

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



TÍTULO

EL CRITERIO PREPONDERANTE PARA CONFIGURAR EL PELIGRO PROCESAL DE LA
PRISIÓN PREVENTIVA: A PROPÓSITO DEL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL

AUTOR:

HUSSEIN CADENA TINUCO

ASESORA:

ROMY ALEXANDRA CHANG KCOMT

Abril, 2020

RESUMEN

La conflictiva relación entre el derecho a la libertad individual de la persona y el encierro preventivo no cesa en la actualidad. Desde la vista de la doctrina y jurisprudencia nacional, se ha expuesto que la prisión preventiva es una medida sumamente excepcional que solo se invoca con el objeto de garantizar el desarrollo adecuado del proceso ante la verificación de un peligro procesal (fuga u obstaculización de la investigación). No obstante, esta medida no es la única para neutralizar el peligro procesal.

El Código Procesal Penal (NCP) regula varias medidas de coerción personal y, conforme al artículo 235° numeral 3, éstas son utilizadas en un marco de necesidad, sin embargo, no todas generan la misma consecuencia jurídica y neutralizan el mismo nivel de peligro procesal.

En ese contexto, el peligro procesal es el presupuesto más importante dentro de las medidas de coerción personal y es la razón por la que se dicta. Asimismo, este presupuesto varía de acuerdo a la medida de coerción personal, es decir, el peligro procesal que neutraliza la prisión preventiva no es el mismo peligro que puede neutralizar las demás medidas de coerción personal.

Por tanto, el peligro procesal de la prisión preventiva tiene un carácter desbordante que dista de las demás medidas de coerción personal, no obstante, ¿Qué circunstancia lleva a ese nivel de peligro procesal? El objetivo de esta investigación es probar que la circunstancia determinante que intensifica el peligro procesal y hace necesaria la utilización de la prisión preventiva, es la actitud del imputado frente al proceso penal. Este criterio incapacita a las demás medidas de coerción personal y hace necesaria la utilización de la prisión preventiva, consecuentemente, el peligro procesal de la prisión preventiva se debe estructurar sobre la base de este criterio.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I	6
1. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL PROCESO PENAL	6
1.1. Concepto:	6
1.2. Presupuestos materiales de las medidas de coerción en el proceso penal:.....	14
2. LA PRISIÓN PREVENTIVA	17
2.1. Antecedentes:	17
2.2. Marco normativo de la prisión preventiva en la legislación peruana:	24
2.2.1. Fundados y graves elementos de convicción:.....	26
2.2.2. La pena probable superior a los 4 años:	29
2.2.3. Peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización de la investigación):	31
2.3. Principios rectores de la prisión preventiva:	39
2.3.1. Principio de legalidad:	39
2.3.2. Principio de jurisdiccionalidad:.....	41
2.3.3. Principio de provisionalidad:.....	42
2.3.4. Principio de presunción de inocencia:.....	43
2.3.5. Principio de proporcionalidad:.....	45
2.3.5.1. Idoneidad:	46
2.3.5.2. Necesidad:.....	47
2.3.5.2.1. El carácter excepcional de la prisión preventiva:.....	49
2.3.5.2.2. El carácter subsidiario de la prisión preventiva:.....	51
2.3.5.3. Proporcionalidad en sentido estricto:	53
CAPÍTULO II	54
2. EL PELIGRO PROCESAL.....	54
2.1. Aspectos generales:.....	54
2.2. Tratamiento doctrinario del peligro procesal de la prisión preventiva:	58
2.3. Tratamiento jurisprudencial del peligro procesal de la prisión preventiva:	62

2.3.1. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional:.....	62
2.3.2. Pronunciamiento de la Corte Suprema de la República del Perú:	64
2.4. Posición del Ministerio Público:	70
2.5. Indicativo de la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva en la práctica judicial:	72
CAPÍTULO III	108
TOMA DE POSICIÓN SOBRE EL PELIGRO PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:	108
3.1. Hacia una adecuada configuración del peligro procesal de la prisión preventiva:	109
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121



INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva, al margen de privar la libertad individual, comporta una separación brusca de la familia, de los amigos, de la profesión, produce relevantes daños económicos y morales, desprestigia, estigmatiza y genera consecuencias psicológicas negativas al que la sufre, limita sus posibilidades de defensa e incide desfavorablemente en las decisiones judiciales¹.

Por tanto, conforme a un Estado democrático y por no tratarse de una pena, la privación de la libertad individual a través de la prisión preventiva, solo podrá ser legítima ante una necesidad imprescindible probada, por tanto, si no existe una necesidad de tal magnitud, la privación de la libertad individual será un abuso y por tanto ilegítima.

En esa línea, para la imposición de la prisión preventiva se tiene que dar por configurado sus 3 presupuestos materiales, aunado a ello, se deberá analizar su proporcionalidad y el plazo de su duración; sin embargo, el presente estudio versará únicamente en estudiar el tercer presupuesto de la prisión preventiva (peligro procesal) y el subprincipio de necesidad, a partir de ello se propondrá una línea de configuración del peligro procesal de la prisión preventiva.

Dicho ello, nuestra investigación se ha dividido en tres capítulos. En el primer capítulo *analizaremos* a las medidas de coerción personal y cómo éstas no siguen el concepto puro de las medidas cautelares desarrolladas en el proceso civil. A partir de ello abordaremos los antecedentes de la prisión preventiva, su regulación en el ordenamiento jurídico nacional y los principios que convergen en su utilización (con mayor preponderancia en el subprincipio de necesidad).

En el segundo capítulo abordaremos al denominado peligro procesal de las medidas de coerción personal y, dentro de ellas, al peligro procesal de la prisión preventiva. Verificaremos que el tratamiento del peligro procesal es escaso, no obstante, la doctrina, la jurisprudencia y algunos pronunciamientos de las cortes

¹ LLOBET RODRÍGUEZ Javier. Prisión Preventiva: Límites Constitucionales. Lima, Grijley, p. 28.

internacionales brindarán ciertos conceptos que nos ayudarán a entender que el peligro procesal de la prisión preventiva no comparte el mismo criterio de necesidad que las demás medidas de coerción personal, por lo que se presentará la tesis de una utilización escalonada de las medidas de coerción personal.

Sumado a ello, presentaremos algunos casos de la práctica judicial que pondrá en evidencia la escasa justificación en relación a la configuración de la prisión preventiva y al subprincipio de necesidad.

En el tercer capítulo tomaremos posición sobre el peligro procesal de la prisión preventiva y expondremos el motivo que nos llevará a proponer una línea de configuración del peligro procesal de esta medida, asimismo, la manera propuesta de configurar el peligro procesal nos permitirá explicar con suficiencia la necesidad del uso de la prisión preventiva y por tanto la proporcionalidad de la medida.

Debemos señalar que el aporte académico de la presente investigación, tiene como propósito generar una configuración razonable del peligro procesal de la prisión preventiva y un sustento adecuado del subprincipio de necesidad. Consecuentemente, a futuro se generará una motivación cualificada de las resoluciones sobre prisión preventiva.

CAPÍTULO I

1. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL PROCESO PENAL

1.1. Concepto:

La garantía jurisdiccional, que forma parte del principio de legalidad en materia penal, al ser un trofeo de la civilización, nos permitió entender que los únicos autorizados para aplicar el Derecho Penal, son los órganos jurisdiccionales (el Estado) a través de un proceso penal². Desde esa perspectiva, el proceso, y obviamente el proceso penal, llegó a ser un instrumento de suma importancia en la vida jurídica.

Históricamente, el término proceso, por su raíz etimológica *–procedere–*, tiene procedencia canónica y fue llevado al sistema procesal del *civil law* por la doctrina alemana. Durante mucho tiempo, por su naturaleza jurídica, fue ampliamente debatido y desarrollado por varias teorías, no obstante ello, con claridad, se pudo identificar al proceso como un conjunto de actos secuenciados o coordinados que se desenvuelven progresivamente (instrumento único e imparcial), con la finalidad de que se pueda resolver, mediante un juicio, el conflicto sometido a su decisión, y lograr la actuación del derecho en lo que corresponda³.

Bajo ese entendido, podemos caracterizar al proceso como una garantía (porque posee cargas deónticas: prohibido, permitido y obligatorio) única, pacífica e imparcial que vincula a tres sujetos (actor, juez y demandado) y está dirigido a resolver conflictos intersubjetivos⁴. Sin duda, el entendido y la caracterización del proceso en general, esclarece su finalidad.

² MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón, Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, p. 31.

³ GONZALES ÁLVAREZ Roberto. Neoprocesalismo: Teoría del Proceso Civil Eficaz, ARA editores. Lima, 2013, p. 929.

⁴ *Ibíd.*, p. 930-932.

Ahora bien, perfilándonos al ámbito penal, podemos entender que el proceso penal, “desde un punto de vista descriptivo, llega a ser un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia o no de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena o medida de seguridad y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de sanción”⁵, es decir, es un método de determinación de hechos y responsabilidades que se desarrolla bajo el parámetro de una absoluta neutralidad⁶; sin embargo, la realización de los diferentes actos encaminados a la comprobación, muchas veces significa un camino largo que trasluce la investigación, la acusación y el juicio (estructura del proceso penal peruano).

Ante esta larga duración del proceso penal, presenciada normalmente en el proceso común, muchas pueden ser las posibilidades: el imputado podría sustraerse de la persecución penal, podría obstruir el esclarecimiento de los hechos (destruir pruebas o entorpecer su obtención), podría deshacerse de sus bienes para no afrontar la reparación civil que eventualmente se le podría imponer, podría cometer un hecho delictuoso, podría generar desorden público o finalmente podría afrontar el proceso penal porque sustenta su inocencia. En el campo de la probabilidad, todo puede ser posible, no obstante, de lo que sí estamos seguros, es que en esa larga travesía de la persecución penal se presume la inocencia del sujeto y esta solo será destruida con la existencia de una sentencia condenatoria firme.

Como puede advertirse, el proceso penal necesariamente tiene que cumplir su finalidad, es decir, desarrollarse, y al final de ello, emitirse una resolución firme mediante la cual se dé por resuelto el conflicto de contenido penal, de lo contrario, sería cualquier cosa menos una garantía de protección de derechos.

⁵ BINDER Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2da. Edición-5ta. Reimpresión, Buenos Aires, AD.HOC, 2009, p. 53.

⁶ ASECIO MELLADO José María. Derecho Procesal Penal – Estudios fundamentales, Lima, Fondo Editorial INPECCP, 2016, p. 809.

Bajo esa línea, un aspecto trascendente es que el proceso penal se desarrolle con normalidad, sin embargo, ello no necesariamente es así, en muchas ocasiones se presentan situaciones (imputables al encausado) que generan la frustración del mismo. A ese tenor, naturalmente se tuvo que pensar en su protección, y es en esa línea que se abrió paso al surgimiento de las medidas de coerción, ya sea real o personal.

Como antecedente histórico, las medidas cautelares fueron desarrolladas primero en el plano del proceso civil, bajo el lineamiento de contrarrestar los riesgos que se podrían revelar por el tiempo de tramitación del proceso. “A pesar de esta aparente uniformidad (neutralizar riesgos), surgieron varios debates en torno a su finalidad”⁷.

