencia. Grupo Gaceta Jurídica. El Plazo Razonable en la Investigación Preliminar. N°146. Noviembre 2010.
- GIMENO SENDRA, Vicente, MORENILLA ALLARD, Pablo, TORRES DEL MORAL, Antonio y DÍAZ MARTINE, Manuel. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, España. 1992. Tomo II.
- GOMEZ DE LIAÑO GONZÁLES, Fernando.- “El proceso penal”. Forum Oviedo – España. 1997.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Otros.- Derecho Procesal Penal. Décima Edición. Artes Gráficas y Editores. Madrid – España. 1987.
- GONZÁLES CUELLAR SERRANO, Nicolás.- Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Madrid – España, 2005
- Gonzalo DEL RIO LABARTHE. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. 1era. Edición 2008- Ara Editores E.I.R.L.
- ILLESCAS RUS, Ángel Vicente.- “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”. En Revista de Derecho Procesal. 01. Madrid – España. 1995.
- JAUCHEM, EDUARDO M. Tratado de la prueba en materia penal. Rubinzal – Culzoni. Buenos, 2010
- LLONTOP RODRÍGUEZ Javier. Prisión Preventiva Límites Constitucionales. 1era. Edición febrero 2016. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

- ORTELLS RAMOS, Manuel y otros.- “Las medidas cautelares en el proceso penal”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid – España. 1978.
- PEÑA CABRERA FREYRE Alonso Raúl Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal. Análisis dogmático Derecho Comparado y Jurisprudencia. Editora Rodhas. Edición abril 2007.
- POZO HURTADO José. Manual de Derecho Penal. Parte General I 3ra. Edición. Casa Editora Grijley. 2005.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, El Proceso Penal. Lectura Constitucional, 1a. ed., Barcelona, 1993,
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, El Proceso Penal. Lectura Constitucional, 1a. ed., Barcelona, 1993.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “En busca de la prisión preventiva”. Jurista Editores, Lima, 2006.
- ROSAS YATACO Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Análisis y Desarrollo de Las Instituciones Del Nuevo Código Procesal Penal. Volumen II. Primera Edición. Enero 2013. Pacifico Editores S.A.C.
- SALINAS SICCHA Ramiro. Derecho Penal Parte Especial. 3ra. Edición. Marzo 2008.
- SAN MARTIN CASTRO César Derecho Procesal Penal II. Segunda Edición actualizada y aumentada. Editora Jurídica Grijley, 2003.
- SANGUINÉ, Odone: La prisión provisional y derechos fundamentales. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español. Barcelona 1984
- VECINA CIFUENTES, Javier.- “Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional”. Colex – Madrid. 1994.