La doctrina clásica, desde una perspectiva estricta, estableció que la finalidad de las medidas cautelares giraban concretamente en torno a la necesidad de asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria, es decir, identificaba como fin exclusivo el de asegurar la ejecución de la futura sentencia condenatoria, por lo que, en ese contexto, claramente existía una vinculación directa entre las medidas cautelares y las sentencias condenatorias, ya que, en caso de acordarse su utilización, prácticamente se satisfacía la pretensión sin haber terminado el proceso (sin sentencia)⁸.

Esta doctrina ocasionó cierta confusión en cuanto al contenido de las medidas cautelares, porque al dirigir su finalidad exclusivamente al aseguramiento de la ejecución de la sentencia condenatoria, permitía afirmar, de cierto modo, que las medidas cautelares serían semejantes pero no idénticas a las sentencias condenatorias en la práctica.

Ante ello, surgió una nueva corriente doctrinal que proponía cambiar la finalidad de las medidas cautelares, y en esta corriente, la finalidad propuesta fue de que las medidas cautelares debían estar dirigidas *al aseguramiento de la*

⁷ PUJADAS TORTOSA Virginia. Para una Teoría General de las Medidas Cautelares Penales. Tesis doctoral, Universidad de Girona. Cataluña: 2007, p. 65.

⁸ Ibid., p. 66.

efectividad de la sentencia, que terminado el juicio, se iba a dar. Con ello, de algún modo, se dio a entender que las medidas cautelares serían un medio para lograr la efectividad de la tutela judicial (tutela jurisdiccional efectiva)⁹.

Lo cierto es que, actualmente, las medidas cautelares, en el plano civil, fundan su finalidad en el aseguramiento de la efectividad de la sentencia¹⁰. Esta finalidad también es compartida con la posición del profesor Calamandrei¹¹, cuando indica que “las providencias cautelares, más que actuar el derecho, la finalidad inmediata es asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho”.

La posición de la efectividad, a nuestro juicio, de cierto modo llega a ser vaporoso, ya que, cuando se refiere a la actuación del derecho, ésta puede suponer dos cosas; o el demandante tuvo la razón y se amparará su pretensión o simplemente no la tiene y en su actuar protegerá al demandado. En ese contexto, ¿qué sucede si el demandante, al final del proceso, no tiene la razón pero se aplicó medidas cautelares en la causa?

Justamente para poder contrarrestar algún tipo de perjuicio por la utilización de las medidas cautelares en el proceso civil, surge la institución de la contracautela, un “remedio legal puesto a disposición de una de las partes del proceso para evitar que la apariencia de un derecho, confirmado posteriormente como *infundado*, sea la causante de una serie de consecuencias lesivas en su patrimonio”¹².

Como puede verse, las medidas cautelares, en el plano del proceso civil, estarán orientadas a garantizar la efectividad de la sentencia, ya que podrían caer

⁹ Ibid., p. 66 - 70

¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO César. La Privación de la Libertad Personal en el Proceso Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Derecho & sociedad 20, p. 168. Enlace: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17300/17587>, visitada el 06 de abril del 2020.

¹¹ CALAMANDREI Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos aires, El Foro, 1996, p. 45.

¹² LEDESMA NARVÁEZ Marianella. La Tutela Cautelar en el Proceso Civil, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p. 109.

en infructuosas por la duración del proceso (tutela jurisdiccional efectiva). Asimismo, de algún modo, permite utilizar las medidas cautelares de manera reiterada (no llega a ser una excepción) y, a más de ello, estará garantizada con un remedio (contracautela) si se llega a generar algún perjuicio producto de la utilización de las medidas cautelares.

Esta situación (desarrollo de las medidas cautelares en el proceso civil) no se refleja fielmente en el plano del proceso penal, y decimos ello porque en este ámbito, primero, no existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la posible comisión del delito (autor o agraviado), sino entre el imputado y el Estado; segundo, el agraviado no es titular de un derecho subjetivo que le permita solicitar la imposición de una pena al autor (los derechos subjetivos penales han sido excluidos a favor del Estado, el cual se convirtió en el único titular del *ius puniendi*) y finalmente, el Derecho Penal solo puede ser aplicado por medio del proceso, lo que hizo entender que el proceso es el mejor instrumento para garantizar la legalidad del resultado (sentencia), así como para asegurar los derechos del acusado. Esta posición generó asumir que el proceso penal ha de conformarse según los principios esenciales de lo que es un proceso, pero de ninguna manera podrá significar que la misma nos lleve a la conclusión de que el proceso penal tenga que ser igual al proceso civil¹³.

En ese entendido, el análisis de las medidas cautelares en el proceso penal, poseen un tratamiento distinto y especial, no obstante, debemos precisar que dentro de ello existen dos tipos de medidas: medidas de coerción personal y medidas de coerción real. Estando claro ello y por la naturaleza de la presente investigación, únicamente nos ocuparemos de abordar las medidas de coerción de carácter personal, y dentro de ella, a la prisión preventiva.

Como punto de partida, debemos dejar claro que los derechos fundamentales, cuyo origen se sustenta en la dignidad humana, no tienen carácter absoluto, es decir, pueden ser limitados o restringido. Esta posición ha sido

¹³ MONTERO AROCA Juan. El Derecho Procesal en la Encrucijada de los siglos XX y XXI. Lima, Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura, 2016, p. 43-54.

compartida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia del caso Buckley vs Gran Bretaña del 25 de septiembre de 1969, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la sentencia del caso Maritza Urrutia vs Guatemala del 27 de noviembre del 2003 (fundamento 66), por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 7), por el Tribunal Constitucional peruano en el caso Mallma Tinco (Exp. 8815-2005-PHC/TC, fundamento III.4) y obviamente fue acogida y suscrita en la Constitución Política del Estado Peruano en el artículo 2, apartado 24, párrafo b):

“No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, *salvo en los casos previstos por la Ley (...)*”.

Como puede observarse, constitucionalmente es legítimo restringir la libertad personal de una persona, no obstante, la norma precisa que solamente se dará en supuesto que la Ley establece. A nuestro juicio, tal restricción se podrá dar en los siguientes supuestos: I) por la imposición de una pena producto de una sentencia condenatoria, II) por la declaración de un estado de emergencia y, III) por la utilización de las medidas de coerción personal en el proceso penal.

Aclarado ello, las medidas de coerción personal están reguladas en el Código Procesal penal del 2004 (NCP), por lo que será importante observar dicho cuerpo normativo, a fin de examinar el lineamiento de las medidas en mención.

De manera preliminar, el NCP, en el artículo VI, establece la legalidad de las medidas que limitan derechos, bajo los siguientes términos:

“Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Aunado a ello, en el artículo 253°, establece que:

1. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella.
2. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción.
3. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

De lo citado, las medidas de coerción personal pueden ser entendidas como aquel instrumento excepcional emitido por un juez, a través de una resolución motivada, con la finalidad de limitar la libertad individual del imputado(a). Esta resolución será emitida a requerimiento de la parte legitimada (Ministerio Público), con el objeto de prevenir, según sea el caso, el riesgo de fuga, impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o evitar el peligro de reiteración delictiva.

Las medidas de coerción personal, en el proceso penal, siempre han sido cuestionadas por su injerencia en el derecho a la libertad individual (sin duda alguna es uno de los bienes jurídicos más preciados), porque aparentemente vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. Es por ello que, alrededor de esta situación, han surgido distintos pronunciamientos, por ejemplo, la del profesor San Martín Castro¹⁴, “que indica que hoy en día existe un consenso básico en que el Estado

¹⁴ SAN MARTÍN CASTRO César. La Privación de la Libertad Personal en el Proceso Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Op. cit., p. 165.

tiene el deber social de combatir la delincuencia y de garantizar la seguridad ciudadana; a este propósito sirve el proceso penal”.

Esta posición, de cierto modo, convierte al proceso penal en un instrumento de política criminal, porque el proceso sería un instrumento para combatir a la delincuencia y las medidas de coerción, que se podrían adoptar en su seno, se dirigirían a esa finalidad también.

En sentido opuesto, el profesor Asencio Mellado¹⁵ establece que ni el proceso penal, ni las medidas de coerción personal, pueden ser instrumentos de política criminal. El proceso es un método que se desarrolla en la más absoluta neutralidad.

Claramente el proceso penal no puede ser visto como un instrumento de política criminal, y menos las medidas de coerción personal, ya que, de este último, cambiaría radicalmente su naturaleza cautelar que es asegurar el desarrollo adecuado del proceso penal. Además, esta posición justamente excluye como motivo de utilización de una medida de coerción personal, a la causal de “evitar el peligro de reiteración delictiva”, porque básicamente este motivo responde a un carácter punitivo, y obviamente, por el derecho a la presunción de inocencia, están prohibidas que las medidas de coerción personal sean utilizadas como castigo.

Por otro lado, se establece también que para llevar a cabo el proceso penal, es indispensable una introducción a la esfera individual de la persona, ello con la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena¹⁶. Sobre este último, el profesor Asencio Mellado¹⁷ precisa que la vinculación de la medida cautelar con la futura y previsible pena a imponer, supone, de cierto

¹⁵ ASECIO MELLADO José María. Derecho Procesal Penal – Estudios fundamentales, op. cit., p. 809.

¹⁶ ROXIN Claus. Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editores del Puerto S.R.L., 2000, p. 249. En esa línea también, DEL RIO LABARTHE Gonzalo. La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Anuario de Derecho Penal 2008, p. 100. Enlace: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf, visitada el 13 de abril del 2020.

¹⁷ ASECIO MELLADO José María. Derecho Procesal Penal – Estudios fundamentales, op. cit., p. 783.

modo, una naturaleza anticipatoria de la misma, aunque todas las medidas cautelares, por su instrumentalidad, están preordenadas a asegurar un proceso y su resultado, sin embargo, en el proceso penal, por imperativo de la presunción de inocencia, debe tenderse a aminorar esta relación.

La finalidad de garantizar la eventual ejecución de la pena con la utilización de las medidas de coerción personal, presenta un problema, ya que muestra partir de una presunción de culpabilidad (vulneración del derecho a la presunción de inocencia) y da a entender que la sentencia ya estaría preordenada en contra del imputado(a) (sentencia condenatoria) y el juicio oral vendría a ser una etapa de mero trámite y solo de confirmación (te antemano estaría condenado el encausado), lo cual no puede ser de recibo. Es por ello que, a nuestro juicio, la instrumentalidad de las medidas de coerción personal, en el proceso penal, se ven reducidas por el derecho a la presunción de inocencia y únicamente estarán dirigidas a garantizar el normal desarrollo del proceso (evitar la lesión al proceso penal -lesión que podría generarse con la fuga del encausado, no se realizaría el juicio oral, o con la obstaculización de la investigación, no se podría recabar pruebas por la destrucción o entorpecimiento de su obtención-).

Estando clara la finalidad y la naturaleza cautelar de las medidas de coerción personal en el proceso penal, es imprescindible, para su adopción, atisbar sobre los presupuestos que deben cumplirse para su utilización.

1.2. Presupuestos materiales de las medidas de coerción en el proceso penal:

Para la imposición de las medidas de coerción en el proceso penal, necesariamente tiene que cumplirse dos presupuestos materiales básicos: el *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis*; ambos presupuestos deben ser satisfechos para la utilización de las medidas de coerción.

Respecto del primer presupuesto material, también rotulado con el nombre de “apariencia de buen derecho”, éste consiste en un juicio de imputación o sospecha fundada sobre la existencia del delito y su vinculación con el imputado (ya sea como autor o partícipe). Este presupuesto material es de toda medida de coerción personal y consiste en un juicio de imputación: sin imputado no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares¹⁸.

Teniendo claro ello, podemos concluir entonces que la importancia y necesidad del *fumus commissi delicti* en las medidas de coerción personal, surge porque genera un juicio de imputación, y el proceso penal, para su existencia, necesita este elemento. En suma, si no hay imputación, no hay proceso penal, y si no hay proceso penal, no hay nada que asegurar.

Ahora bien, en cuanto al momento de requerir e imponer una medida de coerción personal, el NCPP, en su numeral 4 del artículo 338°, establece que el fiscal solo podrá requerir la utilización de una medida de coerción personal previa formalización de la investigación; es decir, necesariamente se tendrá que emitir la Disposición de formalización de la investigación, sin embargo, esta regla no se presenta en la *detención*.

De acuerdo al NCPP, la detención se encuentra dentro del grupo de las medidas de coerción personal y podrá ser adoptada por la autoridad policial (art. 259°), por los ciudadanos (art. 260°) o por la autoridad judicial (art. 261°), asimismo, las dos primeras clases de detención podrán ser adoptadas sobre la base de una situación de flagrancia delictiva y la tercera no necesariamente.

La situación a observar, en primer término, es que la finalidad de las medidas de coerción procesal está orientada a cautelar el normal desenvolvimiento del proceso penal hasta su finalización. Pero, *¿dónde inicia el proceso penal?* De acuerdo a la estructura del proceso penal peruano, éste se compone de 3 etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y el juzgamiento, asimismo, la Corte

¹⁸ GIMENO SENDRA Vicente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN Cándido y José GARBARI LOBREGAT. Los Procesos Penales, Tomo IV. Barcelona, BOSCH, 2000, p. 137.

Suprema precisó que el proceso penal presenta una etapa prejurisdiccional y refiere a las diligencias preliminares (subetapa de la investigación preparatoria)¹⁹.

En esa línea, podemos afirmar que el proceso penal inicia con las diligencias preliminares, más aún si en su desarrollo discurren un cúmulo de garantías procesales, como por ejemplo, el derecho de defensa²⁰ (derecho que se encuentra dentro de las garantías procesales genéricas) que se extiende a todo estado y grado, por lo que, de no existir el proceso en una etapa prejurisdiccional, no se exigiría, como cumplimiento de garantías, que el imputado tenga que declarar con presencia obligatoria de su abogado, que se pueda abstener a declarar, que se tenga que realizar el control del plazo (60 días como plazo de las diligencias preliminares), que su abogado de libre elección o asignado por el Estado goce de los derechos que están comprendidos en el artículo 84° del NCPP, etc.

Ahora bien, en relación al segundo presupuesto material (*periculum libertatis*), éste es el presupuesto más importante dentro de las medidas de coerción, ya que, al margen de sustentar un juicio de imputación, alude al daño jurídico que puede recibir el proceso penal en la tramitación de su desarrollo. Este daño viene determinado por el peligro de fuga y por el peligro de obstaculización de la investigación (el ordenamiento procesal peruano admite únicamente la teoría de los dos riesgos²¹).

Es claro que la duración del proceso penal puede constituir una ocasión propicia para que el imputado, abusando de su libertad, pueda realizar actuaciones que generen que el proceso no siga su curso hasta la sentencia. Justamente para evitar ese riesgo es que se adoptan las medidas de coerción de carácter personal²²;

¹⁹ Sentencia de Casación N° 144-2012/ANCASH del 11 de julio del 2013. Fundamento jurídico segundo.

²⁰ ARTÍCULO IX del título preliminar del NCPP: "Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado (...) desde que es citada o detenida por la autoridad (...). El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, la forma y oportunidad que la Ley señala (...)".

²¹ SAN MARTÍN CASTRO Cesar. Derecho Procesal Penal, Lima, INPECCP, 2015, p. 459.

²² VILLEGAS PAIVA, Elky. La Detención y la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p. 142.

empero, debemos considerar que la demora del proceso penal, per se, no puede justificar la existencia del peligro procesal, es decir, por la sola duración del proceso penal no puede generarse el derecho de limitar o restringir un derecho fundamental, ya que si fuese así, de manera automática y en todo los procesos se tendría que eliminar y/o restringir (privar de libertad) derechos, lo que no es de recibo en un Estado donde se tutela y respeta derechos fundamentales.

En síntesis, este presupuesto justificará la necesidad de cautela y legitimará la restricción de un derecho fundamental (libertad individual), ya que, de su utilización se podrá verificar si es un instrumento de castigo o una medida de aseguramiento del proceso penal.

Quedando claro ello, es importante especificar ahora que dentro de la categoría de las medidas de coerción personal existen varias medidas, como por ejemplo, la detención, la prisión preventiva, la incomunicación, la comparecencia, la vigilancia electrónica, el arresto domiciliario, la internación preventiva, el impedimento de salida del país y la suspensión preventiva de derechos. Dentro de todas ellas, la prisión preventiva es la más intensa y radical, ya que muestra en su ejecución la privación de la libertad ambulatoria del sujeto considerado inocente. En ese sentido, la presente investigación versa sobre esta última y con gran preponderancia en el extremo del peligro procesal.

2. LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. Antecedentes:

La prisión preventiva es una institución jurídica que se adopta en el seno de un proceso penal, por lo que al pertenecer a dicho ámbito, es preciso indicar su concepción a la luz del desarrollo del proceso penal.

Un sector de la doctrina estableció que la evolución del proceso penal se manifestó a través de diferentes sistemas procesales (concretamente tres sistemas), y a consecuencia de ello, entendió a la prisión preventiva desde distintos enfoques; por ejemplo, en el sistema acusatorio (desarrollado en Grecia y en la República Romana), el individuo ocupó un primer plano. El legislador, en este sistema, pensó ante todo en la libertad y dignidad del hombre, por ello la prisión preventiva venía a ser una medida excepcional²³.

Mientras que en el sistema inquisitivo, propio del oscurantismo medieval, ocurrió todo lo contrario, la libertad y la dignidad del individuo ya no eran de suma importancia, el acusado dejó de ser una persona con derechos y pasó a ser considerado como un objeto de persecución. Bajo ese aspecto, la utilización de la prisión preventiva se convirtió en regla y, por ende, en una medida de ejecución ordinaria²⁴.

Posterior a este evento inquisitivo, mediante el Código Francés de 1808, se estableció un sistema mixto, en donde el legislador buscó un equilibrio entre los intereses individuales y sociales; sin embargo, aún se pensó en este sistema que el inquisitivo es un rigor necesario para lograr la represión de los delitos y defender a la sociedad. Bajo ese razonamiento, la utilización de la prisión preventiva se convirtió en un mal necesario para defender a la sociedad²⁵.

Desde otro enfoque, otra parte de la doctrina negó la existencia de los llamados “sistemas procesales”. La explicación de ello es que existiría una confusión conceptual, porque en realidad lo que existiría son dos sistemas de actuación del derecho penal por los tribunales, uno inquisitivo (no es procesal) y otro acusatorio (si es procesal), asimismo, considera al modelo acusatorio como un verdadero proceso y resalta que posee muchas características, por mencionar uno, es que el procedimiento es oral y existen tribunales populares, sin embargo, en

²³ Más detalles sobre la evolución histórica de los sistemas procesales y, en ella, la prisión preventiva, en: VÉLEZ MARICONDE Alfredo. Derecho Procesal Penal. Córdoba, Marcos Lerner, 1986, p. 19- 21.

²⁴ *Ibíd.*, p. 20 – 22.

²⁵ *Ibíd.*, p. 23.

algunos países que adoptan este modelo de actuación, el procedimiento no solamente es oral, si no también escrito y los jueces son profesionales. Esta modificación o supresión de algunas características no generaría la desaparición del proceso acusatorio, pero, si afecta a la esencia del mismo, por ejemplo, que el juez al mismo tiempo sea el acusador, entonces el llamado “verdadero proceso” desaparecerá²⁶.

Como se puede ver, la prisión preventiva ha tenido diversas apreciaciones y modos de invocación dentro del proceso penal. Sin embargo, en un Estado Social y Democrático de Derecho, su concepción responde únicamente a ser una medida cautelar personal y debe alinearse con ciertas exigencias que implican su legitimidad.

Bajo ese entendido, con la finalidad justamente de legitimar la existencia de la prisión preventiva, uno de los conflictos históricos que surgió –y que hasta ahora sigue existiendo-, es la problemática de la coexistencia entre la prisión preventiva y el derecho de presunción de inocencia. Como bien se considera, un Estado Social y Democrático de Derecho respeta profundamente la vigencia del derecho a la presunción de inocencia, ello, per se, no significa la inconstitucionalidad de la prisión preventiva.

En la doctrina surgieron varias corrientes respecto de esta problemática, por ejemplo, un sector estableció que la presunción de inocencia es un cuerpo extraño en el proceso penal, y que por tanto, existiría una colisión entre dicho principio y el dictado de la prisión preventiva (imposibilidad de coexistencia); otro sector sostuvo que la prisión preventiva se dictaba en base a la culpabilidad y por tanto sería una pena anticipada; y, una tercera posición, estableció que la prisión preventiva solo tiene una función de aseguramiento procesal, lo que permitiría una coexistencia entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia²⁷.

²⁶ MONTERO AROCA Juan. El Derecho Procesal en la Encrucijada de los siglos XX y XXI, op. cit., p. 56.

²⁷ LLOBET RODRÍGUEZ Javier. Prisión Preventiva: Límites Constitucionales, op. cit., p. 68.

En relación a la tercera postura –de coexistencia entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia-, la escuela clásica de la criminología, cuyo representante más notable fue el profesor Francesco Carrara, sostuvo que efectivamente el derecho a la presunción de inocencia existe y se encuentra vigente en relación a la prisión preventiva; es decir, la prisión preventiva no afecta ni destruye la presunción de inocencia, no obstante ello, esta escuela criticó los excesos de su utilización e indicó que debía limitarse a casos indispensables²⁸.

Lo cierto es que, en el Estado Peruano, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra regulado en la Constitución Política (artículo 2, numeral 24, literal e.) y en el artículo II del título preliminar del NCPP. Este derecho se ha constituido en un límite de la prisión preventiva, porque, en palabras más exactas de su regulación constitucional, *“toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*.

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia, el derecho a la presunción de inocencia manifiesta 3 exigencias: I) como principio informador de todo el proceso penal; el proceso penal parte de la inocencia del agente y no de la culpabilidad, en esa línea se desarrolla hasta que una u otra se establezca con certeza jurídica firme; II) como regla de tratamiento; durante la tramitación del proceso, el agente debe ser tratado como inocente, por tanto, la prisión preventiva no puede adquirir un carácter retributivo o pena anticipada y, III) como regla de juicio; que para determinar la culpabilidad del agente se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales²⁹.