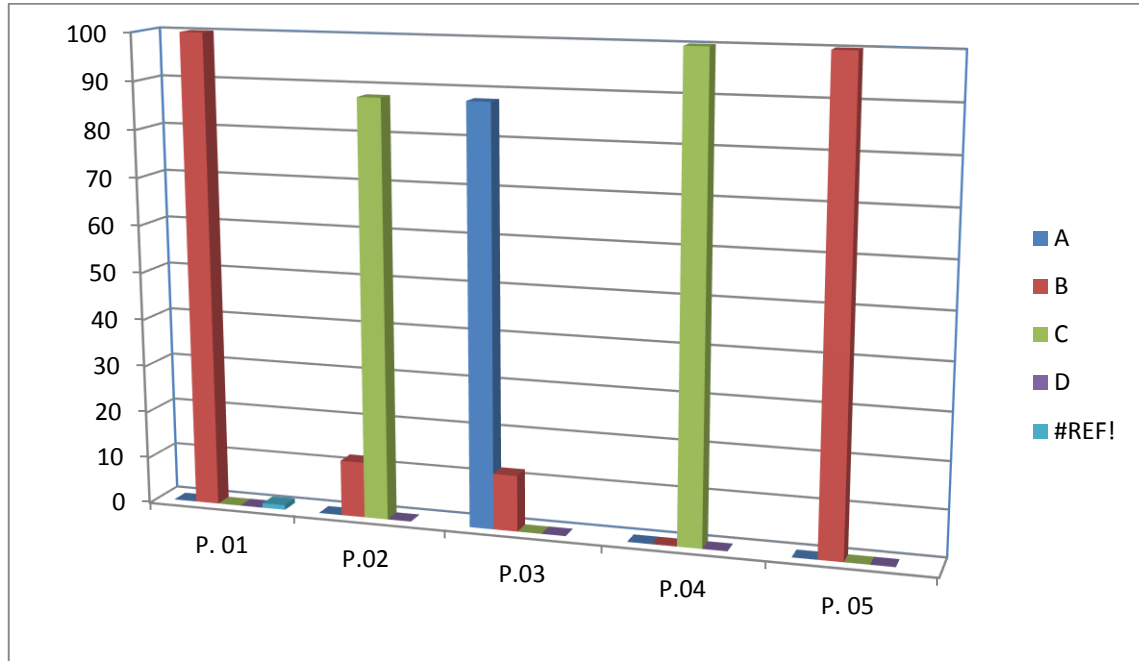
ANEXO I

Este cuestionario es realizado por la bachiller Katerin Mercedes Oyarce Valle a los alumnos de la Escuela Profesional de Derecho, abogados litigantes, jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Lambayeque, con el propósito de conocer las apreciaciones sobre la prisión preventiva en el proceso penal.

1. **¿A pedido de quién se realiza la audiencia de cese de prisión preventiva?**
 - a) Ministerio Público.
 - b) Defensa Técnica.
 - c) Juez a través del perito
 - d) Procurador Público.
2. **¿Puede llevarse a cabo esta audiencia en cualquier etapa del proceso, o es exclusiva de la etapa intermedia?**
 - a) Investigación Preliminar
 - b) Etapa Intermedia
 - c) Juzgamiento
 - d) En cualquier etapa del Proceso
3. **¿En su experiencia laboral, ha participado de audiencias de cese de prisión preventiva?**
 - a) Si
 - b) No
4. **¿Qué criterios debe de considerar el juez al momento de declarar fundado el cese de prisión preventiva?**
 - a) Legalidad.
 - b) Idoneidad y pertinencia de prueba
 - c) Nuevos elementos de convicción
 - d) Etapa en la que se encuentra el proceso
5. **¿Conceder el cese de prisión preventiva, atenta contra la seguridad jurídica?**
 - a) Si
 - b) No
 - c) Depende del caso específico
 - d) Depende del criterio de discrecionalidad del Juez.

ANEXO II

CUADRO DE BARRAS DEL RESULTADO DE ENCUESTAS



A : JUECES
B : FISCALES
C : ABOGADOS
D : ESTUDIANTES

P01 : PREGUNTA 1
P02 : PREGUNTA 2
P03 : PREGUNTA 3
P04 : PREGUNTA 4
P05 : PREGUNTA 5

Alternativa A: Color Azul
Alternativa B: Color Rojo
Alternativa C: Color Verde
Alternativa D: Color Lila

ANEXO III
JURISPRUDENCIA

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

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de junio de dos mil trece.-

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

1. DECISIÓN CUESTIONADA

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

2. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO:

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

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

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

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

3. ITER PROCESAL:

3.1 Del Itinerario de la causa en primera instancia

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

3.2 Del Itinerario de la causa en segunda instancia

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

3.3 Del Itinerario del recurso de casación

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

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

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

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

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

SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CASO SUB MATERIA.-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 391-2011

PIURA

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

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

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

DECISIÓN:

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

ACORDARON:

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

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

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

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

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

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

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

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

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

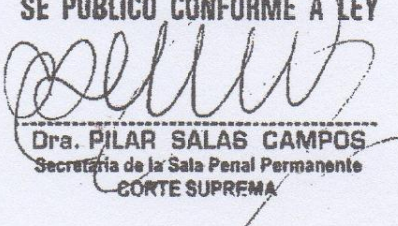
BARRIOS ALVARADO

ROZAS ESCALANTE

JS/sd

17 OCT 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de julio de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, BeaumontCallirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eduard Becerra Díaz a favor de don Lidonil Eduardo Díaz Ortiz contra la sentencia expedida por la Sala Especializada de Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 115, su fecha 18 de enero de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de diciembre de 2011 don Eduard Becerra Díaz interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Lidonil Eduardo Díaz Ortiz y la dirige contra la Segunda Sala Penal de Apelaciones-Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura integrada por los jueces superiores señores Meza Hurtado, Villacorta Calderón y Alamo Rentería, y contra el Fiscal Superior Provisional de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Piura, Jorge Yataco Rojas, a fin de que se declare la nulidad de la resolución N.º 8, expedida el 6 de diciembre de 2011, que revocó el auto N.º 4, que declaró fundado el cese de la prisión preventiva y reformándolo declaró improcedente dicha medida, ordenando la ubicación y captura del favorecido a efectos de que sea internado en el penal correspondiente, en el proceso seguido por el delito de tráfico ilícito de drogas (Expediente N.º 3829-2011-34-2005-JR-PE-01). Alega la vulneración de sus derechos de defensa y al debido proceso conexos a la libertad personal.