En el tenor de la Prisión preventiva, nos interesa resaltar 2 exigencias, el primero, el derecho a la presunción de inocencia como principio informador del proceso penal de corte liberal. Es totalmente claro que la prisión preventiva se aplica en pleno trámite del proceso penal (posterior a la formalización de la investigación), por tanto, en aplicación de este principio informador, esta medida no

²⁸ *Ibíd.*, p. 71.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de agosto del 2012 en el caso César Humberto Tineo Cabrera (Exp. 156-2012-PHC/TC), p. 23, fundamento 42 al 45.

puede partir de una presunción de culpabilidad, es por ello que solamente puede enmarcarse en el territorio procesal, por tanto, esa finalidad de “la eventual ejecución de la pena”, si se admite, básicamente vulneraría este principio informador del derecho a la presunción de inocencia. La siguiente exigencia que resaltamos es la regla de tratamiento; como bien se ha destacado, esta regla exige que la prisión preventiva no sea utilizada como un castigo o pena anticipada, claramente la razón descansa en que esta medida no determina la culpabilidad de la persona (para que se le imponga una pena), únicamente está dirigido a proteger el normal desarrollo del proceso penal hasta su culminación.

Bajo esa línea, un Estado Social y Democrático de Derecho (Estado Peruano) que respeta profundamente los derechos fundamentales, concibe a la prisión preventiva como una medida de coerción personal de carácter cautelar y sumamente excepcional (cuando fuere indispensable), dictada por el órgano jurisdiccional dentro de un proceso penal y a requerimiento de la parte legitimada (Ministerio Público), con el fin de garantizar el normal desarrollo del proceso penal³⁰.

Dentro de las medidas de coerción personal, como se ha resaltado, existen varias medidas, de las cuales, la prisión preventiva viene a ser la más gravosa o radical, porque al imponerse se priva de libertad ambulatoria a una persona aún catalogada como inocente (sus consecuencias no solo generan la privación de su libertad individual, sino, la privación de su derecho al trabajo, de su familia, a su buena reputación, a una posición activa en su defensa, entre otras). Por tanto, se ha pensado que esta medida debe ser a la última que debe apelar el Ministerio Público para proteger el normal desarrollo del proceso penal.

En esa línea, la prisión preventiva, al tener un ámbito de aplicación netamente con fines cautelares, solo podrá ser utilizada ante la presencia de un peligro concreto desbordante de fuga o un riesgo desbordante de obstaculización en la investigación (fines procesales). Debe ser claro que la prisión preventiva no

³⁰ En esa línea también definen a la prisión preventiva: ORÉ GUARDIA, Arsenio. Derecho procesal peruano: análisis y comentarios al Código Procesal Penal, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 121; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Prisión Preventiva: Límites Constitucionales, op. cit., p. 27; SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal, op. cit., p. 453.

puede ser utilizada para contrarrestar cualquier nivel de peligro procesal, puesto que, al tener injerencia severa o radical en la libertad de la persona, esta medida desembocará en el internamiento de una persona en un centro penitenciario. Claramente se debe analizar adecuadamente su indispensabilidad.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva en un caso concreto, una parte de la doctrina sostiene que debe analizarse en dos niveles distintos: primero, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 268° del NCPP; y segundo, verificar si aun cuando se cumple con dichos requisitos, no existe una medida cautelar menos intensa pero igualmente eficaz para lograr el objetivo que se persigue³¹.

Al respecto, no compartimos con esta postura en su totalidad, porque la configuración del tercer supuesto de la prisión preventiva no puede ser la de verificar cualquier nivel de peligro procesal, porque si así fuere, generar drásticas consecuencias como la pérdida de la libertad individual y otros derechos (familia trabajo, etc.) para neutralizar un peligro procesal cualquiera, carecería de sentido y proporción (ilegítima) cuando éste se podría neutralizar con una medida de menores consecuencias. Por ello, debe quedar claro que en el desarrollo del proceso penal se manifiestan distintos niveles de peligro procesal, donde, en algunas oportunidades, el peligro constatado a través de datos objetivos será neutralizado con medidas distintas a la prisión preventiva y otras con la más drástica que viene a ser esta última. Consecuentemente, la configuración del tercer supuesto de la prisión preventiva se dará únicamente cuando concurra un peligro desbordante, ya sea de fuga o de obstaculización de la investigación.

En esa línea, configurar el peligro procesal de la prisión preventiva sobre la base del peligro desbordante, manifestará de modo inmediato el cumplimiento del principio de proporcionalidad (maduramente se podrá sustentar su idoneidad, su necesidad y su análisis de proporcionalidad estricta), ya que, ante la presencia de este nivel de peligro procesal, las medidas de coerción personal menos intensas

³¹ DEL RIO LABARTHE Gonzalo, Las Medidas Cautelares Personales del Proceso Penal Peruano. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, Alicante: 2016, p. 122.

serán insuficientes para neutralizarlo, es decir, la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva está íntimamente ligada a la proporcionalidad, ya que si el peligro procesal constatado es de menor intensidad, no podría afirmarse que la prisión preventiva es proporcional porque obviamente habría la posibilidad de neutralizarlo con otras medidas menos radicales, en cambio, si el peligro procesal constatado es de una entidad desbordante, la prisión preventiva será idónea y necesaria para garantizar el normal desarrollo del proceso penal. No obstante, debemos reconocer que ante circunstancias, como por ejemplo, de enfermedad crónica, de avanzada edad u otras condiciones descritas en el artículo 290° del NCPP, podría ser sustituida por la detención domiciliaria en correspondencia de un aspecto de presentar la vida, la salud, etc. (análisis de proporcionalidad estricta).

Aclarado ello, el peligro procesal de la prisión preventiva, al trascender significativamente en su interior, determinará el horizonte de su aceptación en un Estado de Derecho. Desde esa perspectiva, y sosteniendo que esta medida no solicita neutralizar cualquier nivel de peligro procesal, ¿cómo determinar el peligro desbordante?

Históricamente, la prisión preventiva siempre ha generado debates en torno a su aceptación y, en la actualidad, su uso aún sigue generando dichos revuelos. En el plano teórico se tiene claro que la prisión preventiva se utiliza en situaciones sumamente excepcionales; sin embargo, en la práctica fiscal y judicial, no resalta tal posición, se utilizan criterios como si fuesen presupuestos, más allá de ello, no se justifica del porqué de la necesidad de la prisión preventiva en relación a las otras medidas de coerción personal; es más, en un sentido de supuesta lucha contra la delincuencia y la corrupción, se muestra una flexibilización de los derechos y garantías que convergen en relación al sujeto que se investiga, a tal punto que la aplicación de la prisión preventiva ya se está dando de manera ordinaria y se está utilizando como un instrumento de tortura para obtener supuestas confesiones.

Esta situación, sin duda alguna, concede créditos a las palabras del profesor Vélez Mariconde cuando señala que "(...) El problema a resolver (en referencia a la prisión preventiva) se ha planteado, preferentemente, en un plano moral o

psicológico, sin presentarse debida atención al discutido principio de inocencia. En los Estados liberales y Democráticos no basta oponer el interés social por la represión del delito al interés individual por la libertad, para justificar la custodia preventiva como un “mal necesario” y reconocer el triunfo del primero. La Ley Suprema contiene principios básicos de los que el legislador no puede prescindir, la cuestión debe resolverse –por lo menos en lo fundamental- en un plano dogmático. No se es posible eludir el examen dogmático cuando la solución depende, en primer término, de la interpretación de normas y principios constitucionales”³².

En ese tenor, como inicio, es imprescindible analizar el marco normativo de la prisión preventiva, para luego descender en los principios que limitan su utilización.

2.2. Marco normativo de la prisión preventiva en la legislación peruana:

La prisión preventiva, dentro del ordenamiento jurídico procesal peruano, está regulada en el artículo 268° del NCPP; sin embargo, debemos precisar que la norma procesal no define la prisión preventiva, sino, de manera directa, especifica los presupuestos para su aplicación.

En esa línea, la norma procesal establece que “El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuesto: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la omisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo, b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará

³² VÉLEZ MARICONDE Alfredo. Derecho Procesal Penal, op. cit., p. 318.

de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

Bajo este precepto normativo, la primera expresión que llama la atención, es que los tres presupuestos de esta medida tendrían que estar sustentadas en atención a los primeros recaudos³³. Esta descripción normativa genera confusión, ya que no precisa si los primeros recaudos deben ser entendidos en relación al tiempo transcurrido (verificar los presupuestos materiales de la prisión preventiva a poco tiempo de haber tomado conocimiento el hecho delictivo y concluirlo prontamente) o en relación a lo que el fiscal tiene en las manos al momento de requerir la prisión preventiva.

A nuestro juicio, estas dos condiciones se entrelazan en relación al primer y segundo presupuesto de la prisión preventiva, ya que, el estándar probatorio que se solicita es un alto grado de probabilidad³⁴ y ello tiene que discurrir de los primeros recaudos, es decir, existiría la necesidad de atar algunos cabos y, en un tiempo próximo, solicitar el enjuiciamiento del caso. Ahora, en relación al tercer presupuesto (peligro procesal), consideramos que se puede verificar a lo largo del proceso penal y no necesariamente al inicio, por tanto, su configuración estará sujeta a lo que el fiscal tiene en las manos (el Fiscal fundamentará la concurrencia de este presupuesto en atención a los elementos que generen convicción sobre la existencia del peligro).

Debemos ser claros que todas las medidas de coerción personal y real están sujetas a la concurrencia del peligro procesal, puede existir (según el Ministerio Público) fundados y graves elementos de convicción que sustentarían la existencia del delito y la vinculación con el imputado, es más, la pena podría ser sumamente

³³ El término “recaudos”, según el diccionario de la RAE, significa; *asegurar, poner, tener en custodia o guardar*, según el ámbito del proceso, los elementos de convicción que fueron recabados y, en la línea de la prisión preventiva, tendrían que ser los primeros elementos de convicción. Es decir, de los primeros elementos de convicción, tendría que surgir un estándar probatorio de fundado y grave sobre la existencia del delito y su vinculación con el imputado (este nivel de estándar probatorio es el grado más intenso de la sospecha y se encuentra solamente por debajo del estándar que se consigue con la sentencia), sobre la prognosis de la pena superior a los cuatro años y sobre el peligro procesal.

³⁴ Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre del 2017, fundamento 24.D.

grave, pero ello no puede llevar a presumir automáticamente que por la existencia de todos los elementos de convicción en su contra, se generaría la fuga o la obstaculización de la investigación (una investigación corta).

En síntesis, el análisis de la prisión preventiva o de cualquier otra medida de coerción personal, debe darse a la luz de un *peligro procesal constatado*, es decir, el peligro procesal activa el análisis de las medidas de coerción personal en general y ello puede surgir, no solo en el inicio del proceso penal, sino en cualquier momento de su desarrollo.

Dicho ello, seguidamente el precepto normativo establece que la prisión preventiva está compuesta por tres presupuestos materiales, por lo que, para su aplicación, deberán configurarse de manera conjunta. Resaltamos que la aplicación de esta medida coercitiva drástica tiene como consecuencia inmediata la privación de la libertad ambulatoria, es decir, materialmente el imputado ingresará a un centro penitenciario en el cual también se encuentran personas que han sido condenadas (realidad peruana)³⁵.

2.2.1. Fundados y graves elementos de convicción:

Bajo ese contexto, el primer presupuesto material de la prisión preventiva, también denominado "*Fumus Comissi Delicti*", está referido a un juicio provisional de imputación y su cumplimiento se dará en relación a dos elementos: el primero, a la sustentación de la existencia de un hecho delictivo, y segundo, a la vinculación de dicho hecho a la persona sometida a proceso; cabe destacar que estos dos elementos deberán estar sustentados en un estándar probatorio de grave y fundado.