Sostiene que el favorecido viene siendo investigado por delito de tráfico ilícito de drogas ante la Fiscalía Especializada correspondiente, ante la cual solicitó el cese de la prisión preventiva ordenada en su contra, solicitud que motivó la expedición de la aludida resolución N.º 4, que aceptó dicha petición. Contra esta resolución, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido, disponiéndose la elevación del cuaderno de

apelación correspondiente a la instancia superior, llevándose a cabo la audiencia de vista de la respectiva causa el 6 de diciembre de 2011, sin que se encuentre presente su abogado defensor, pues presentó un escrito solicitando la reprogramación de la mencionada audiencia aduciendo la imposibilidad de su abogado defensor de asistir debido a problemas de salud, de lo que se dio cuenta en la audiencia. Manifiesta que la sala desestimó dicho pedido, lo que a su criterio significó que dicha audiencia se realizara sin la presencia de abogado alguno que defienda sus intereses; además, en la resolución N.º 6, del 5 de diciembre de 2011, no se señaló apercibimiento alguno en caso de incomparecencia del abogado defensor, y de manera arbitraria e ilegal la Sala, a pedido del fiscal demandado, ordenó la continuación de la audiencia en la que, revocándose el auto N.º 4, se declaró improcedente el cese de la prisión preventiva ordenando la captura de favorecido. Agrega que no se le corrió traslado del escrito de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la aludida resolución N.º 4; que no se tuvo en cuenta el plazo de 3 días de anticipación para la programación de la citada audiencia, pues esta se señaló dentro de las 24 horas sin considerar que su abogado tenía que viajar desde la ciudad de Chiclayo, no advirtiéndose la falta de urgencia para convocar a dicha audiencia, pues el favorecido no era un reo en cárcel; que en tan corto plazo su abogado no pudo revisar el cuaderno de apelación y que se desestimaron los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones N.ºs 7 y 8.

El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con fecha 21 de diciembre de 2011, declara infundada la demanda por considerar que no puede acudirse al hábeas corpus para discutir o ventilar asuntos como la responsabilidad criminal que es competencia exclusiva de la justicia penal; asimismo, estima que tampoco se ha vulnerado algún derecho fundamental como los invocados, toda vez que conforme al artículo 278º, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Penal, la Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar dentro de las 72 horas de recibido el expediente con la citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado, lo que concuerda con el artículo 420º, inciso 5, del referido código que establece que a la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que se estime conveniente, audiencia que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, lo que aconteció en el caso de autos.

La Sala Superior competente la declara improcedente por estimar que la resolución N.º 4, que estimó el cese de la prisión preventiva, fue apelada por el representante del Ministerio Público, por lo que siendo esta la parte interesada acudió a la cuestionada audiencia de vista de la causa, pues era su obligación; además, la programación de la referida audiencia fue notificada por vía telefónica

al abogado del favorecido, Jorge Aníbal Alvítez Barboza el 5 de diciembre de 2011, quien también se encontraba acreditado en autos, notificación efectuada a dicho letrado debido a que su otro abogado, Eduard Becerra Díaz, no contestaba su teléfono celular, todo ello se realizó de conformidad con el artículo 129°, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Penal. Se expresa también que la pretensión del favorecido consiste en que se lleve a cabo el reexamen del auto que declaró fundada la solicitud de cese de prisión preventiva.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que se declare la nulidad de la resolución N.º 8, expedida el 6 de diciembre de 2011, que revocó el auto N.º 4, que declaró fundado el cese de la prisión preventiva y reformándolo declaró improcedente dicha medida, ordenando la ubicación y captura del favorecido a efectos de que sea internado en el penal correspondiente, en el proceso seguido por delito de tráfico ilícito de drogas (Expediente N.º 3829-2011-34-2005-JR-PE-01). Para tal efecto cuestiona la resolución N.º 7, del 6 de diciembre de 2011, que desestima su pedido de reprogramación de la audiencia de vista de la causa de cesación de prisión preventiva del 6 de diciembre de 2011, y diversos aspectos procesales tales como el que no se le corrió traslado del escrito de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la aludida resolución N.º 4. También cuestiona que la resolución N.º 6, que programó dicha audiencia, no precisó apercibimiento alguno en caso de incomparecencia de su abogado patrocinador, y que no se tuvo en cuenta el plazo de 3 días de anticipación para la programación de la audiencia pues esta se señaló dentro de las 24 horas sin considerar que su abogado tenía que viajar desde la ciudad de Chiclayo, no advirtiéndose la falta de urgencia para convocar a dicha audiencia, pues el favorecido no era un reo en cárcel; que en tan corto plazo su abogado no pudo revisar el cuaderno de apelación y que se desestimaron los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones N.ºs 7 y 8. Se alega la vulneración de los derechos de defensa y al debido proceso conexos a la libertad personal.