³⁵ En el Perú aún existe un trato diferenciado carcelario entre sentenciados e investigados. La persona que ha sido sentenciada por un delito y la que está siendo procesada, pueden coincidir en la misma celda de la cárcel.

Desde la perspectiva de la Corte Suprema, este presupuesto consiste en acreditar, mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación, que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. O sea, la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado”³⁶. Asimismo, el TC, sin ser ajeno a la posición de la Corte Suprema, acotó que este presupuesto se establece sobre la base de la “verificación de indicios suficientes que permitan suponer *razonablemente* la participación del imputado en el ilícito que se investiga”³⁷.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), precisó que el presupuesto de la sospecha grave y fundada es una condición necesaria para adoptar y mantener la medida de prisión preventiva³⁸. “Esta posición es fortalecida por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, quien indicó que la existencia de la sospecha fundada es una consecuencia del principio de proporcionalidad”³⁹.

Hasta este punto, es clara y necesaria la exigencia del primer presupuesto material de la prisión preventiva; sin embargo, como es de conocimiento, este presupuesto material siempre ha tenido rasgos negativos con el derecho a la presunción de inocencia, a tal punto que surgieron dos teorías que explicaron el lugar de la presunción de inocencia frente al estándar probatorio que exige la prisión preventiva (sospecha grave y fundada de la existencia de un delito y su atribución al imputado); nos referimos a la teoría psicológica y la teoría normativista⁴⁰.

La primera teoría –teoría psicológica de la presunción de inocencia- entiende que mientras va incrementando la sospecha de la existencia de un delito y su

³⁶ Sentencia Casatoria N° 626-2013/MOQUEGUA, fundamento vigésimo sexto.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4780-2017-PHC/TC, del 26 de abril del 2018 en el caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, fundamento 120.

³⁸ En esa línea, la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú del 11 de octubre del 2017, fundamento 24.D, p. 9, también considera que el primer presupuesto de la prisión preventiva es una *conditio sine qua non* para adoptar y mantener la medida.

³⁹ Tribunal Constitucional Federal Alemán 19, 342. Citado por LLOBET RODRÍGUEZ Javier. Prisión Preventiva: Límites Constitucionales. Lima, Grijley, 2016, p. 177.

⁴⁰ LLOBET RODRÍGUEZ Javier. Prisión Preventiva: Límites Constitucionales, op. cit., p. 168.

vinculación con el imputado, la presunción de inocencia va disminuyendo; es decir, en el desarrollo del proceso, la presunción de inocencia se va debilitando hasta llegar al convencimiento de la culpabilidad. A esta teoría la denominamos como la disolución progresiva de la presunción de inocencia. En sentido contrario, la segunda teoría -teoría normativa de la presunción de inocencia- niega que la presunción de inocencia sea relativizada en el desarrollo del proceso, sostiene que la presunción de inocencia reposa incólume en el imputado hasta la emisión de una sentencia condenatoria⁴¹, solo al final del proceso (que culmina con la sentencia) se quebrantará la presunción de inocencia.

En ese entendido, consideramos que efectivamente la presunción de inocencia no se podría graduar de mucho o poco en el iter procesal, no se podría afirmar en el sentido de que “cada persona tiene derecho a ser considerada inocente hasta que no se haya dictado auto de prisión preventiva”⁴² o que poco a poco, a medida que va avanzado el proceso penal, el imputado es menos inocente⁴³.

Por tanto, la exigencia del primer presupuesto de la prisión preventiva no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (incólume hasta la emisión de una sentencia condenatoria), ya que, su exigencia, enmarca la existencia del proceso penal (existe la medida porque hay un proceso en pie), no obstante, en la práctica fiscal y judicial, el estándar probatorio (sospecha grave y fundada de la existencia de un delito y su atribución al imputado) muestra de cierta forma un efecto adverso porque el tiempo para introducir la causa al enjuiciamiento es sumamente extenso, ¿verdaderamente el estándar probatorio llega al nivel que exige la norma? El estándar probatorio del primer presupuesto, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, se encuentra más allá de la acusación y un peldaño anterior al que se obtiene al final del juicio oral, no obstante, su contradicción aparece en su extendida

⁴¹ *Ibíd.*, p. 169 y ss.

⁴² *Ibíd.*, p. 171.

⁴³ En esa línea también entiende SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos. En: *Revista Derecho & sociedad “Asociación civil”*, 2003, N° 20, Lima, p. 160 – 173 (170).

demora, es más, se ha creado instituciones que refieren a la prolongación y adecuación del plazo de prisión preventiva que lo hace aún más largo.

Nos llama poderosamente la atención que el estándar probatorio de la prisión preventiva sea superior al de la acusación y aún se siga investigando. La acusación pertenece a una etapa en donde ya no se investiga y si el estándar probatorio de la prisión preventiva es superior a ella ¿Cuál es la justificación de que el Fiscal siga investigando?

El Fiscal, en la etapa de investigación preparatoria, recaba todos los elementos de convicción que considera pertinentes para formular una acusación o finalmente requerir el sobreseimiento, una vez terminada su investigación, emite una disposición de conclusión de la investigación preparatoria (pone fin a la investigación). En ese contexto, si de los elementos de convicción que fueron recabados (hasta ante de requerir la prisión preventiva), el Fiscal entiende que está ante un estándar de sospecha fundada y grave ¿Cuál es la necesidad de seguir investigando (una vez impuesta la prisión preventiva) si con menos ya entra a una etapa donde ya no se investiga?

Esta contrariedad manifiesta dos opciones: 1) Que el estándar probatorio que exige la prisión preventiva realmente no es de sospecha fundada y grave o 2) que efectivamente es de un estándar probatorio alto, pero que sin embargo, en algunos casos, se entiende de manera equivocada, porque no podría ser posible que estando frente a un estándar probatorio alto se siga investigando, y más aún, demore extendidamente las investigaciones.

2.2.2. La pena probable superior a los 4 años:

Ahora bien, respecto del segundo presupuesto de la prisión preventiva –la prognosis de pena superior a 4 años-, éste refiere a un criterio cuantitativo y exige la realización de un juicio de prognosis de la pena que podría recaer sobre el imputado, es decir, que la pena concreta –no conminada o abstracta- que se le

podría imponer sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, en caso no se dé, sencillamente la prisión preventiva no podrá imponerse⁴⁴.

Debemos resaltar que la lógica de su exigencia radica en la proporcionalidad, ya que no sería lógico que una persona, a quien se le está investigando por un delito cuya pena pueda ser suspendida (artículo 57.1 del Código Penal) o una falta, se le prive de su libertad ambulatoria, claramente recibiría mayor flagelo de lo que podría recibir al finalizar el proceso penal⁴⁵.

Bajo ese contexto, el juez, para establecer la pena concreta, tiene que tomar en cuenta las circunstancias que integran la determinación judicial de la pena, como son: las agravantes genéricas, las agravantes específicas, las atenuantes y otras circunstancias que prevé la parte general del Código Penal.

Esto implica entonces que, de acuerdo al segundo presupuesto, la aplicación de la prisión preventiva queda proscrita para aquellos casos donde la pena concreta a imponer sea cuatro o inferior a cuatro años, y más aún, si el caso pudiera estar tramitándose por faltas (no hay pena privativa de libertad por faltas). Sin embargo, en relación a este último, el numeral 2 del artículo 485° del NCPP, establece que: “Cuando el imputado no se presente voluntariamente a la audiencia, podrá hacérsele comparecer por medio de la fuerza pública, y si fuera necesario se *ordenará la prisión preventiva* hasta que se realice y culmine la audiencia, la cual se celebrará inmediatamente”.

En principio, de acuerdo al numeral 1 del artículo 485 del NCPP, el juez solo podría dictar mandato de comparecencia sin restricciones, no obstante, en caso de que el imputado se niegue a presentarse voluntariamente a la audiencia, la norma de cierto modo admite la posibilidad de utilizar la prisión preventiva, lo que claramente infringiría la lógica de proporcionalidad, asimismo, si se pretendiese

⁴⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Las Medidas de Coerción en el Proceso Penal, Lima, Gaceta Jurídica, 2018, p. 130.

⁴⁵ El esta línea también entiende: ASENCIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales, op. cit., p. 828, DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal, Lima, Ara Editores, 2008, p. 51 y VILLEGAS PAIVA, Elky. La detención y la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal, op. cit., p. 140

utilizar la prisión preventiva en las faltas, el juez, para emitir una resolución de procedencia de esta medida, tendría que remitirse a las exigencias del artículo 268° del NCPP; es decir, tendría que cumplir los presupuestos materiales de dicha norma y es más que obvio que no cumpliría con el segundo presupuesto material. Por tanto, es imposible aplicar la prisión preventiva en un proceso por faltas pese al numeral 2 del artículo 485° del NCPP, en lugar de ello, podría utilizarse otras medidas para que el imputado pueda asistir a la audiencia, como puede ser la conducción compulsiva o finalmente la detención judicial.

2.2.3. Peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización de la investigación):

Con relación al tercer presupuesto de la prisión preventiva, también denominado peligro procesal o *periculum libertatis*; debemos indicar que su desarrollo, en cierto modo, aún se encuentra en un estado enigmático, ya que su configuración posee mucha carga subjetiva y ello, en gran medida, trae consecuencias negativas (privaciones arbitrarias de la libertad ambulatoria).

Bajo ese contexto, en un primer extremo de su desarrollo, la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva versaba en relación a la gravedad de la pena -se entendía que era razonable presumir la fuga del encausado(a) por el quantum alto de la pena que probablemente se le podría imponer en el futuro- y a la gravedad del delito.

Estos criterios han sido duramente cuestionados por la doctrina⁴⁶ desde distintos enfoques, por ejemplo, se estableció que imponer la prisión preventiva por el quantum de la pena, sólo encontraba explicación en inconfesadas razones de defensa social y ejemplaridad, ya que convertía a la medida en pura anticipación del cumplimiento de la pena, en un momento donde el encausado(a) goza del

⁴⁶ SANGUINÉ Odone. Hacia una Nueva Concepción de la Prisión Provisional como Pena Anticipada: Valoración Crítica. En: Prisión Provisional y Derechos Fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 342 – 347. En la misma línea ASECIO MELLADO José María. Derecho Procesal Penal – Estudios fundamentales, op. cit., p. 812.

derecho a la presunción de inocencia, asimismo, se destacó que este criterio es un hecho impreciso, no es un índice seguro del riesgo de fuga o de obstaculización de la investigación. Ahora, en relación a la gravedad del delito, de cierta forma este criterio brindaría un baremo objetivo, no obstante, lo que estaría exigiendo en realidad, era un catálogo de delitos (clasificación de delitos) donde, por su “gravedad” (se tendría que precisar su gravedad), se automatizaría la aplicación de la prisión preventiva.

Es en estas circunstancias que nació “la automaticidad de la prisión preventiva”, ya que se entendía que el simple hecho de imputar un delito cuya pena sea superior a 4 años (caso peruano), significaba automáticamente la fuga o la obstaculización de la investigación. Actualmente esta posición fue desterrada y justamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH: caso Letelier vs Francia) precisó que “la gravedad del hecho punible atribuido al imputado no puede, por sí sola, justificar la prisión provisional, sino que precisa ser combinada con otros estándares tales como los que acrediten el arraigo del imputado (...)”.

Esta situación conllevó a reestructurar y ver con otros ojos al peligro procesal de la prisión preventiva, y de esa forma surgió la dicotomía de los dos criterios: abstracto, que refiere a la gravedad de la pena y a la gravedad del delito; y concreto, que refiere al análisis de las circunstancias personales y sociales del imputado. En su momento, la doctrina mayoritaria se inclinó por el criterio concreto para determinar el peligro procesal, porque entendía que el criterio abstracto era injusto en diversos supuestos⁴⁷.

Actualmente, en la legislación peruana, admitiendo únicamente la teoría de los dos riesgos, el legislador vio por conveniente enumerar un grupo de criterios para determinar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, no obstante, introdujo criterios abstractos y concretos, asimismo, caracterizó a todos como criterios no taxativos (el juez puede utilizar otros criterios, siempre y cuando no vulnere la presunción de inocencia ni el principio de proporcionalidad) y no

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 351.

vinculantes⁴⁸, (no pueden ser utilizados como presupuestos); nos referimos a los criterios enumerados en el artículo 269° (criterios para calificar el peligro de fuga) y 270° (criterios para calificar el peligro de obstaculización de la investigación) del NCPP.

El artículo 269° del NCPP establece los siguientes criterios:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento en la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Y el artículo 270° del NCPP establece:

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

En relación al primer grupo, como se puede ver, tanto la gravedad de la pena y la gravedad del delito han sido considerados como criterios para determinar el peligro procesal de la prisión preventiva y por demás se puede advertir que únicamente estos criterios no pueden sustentar el peligro procesal de la prisión preventiva. Por ello, aunado a estos criterios sumamente abstractos, el legislador vio por conveniente suscribir otros criterios para que el juez pueda tomarlos en

⁴⁸ Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ del 13 de septiembre del 2011, Circular sobre Prisión Preventiva, fundamento 3.

cuenta en la determinación del peligro procesal; nos referimos al arraigo, a la facilidad para abandonar el país o encontrarse oculto, a la magnitud del daño causado, al comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior y a la pertenencia a una organización criminal o su reintegración a la misma.

En esa línea, la Corte Suprema, en afán de poder precisar el concepto de los criterios suscritos en el artículo 269° del NCPP, desarrolló cada uno de ellos y estimó, por ejemplo, que por el arraigo se debe entender como “aquel establecimiento de una persona en un lugar determinado por su vinculación con otras personas o cosas y estará constituida por 3 dimensiones: 1) la posesión (refiere a la existencia de un domicilio conocido o bienes propios que se encuentran al alcance de la justicia), 2) el arraigo familiar (refiere a los lazos familiares que tiene el procesado) y 3) el arraigo laboral (refiere a la capacidad o fuente de subsistencia del procesado)”⁴⁹. Sin embargo, este criterio no llegaría a ser determinante para inferir que no huirá el imputado(a), ya que podría ser perfectamente posible imponer la prisión preventiva si el imputado, a pesar de tener un arraigo en sus tres dimensiones, muestre una actitud renuente al proceso⁵⁰.

Ahora, por la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo (criterio fue introducido por la Ley N° 3076), la doctrina estimó que este criterio presenta ciertas confusiones, ya que la primera parte del criterio daría a entender a la forma de haberse realizado el delito (la especial violencia o gravedad con la que se habría cometido) y la segunda parte daría a entender al daño civil. Al respecto, la Corte Suprema, mediante la Casación N° 626-2013/MOQUEGUA, estableció que la primera parte del criterio hace referencia a la gravedad del delito que está vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer y la segunda parte, atendiendo a una correcta

⁴⁹ Casación N° 631-2015/AREQUIPA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 21 de diciembre del 2015, fundamento cuarto.

⁵⁰ Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ del 13 de septiembre del 2011, Circular sobre Prisión Preventiva, fundamento séptimo.

interpretación, tendría que ver con la actitud del imputado luego de cometido el delito⁵¹.

Sobre el tercer criterio -el comportamiento del imputado-, la Corte Suprema resaltó que es el más importante, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga. Asimismo, a juicio de la Corte Suprema, este criterio presenta tres aristas: primero, que debe ser tomado en cuenta con inmediatez a la comisión del hecho (de esta circunstancia para adelante); segundo, que aquellos actos que refieren al ejercicio de un derecho que el ordenamiento les ha reconocido, no tendrían que ser tomados en cuenta negativamente; y tercero, que la conducta generada en otro procedimiento debe ser analizada con mayor rigurosidad y debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga, por ejemplo, que en un anterior proceso se le haya impuesto la prisión preventiva, no autoriza al juez a imponer, por el solo mérito, una en el actual proceso⁵².

Y finalmente, en relación al criterio de la pertenencia a una organización criminal, este criterio nacería de la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria, ya que, de la existencia de una estructura organizada, se tendería a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria, de ahí que, para la Corte Suprema, en ciertas situaciones bastaría la gravedad de la pena y este criterio para imponer la prisión preventiva⁵³. No obstante, el Tribunal Constitucional discrepa tenazmente con este criterio y establece que: "(...) sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y de los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la

⁵¹ Casación N° 626-2013/MOQUEGUA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 30 de junio del 2015, fundamento cuadragésimo octavo y el fundamento quincuagésimo.

⁵² *Ibíd.*, fundamento quincuagésimo primero al fundamento quincuagésimo cuarto.

⁵³ *Ibíd.*, fundamento quincuagésimo séptimo al fundamento quincuagésimo octavo.

presunción de inocencia y a la libertad personal. Este criterio puede contribuir a presumir el peligro procesal pero por si solo no es suficiente (...)"⁵⁴.

A nuestro juicio, a más de ser violatorio de algún derecho, el criterio de la pertenencia a una organización criminal posee contradicciones serías. Si se imputa el delito de organización criminal (artículo 317° del Código Penal) a nivel del primer presupuesto material de la prisión preventiva, ésta solamente estará sustentada en un estándar de sospecha (fundada y grave), empero, si para determinar el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación se invoca este criterio (pertenencia o reintegración a una organización criminal), necesariamente se tendrá que acreditar que el procesado pertenece o se está reintegrando a una organización criminal y ello trae como consecuencia inmediata que se tenga que acreditar la existencia de la organización criminal. No tendría sentido afirmar que el sujeto pertenece o se está reintegrando a una organización criminal si no se llega a probar la existencia de la organización criminal y que, al existir aún tal organización, el peligro se encuentra latente.

Como se puede ver, el criterio de pertenencia a una organización criminal posee un doble efecto (como delito y como criterio), pero al final del análisis, si se utiliza como un criterio para determinar el peligro de fuga, necesariamente solicitará la acreditación de la existencia de la organización criminal, sino, no habría forma de afirmar que el procesado pertenece o se está reintegrando a una organización criminal y que de allí emergería el peligro procesal.

Ahora, en relación al segundo grupo (art. 270° del NCPP), la Corte Suprema ha precisado que en esta vertiente del peligro procesal se requerirá necesariamente la existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, ya que lo que se pretende evitar, en definitiva, es que el imputado(a) aproveche de su libertad y se disponga a obstruir la investigación⁵⁵.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril del 2018 en el caso Humala Tasso y Nadine Heredia (Exp. N° 4780-2017), fundamento 122.

⁵⁵ XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial del 10 de septiembre del 2019 (Acuerdo Plenario N° 01-2019), fundamento 50 y 51.

Asimismo, el carácter principal que resalta de esta vertiente, es que tiene una corta duración, porque solo estará sujeta a la vigencia de la etapa de investigación y su finalidad estará supeditada a dos aspectos: primero, a que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal, y segundo, que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado⁵⁶.

En esta vertiente del peligro procesal, no se puede admitir la deducción automática del peligro de entorpecimiento a partir de la posibilidad, es necesario que esté fundado en circunstancias determinadas. El silencio o la negativa de contribuir a la investigación del imputado no pueden ser invocados para fundar el peligro de entorpecimiento⁵⁷.

Asimismo, se debe diferenciar entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y personales. En el primer caso, es fundamental valorar y concluir una capacidad y aptitud del imputado(a) de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta; en el segundo caso, se debe apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. El juez debe llegar a la convicción de que el imputado tiene auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de terceros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso⁵⁸.

En suma, a más de poder desarrollar el entendido de cada criterio para determinar el peligro de fuga y/o el peligro de obstaculización, la estructura del peligro procesal de la prisión preventiva se enarbola en dos aspectos trascendentes: primero, que la prisión preventiva es a la última medida a la que se debe recurrir para neutralizar el peligro procesal (estricta necesidad), y segundo, que su configuración es distinta al de las demás medida de coerción personal. Sin

⁵⁶ *Ibíd.*, fundamento 50.

⁵⁷ ROXIN Claus. *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 260 al 261. En esa línea también razona SAN MARTÍN CASTRO Cesar. *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 462.

⁵⁸ ASECIO MELLADO José María. *Derecho Procesal Penal – Estudios fundamentales*, op. cit., p. 829.

embargo, los criterios que se utilizan para su determinación son los mismos que se utilizan para determinar el peligro procesal de las demás medidas de coerción personal.

En esa condición es que surge el reto de estructurar la configuración el peligro procesal de la prisión preventiva que diste del peligro procesal de las demás medidas, ya que, al apuntar todas a una misma finalidad, cómo imponer una u otra medida en un caso. Claramente, en el peligro procesal de la prisión preventiva, tiene que concurrir una circunstancia plus que la diferencia de las demás medidas y justamente a ello apunta la presente investigación.

La prisión preventiva, como se ha podido ver, aborda mucha problemática en su adopción, pero más aún, en la configuración de su peligro procesal. En la práctica judicial, analizando el peligro procesal, en muchos casos las resoluciones que declararon la aplicación de la prisión preventiva son revocadas por las instancias superiores (Salas Penales Superiores, la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional), ello porque el peligro procesal no se habría justificado adecuadamente (no hay un análisis profundo del peligro procesal).

Es innegable la vasta carga subjetiva que posee la valoración y estructuración del peligro procesal, pero no ponerle límites significaría que su configuración varíe de juez en juez, es decir, para un juez podría ser suficiente lo que se le presentó pero para otro juez no (no habría seguridad). Justamente para reducir su dimensión se empezó a exigir en la configuración del peligro procesal, datos concretos y objetivos; sin embargo, ello no ha sido suficiente, aún se generan problemas porque no se ubica el criterio que modifica el peligro procesal de un estadio donde puede ser neutralizado con una medida de coerción personal “alternativa”, a un estadio donde únicamente puede ser neutralizado con la prisión preventiva (privación de la libertad individual).

En ese contexto, para poder postular una solución, es importante reexaminar los principios rectores de la prisión preventiva, en especial, el subprincipio de

necesidad, ya que, a partir de ello, se podrá expresar una adecuada línea de configuración del peligro procesal de la prisión preventiva.

2.3. Principios rectores de la prisión preventiva:

2.3.1. Principio de legalidad:

Como señala el profesor Odone Sanguiné “(...) en la actualidad, empieza a ganar cuerpo la idea de que el tradicional principio de legalidad penal debe extenderse al ámbito procesal penal, pudiendo denominarse, como lo hizo la doctrina francesa, principio de legalidad de la represión o de la persecución penal, como ocurre en la fijación de límites respecto a los cuales los poderes públicos pueden recurrir a las medidas de coacción. La prisión provisional, como modalidad específica de restricción a la libertad, es una medida cautelar sometida al principio de legalidad (...)”⁵⁹.