Cuestión Previa

2. Si bien se emplaza también a un Fiscal Superior, del tenor de la demanda se desprende que no se cuestiona su actuación en el proceso sub materia. Más bien, la demanda está dirigida contra una resolución judicial; es decir, se pretende la nulidad de la resolución N.º 8, expedida el 6 de diciembre de

2011, que revocó el auto N.º 4, que declaraba fundado el cese de la prisión preventiva y reformándolo declaró improcedente dicha medida.

Respecto al cuestionamiento de aspectos estrictamente procesales

3. En cuanto a los cuestionamientos de que no se le corrió traslado del escrito de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la aludida resolución N.º 4; que la resolución N.º 6, que programó la cuestionada audiencia, no precisó apercibimiento alguno en caso de incomparecencia de su abogado patrocinador; que no se tuvo en cuenta el plazo de 3 días de anticipación para la programación de la citada audiencia, pues esta se señaló dentro de las 24 horas sin considerar que su abogado tenía que viajar desde la ciudad de Chiclayo, no advirtiéndose la falta de urgencia para convocar a dicha audiencia, pues el favorecido no era un reo en cárcel; que en tan corto plazo su abogado no pudo revisar el cuaderno de apelación y que se desestimaron los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones N.ºs 7 y 8; este Colegiado advierte que, sustancialmente, el cuestionamiento contra la aludida resolución y las pretendidas vulneraciones al debido proceso se sustentan en un alegato infraconstitucional, siendo que no es labor de la justicia constitucional la resolución de asuntos de mera legalidad, por lo que no resulta procedente determinar en sede constitucional dichos aspectos propios de la justicia ordinaria; por tanto, dichos cuestionamientos exceden el objeto de los procesos constitucionales de la libertad individual al ser competencia propia del fuero jurisdiccional ordinario en el marco del proceso que se le sigue al actor por el delito de tráfico ilícito de drogas. En consecuencia, la demanda debe ser rechazada en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

Respecto al cuestionamiento de la resolución N.º 7, emitida el 6 de diciembre de 2011

4. Nuestro sistema normativo ha asumido lo que en doctrina se conoce como la *concepción amplia del hábeas corpus*; es decir que el hábeas corpus ya no sólo protege la libertad personal en sentido estricto, sino que se ha extendido a otros derechos consustanciales. A dicha afirmación es posible llegar si se tiene en cuenta la clave normativa con que desarrolla esta materia el artículo 200º inciso 1, de la Constitución, que ha previsto: “[...] La acción de hábeas corpus [...] procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos [...]”, así como lo estatuido en la parte in

fine del último párrafo del artículo 25° del Código Procesal Constitucional, que ha precisado: “[...] También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio [...]”.

5. De acuerdo con lo expuesto en el considerando precedente queda claro que el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo cual supone el otorgamiento al juez constitucional de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado, siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de *laconexidad* entre este (debido proceso) y la libertad individual.
6. En cuanto a la alegada violación del derecho a la defensa, este derecho comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal. Tal derecho tiene una doble dimensión: *una material*, referida en el ámbito del proceso penal al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y *otra formal*, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.
7. En el caso de autos, respecto al cuestionamiento de la resolución N.º 7, del 6 de diciembre de 2011, que desestima el pedido del favorecido de que se reprogramme la audiencia de vista de la causa de cesación de prisión preventiva del 6 de diciembre de 2011, porque su abogado defensor no podía asistir debido a problemas de salud este Tribunal considera que conforme a la razón que obra a fojas 31, la Sala de apelaciones que integran los jueces superiores demandados dispuso notificar al otro abogado designado por el favorecido para que lo patrocine en la referida investigación (Jorge Aníbal Alvítez Barboza), llamándolo a su teléfono celular, también consignado en autos, para citarlo verbal y personalmente para que concurra a la audiencia, lo que se hizo en defecto de la notificación mediante cédula y por tratarse de un caso de urgencia, conforme a lo previsto por el inciso 2 del artículo 129° del Nuevo Código Procesal Penal.
8. En consecuencia este Tribunal considera que el favorecido tuvo oportuno conocimiento de la audiencia que cuestiona debiendo concurrir personalmente acompañado de uno de sus abogados defensores consignados

en autos, no siendo causa justificatoria de ausencia la presunta enfermedad de uno de dichos letrados.

9. Por lo tanto, en el presente caso es de aplicación el artículo 2º, *a contrario sensu*, del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

- 1.- Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto al cuestionamiento de actos procesales conforme al fundamento 3 *supra*.
- 2.- Declarar **INFUNDADA** la demanda porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos de defensa y al debido proceso conexos a la libertad personal.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**