Armonizando con dicha posición, el inciso 1 del artículo 253° del Código Procesal Penal Peruano (Decreto Legislativo N° 957), señala que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú –en este caso la libertad-, solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella”.

Por otro lado, el principio de legalidad, al margen de la regulación de la medida por la Ley, exige también que ésta deba reunir las condiciones mínimas para que el ciudadano pueda comprender los ámbitos de la norma y así garantizarle una protección adecuada contra la arbitrariedad⁶⁰.

⁵⁹ Odone Sanguiné. Prisión Provisional y Derechos Fundamentales. España, Valencia, 2003, p. 352. Citado por: REÁTEGUI SANCHEZ James. La problemática de la detención en la jurisprudencia procesal penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 22-23.

⁶⁰ En esa misma línea están CÁCERES JULCA, Roberto y Luis LUNA HERNÁNDEZ. Las medidas cautelares en el proceso penal: análisis doctrinal y jurisprudencial de las medidas coercitivas personales y medidas cautelares reales. Lima, Jurista Editores, 2014, p. 107.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 2289-2005-PHC/TC del 16 de mayo del 2005, sobre el principio de legalidad, precisó lo siguiente:

“3. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. 4. Por tanto, resulta claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales”⁶¹.

En ese contexto, el principio de legalidad procesal exige que el juez, para privar de libertad preventivamente a una persona incurso en un proceso penal, no se puede inventar la medida; es decir, las medidas que restringen derechos fundamentales no pueden responder al antojo del juez (creación de medidas coercitivas por el juez), sino, únicamente podrán imponerse las medidas previstas por la Ley y bajo las condiciones que ella establece. Asimismo, por la vigencia de este principio, se prohíbe que esta medida pueda ser utilizada con otros fines que no sea la cautelar.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional que recae en el expediente N° 2289-2005-PHC/TC del 16 de mayo del 2005.

2.3.2. Principio de jurisdiccionalidad:

También conocido como “principio de judicialidad”. Este principio establece que la limitación de derechos fundamentales –en este caso la libertad- solo debe ser dispuesta por la autoridad judicial, claro está, a requerimiento de la parte legitimada.

En esa línea, el artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 957, establece taxativamente que “Las medidas que limiten derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas en la Ley. Se impondrá mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada”.

No cabe duda que, respecto de la imposición de medidas coercitivas, éstas solo pueden ser impuestas por el juez a pedido de la parte competente (Ministerio Público) y nunca de oficio. No obstante, su variabilidad, conforme a la cláusula *rebus sic stantibus*, sí admite una ejecución de oficio, claro está, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición⁶². La excepción a esta regla (autorización judicial para la imposición de medidas de coerción personal) se presenta en la detención (policial y arresto ciudadano)⁶³, ya que esta medida de coerción personal puede ser utilizada en atención a una circunstancia especial, nos referimos a la flagrancia delictiva, de ahí que, por su excesiva necesidad de uso inmediato, se permite ejecutar sin la intervención judicial.

⁶² (NCPP) Art. 255°.- Legitimación y variabilidad: “1. Las medidas establecidas en este título, sin perjuicio de las reconocidas a la Policía y al Fiscal, solo se impondrán por el juez a solicitud del Fiscal, salvo el embargo y la ministración provisional de posesión que también podrán solicitar el actor civil (...)”.

⁶³ (NCPP) Art. 259°.- Detención policial: “La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito (...)”.

Art. 260°.- Arresto Ciudadano: “1. En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva. 2. En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana (...)”.

En ese entendido, apuntando exclusivamente a la prisión preventiva, está siempre será dictada por la autoridad jurisdiccional previo requerimiento del Ministerio Público. Siendo ello así, claramente se descarta la aplicación de oficio y cualquier excepción a esta regla. Empero, como se establece en el artículo 255° del NCPP, su variabilidad oficiosa si podrá ser admitida.

2.3.3. Principio de provisionalidad:

Este principio ha sido recogido por la norma procesal –Numeral 3 del Art. 253° del Código Procesal Penal-, el cual indica que “(...) las restricciones de un derecho fundamental sólo tendrán lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario (...)”.

En ese entendido, este principio establece que las medidas de coerción tienen un carácter temporal, es decir, solo se impondrán por un tiempo determinado y en la medida que se cumplan los fines de aseguramiento procesal. Siendo ello así, la medida impuesta debe ser “revisada cada vez que se modifique o altere las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su acuerdo, tanto las referidas a la imputación, como las atinentes a los concretos riesgos que se quieren prevenir con ella”⁶⁴.

Por tanto, el aforismo de que las medidas de coerción personal cesan cuando el proceso principal finaliza no es del todo cierto, ya que, en atención a la cláusula *rebus sic stantibus*, que implica la necesidad de reforma de las medidas cautelares cuando se alteran las circunstancias tomadas en consideración para su adopción, admite que las medidas pueden cesar o pueden ser modificadas antes de que el proceso finalice.

⁶⁴ ASENCIO MELLADO, José María. Derecho procesal penal: estudios fundamentales, op. cit., p. 821.

2.3.4. Principio de presunción de inocencia:

Históricamente, la previsión de la presunción de inocencia se remonta a la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789⁶⁵, es aquí donde se le reconoció y se le catalogó como un principio fundamental del proceso penal⁶⁶. Sin embargo, su concepción moderna se le atribuye al Derecho Anglosajón, es más, es en este espacio donde se reconoció el derecho a guardar silencio.

En esa línea, con el objeto de precisar su entendido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Barberá, Messegué y Jarbardo contra España, señaló que este principio “exige, entre otras cosas, que los miembros del Tribunal, en el desempeño de sus funciones, no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el acto imputado; la carga de prueba recae sobre la acusación y la duda beneficia al acusado. Además, a ésta le incumbe informar al interesado de los cargos que se le imputan –con el fin de que pueda preparar y presentar su defensa en consecuencia– y presentar las pruebas suficientes para fundamentar una declaración de culpabilidad”⁶⁷.

Por su parte, la Corte Interamericana⁶⁸, dividiendo el ámbito de la prisión preventiva, destacó que la presunción de inocencia “subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”. De este principio se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que

⁶⁵ Artículo 9 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debiendo ser severamente reprimido por la Ley”

⁶⁶ BAECQUE A. L'An 1 des Droits del Homme, Francia, 1988. Citado por Javier LLOBET RODRÍGUES. Prisión Preventiva – Límites Constitucionales, op. cit., p. 37.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 6 de diciembre de 1988 en el caso Barberá, Messegué y Jarbardo contra España, fundamento 77. Enlace: <http://lawcenter.es/w/file/download/66075>, visitado el 15 de julio del 2019.

⁶⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 12 de noviembre de 1997 en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, fundamento 77.

no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

Esta concepción del derecho a la presunción de inocencia, no solamente ha quedado en el derecho internacional, sino, también fue recogida por el derecho interno (artículo 2º, numeral 24, literal e) de la Constitución Política del Estado), precisando que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Alineado a ello, el NCPP, en el artículo II de su Título Preliminar, precisó que:

“1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”⁶⁹.

Ahora bien, apuntado a las medidas de coerción personal, debe quedar claro que la concepción actual de la presunción de inocencia es compatible con la adopción de todas las medidas de coerción personal⁷⁰, no obstante, esta compatibilidad quedará garantizada siempre y cuando se cumpla dos de sus tres acepciones (1.- la presunción de inocencia como principio Informador del Proceso penal y 2.- la presunción de inocencia como regla de tratamiento del encausado), es decir, que el proceso penal parte siempre con la inocencia del encausado y no con la culpabilidad del mismo, y que la medida coercitiva personal no puede ser utilizada como castigo o como adelanto de pena. Consecuentemente, este principio

⁶⁹ En similar perspectiva: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 11), La convención americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numeral 2)

⁷⁰ SAN MARTÍN CASTRO Cesar. Derecho Procesal Penal, op. cit., p. 456

determina el objetivo de la prisión preventiva a lo estrictamente cautelar: “tutelar el normal desarrollo del proceso penal”.

Por otro lado, también podemos advertir que, siendo la prisión preventiva una medida cautelar personal únicamente de aseguramiento procesal, cuya utilización solamente se dará para neutralizar un peligro fundado de carácter desbordante –ya sea de fuga o de obstaculización de la investigación-, el primer presupuesto de la prisión preventiva (*fumus comissi delicti*) no podría ser considerado para la determinación del peligro procesal. Por esta consideración, en el debate de la procedencia o no de la prisión preventiva, el juez debe determinar la existencia o no un peligro procesal, sin basarse en la culpabilidad o no del hecho por el cual se le está procesando.

2.3.5. Principio de proporcionalidad:

El antecedente de este principio se remonta a Montesquieu y Beccaria, ello cuando se hablaba de la proporcionalidad en las penas; sin embargo, un sector de la doctrina aseguró que su nacimiento surgió en el Derecho de Policía como parte del Derecho administrativo –siglo XVIII-. Lo cierto es que, cuando se habla de la proporcionalidad de las penas a imponer en un caso concreto por la comisión de un delito, debe tenerse como antecedente a Montesquieu, Beccaria y toda la doctrina de la ilustración, en cambio, cuando se habla del principio de proporcionalidad como límite a la injerencia de un derecho fundamental por parte del Estado, debemos considerar como antecedente al Derecho Policial⁷¹.

En esa línea, la introducción del principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal, se concretiza en el caso del *Dr. Hoffle* –muerte en prisión por causa de una grave enfermedad-. A raíz de este caso es que la doctrina Alemana propone la introducción del principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal y, como respuesta a ello, en 1964 tiene acogida expresa en la Ordenanza Procesal

⁷¹ LLOBET RODRÍGUES, Javier. Prisión Preventiva – Límites Constitucionales, op. cit., p. 249.

Penal alemana⁷². A partir de ello, el principio de proporcionalidad se constituyó en un requisito sustancial, ya sea para limitar derechos fundamentales (libertad individual) o para rechazar dicha limitación.

Ahora bien, en relación a la prisión preventiva, este principio tiene una especial relación con la excepcionalidad y provisionalidad⁷³. Asimismo, su entendido se dirige estrictamente a los motivos racionales que justifican la utilización de la prisión preventiva o de otra medida de coerción personal, es decir, cualquier derecho a la libertad personal exige que sea proporcional, si se da un exceso en la utilización, sencillamente será ilegítima por ser desproporcional (exceso)⁷⁴.

En suma, el principio de proporcionalidad exige al juez que la prisión preventiva debe ser aplicada cuando esta sea sumamente necesaria en el caso concreto, en esa línea debe ser justificada, en caso no lo haga, por más que su objetivo sea legítimo, su aplicación será ilegítima por desproporcional.

Bajo esa línea, el principio de proporcionalidad se analiza en base a tres sub principios: 1) Idoneidad, 2) Necesidad y 3) Proporcional en sentido estricto.

2.3.5.1. Idoneidad:

Conforme a la expresión del Tribunal Constitucional del Perú⁷⁵, para poder intervenir en un derecho fundamental, es necesario verificar si la restricción del derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar, es decir, si la medida a utilizar es idónea para lograr el fin perseguido legítimamente, en este caso, el normal desarrollo del proceso penal.

⁷² *Ibíd.*, p. 250.

⁷³ ASENCIO MELLADO José María. Derecho Procesal Penal – Estudios fundamentales, op. cit., p. 826.

⁷⁴ DEL RIO LABARTHE Gonzalo. La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, op. cit., p. 102.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 05 de junio del 2008 en el caso César Augusto Becerra Leiva, fundamento 25.

Consecuentemente, este sub principio exige ubicar, primero, la finalidad que se quiere conseguir con la imposición de una medida en desmedro de un derecho fundamental, y segundo, analizar la constitucionalidad de dicha finalidad. La prisión preventiva, y todas las medidas de coerción personal, han sido desarrolladas únicamente como un instrumento de aseguración del proceso penal (evitar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la investigación), adoptar cualquier otra finalidad, como por ejemplo, castigar al encausado, evitar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, etc. denotará la inidoneidad de la medida por vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En ese contexto, la prisión preventiva, cuya finalidad constitucional es neutralizar un peligro procesal desbordante y garantizar el normal desarrollo del proceso penal, obviamente es idónea para alcanzar esa finalidad.

2.3.5.2. Necesidad:

En un Estado de Derecho, los derechos fundamentales adquieren una relevancia estricta, es por ello que las medidas de coerción solo pueden imponerse cuando sean indispensables, ya que, como regla de tratamiento, durante la tramitación del proceso penal el encausado es considerado inocente y no puede haber lugar a que cualquier limitación o privación de la libertad individual sea considerada como castigo.

Bajo esa línea, el NCPP, en el numeral 3 del artículo 253º, establece que “La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario (...)”.

Conforme a ello, podemos precisar entonces que “El principio de necesidad es aquel valor en virtud del cual las medidas de coerción solo podrán ser concebidas cuando sean imprescindibles y no existan otros mecanismos más

eficientes para conjurar el peligro que supone la actitud adoptada por el justiciable”⁷⁶.

Como puede observarse, en primer lugar, este principio exige que la prisión preventiva no sea la única medida para cautelar el proceso penal, sino, exige que el ordenamiento jurídico ofrezca una pluralidad de medidas coercitivas personales; en segundo lugar, establece, de manera general, que todas las medidas de coerción tengan que ser utilizadas cuando fueren indispensables. No obstante, es preciso resaltar que algunas medidas, refiriéndonos únicamente a las medidas de coerción personal, limitan la libertad individual y otras privan de la misma.

La prisión preventiva, doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido reconocida como la medida más radical (presenta efectos irreversibles como por ejemplo la experiencia de estar en una prisión conjuntamente con personas condenadas por diferentes delitos, desgaste psicológico, etc.), por tanto, su necesidad de imposición no puede responder a la circunstancia de necesidad que las demás medidas “alternativas” solicitan. En ese entendido, su utilización se reduce a un carácter sumamente restringido, es decir, ante un grado intenso del peligro procesal (punto de quiebre de cada medida de coerción personal).

Siendo así, únicamente se activará cuando se presente un peligro de carácter desbordante y suficiente para incapacitar a las demás medidas de coerción personal (comparecencia con restricciones, comparecencia con caución, impedimento de salida del país o de la localidad, etc.), no obstante ¿Qué condición o circunstancia convierte al peligro en desbordante con suficiente entidad para incapacitar la eficacia de las demás medidas de coerción personal?

Esta interrogante y el enigma del peligro procesal de la prisión preventiva, invita a ingresar al corazón del principio de necesidad. Siendo así, la Corte Suprema del Perú estableció que “(...) en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria debe ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de

⁷⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano – Análisis y comentarios al Código Procesal Penal, op. cit., p. 33.

dichos derechos; de suerte que la exigencia del principio de necesidad supone: I) la excepcionalidad, conforme a la cual la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general, sino debe aplicarse cuando no cabe otra opción para el cumplimiento de los fines que la justifican; y, II) la subsidiariedad, que obliga al órgano jurisdiccional a examinar no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también, si existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad, que asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental (...)"⁷⁷.

De este fundamento jurisprudencial queda en evidencia la relación íntima entre el principio de necesidad y el carácter excepcional y subsidiario. Siguiendo esa línea, es importante desarrollar estos caracteres.

2.3.5.2.1. El carácter excepcional de la prisión preventiva:

El carácter excepcional de la prisión preventiva, históricamente se enmarcó en la determinación de que "(...) el rigor innecesario para con quien sólo era sospechado como autor de un delito o participe en él, siempre fue ilegítimo. Ello dio lugar a la formulación del primer principio que tornaba "excepcional" al encarcelamiento preventivo".⁷⁸

Es claro que la forma ordinaria de que una persona ingrese a un centro penitenciario es a través de una sentencia condenatoria (pena efectiva de privación de libertad), excepcionalmente se dará a través de la imposición de la prisión preventiva con la finalidad de tutelar el normal desarrollo del proceso (su utilización no responde a la culpabilidad de la persona imputada). En ese contexto, el carácter excepcional de la prisión preventiva lleva a que esta medida debe ser invocada en última instancia para garantizar el normal desarrollo del proceso penal, por lo que

⁷⁷ Sentencia Casatoria N° 631-2015/AREQUIPA del 21 de diciembre del 2015, fundamento octavo, segundo párrafo.

⁷⁸ MAIER B.J., Julio. Antología – El proceso Penal Contemporáneo, Lima, Instituto De Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, 2008, p. 932 – 933.

antes, de manera ordinaria, se debe dar cabida a otras medidas que no afecten radicalmente la libertad del ciudadano sometido a un proceso penal.

En esa línea, el profesor Asencio Mellado, con gran firmeza, establece que “la prisión provisional en modo alguno debe ser ni la única, ni la forma preferente de alcanzar el aseguramiento del proceso. La Ley debe regular, con carácter ordinario, las suficientes medidas de las llamadas <alternativas> (aunque yo prefiero calificar a la prisión provisional de alternativa en tanto ella es la excepcional y no las restantes disposiciones), (...). Ni la gravedad de la pena, ni los antecedentes del imputado, ni su pertenencia a organizaciones delictivas, pueden por si solas justificar una privación de libertad, si no se valora y motiva en el caso concreto que, tales circunstancias pueden incidir en un riesgo concreto de fuga u obstaculización de la investigación”⁷⁹.

Esta concepción excepcional de la prisión preventiva no solamente ha quedado en la doctrina, sino, también ha sido reconocida por la Corte Suprema de la República del Perú y fue desarrollada en la Casación N° 626–2013/Moquegua; en esta jurisprudencia se precisó que “La aplicación de esta medida –prisión preventiva- es *excepcional*, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal”. En igual sentido, el Tribunal Constitucional lo desarrolló en las sentencias que recayeron en los expedientes N° 0731-2004-HC/TC, del 16 de abril de 2004, N° 033-2000-HC/TC, del 13 de abril del 2000 y recientemente en la sentencia que recae en el “expediente N° 04780-2017-PHC/TC, fundamento 32 (caso Ollanta Humala y Nadine Heredia)”.

Aunado a todo este precedente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el “Informe Sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la

⁷⁹ ASECIO MELLADO, José María. Derecho procesal penal: Estudios fundamentales, op. cit., p. 811-812.

Prisión Preventiva en América”⁸⁰, también confirmó la condición de excepcional de esta medida.

La posición que adopta la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional sobre el carácter excepcional de la prisión preventiva es absoluta, no hay pronunciamiento doctrinario o jurisprudencial que diga lo contrario. Sin embargo, ¿Qué denota la excepcionalidad? Alberto Bovino refiere que “el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación del derecho a la libertad ambulatoria y de la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia)”⁸¹.

Bajo esa consideración, la limitación de la libertad individual –sean restrictivas o privativas- debe aplicarse con recto criterio, siempre y cuando sea necesaria para garantizar el normal desarrollo del proceso penal. En virtud de ello, rige el principio de *favor libertatis o de indubio prolibertate*⁸². La regla general es que el sujeto lleve el proceso penal en libertad, excepcionalmente la llevará privada de su libertad.

En suma, la excepcionalidad de la prisión preventiva estará sustentada con el modo de configuración del peligro procesal y ello a su vez fundamentará la necesidad de utilización de la prisión preventiva.

2.3.5.2.2. El carácter subsidiario de la prisión preventiva:

Al significar la intervención de la prisión preventiva como última medida para asegurar el normal desarrollo del proceso, mediante este carácter, se exige al juez que deba examinar no solo el cumplimiento de los presupuestos de la prisión preventiva, sino también, si existe alguna medida “alternativa” que tenga menos

⁸⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en América: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/arweb/PrisionPreventiva.pdf>. Visitada el 05 de enero de 2019.

⁸¹ BOVINO, Alberto y Paola BIGLIANI. Encarcelamiento Preventivo y Estándares Del Sistema Americano, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 36.

⁸² SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, op. cit., p. 447 y 454.

injerencia en la libertad del sujeto procesado, pero que pueda asegurar el normal desarrollo del proceso penal⁸³.

Bajo ese entendido, el juez debe explicar por qué en un caso determinado debe aplicarse la prisión preventiva y no otra medida de coerción personal. En ese contexto, una circunstancia trascendental viene dada por la determinación de la intensidad del peligro procesal, es aquí donde encuentra fundamento la necesidad de la prisión preventiva y por tanto tiene que ser probada⁸⁴.

Asimismo, debemos tener presente que se trata de personas inocentes a quienes se pretende privar de su libertad ambulatoria, más aún, si al ser privadas de su libertad, serán reclusas en las cárceles donde también se encuentran los condenados⁸⁵. Por tanto, se debe tener mucho cuidado al momento de configurar el peligro procesal de la prisión preventiva; ya que, al margen de ser un presupuesto que funda su legitimidad, debemos ser conscientes sobre sus consecuencias, en tanto no solo privan la libertad ambulatoria; sino también, vulneran otros derechos fundamentales (la dignidad, el trabajo, la educación, la salud, la intimidad y la autorrealización de la persona)⁸⁶.

Finalmente, mediante el principio de necesidad, la utilización de la prisión preventiva, al margen de la apariencia de buen derecho, tiene que responder en gran medida al peligro procesal (peligro de fuga u obstaculización de la investigación), no puede haber otro sustento o argumento para su determinación. Asimismo, la prisión preventiva –en relación al peligro procesal- no puede utilizarse

⁸³ En esa misma línea, la Corte Suprema [Sentencia Casatoria N° 631-2015/AREQUIPA del 21 de diciembre del 2015, fundamento octavo, segundo párrafo] y el Tribunal Constitucional [Sentencia que recayó en el Exp. N° 2560-2004-HC/TC del 07 de septiembre del 2004, fundamento dos], entienden el carácter subsidiario de la prisión preventiva.

⁸⁴ DUCE J. Mauricio y Cristián RIEGO R. Proceso Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 247

⁸⁵ Es una realidad en el Perú que las personas que son privadas de su libertad por concepto de prisión preventiva, son reclusas en centros penitenciarios donde también se encuentran los sentenciados por distintos delitos (violación, homicidio, robo, sicariato, etc.).

⁸⁶ PADILLA ALEGRE, Vladimir. El inicio de la verdadera reforma procesal en el Perú: Definición y alcances de la prisión preventiva – Casación 01-2007-HUAURA. En: Análisis y comentarios de las principales Sentencias Casatorias en Materia Penal y Procesal Penal, p.25. Enlace: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/LIBRO-PRINCIPALES-SENTENCIAS-CASATORIAS-FEBRERO-2018.pdf>, visitado el 29 de mayo del 2019.

ante el más mínimo riesgo, sino, debe ser ante un peligro de carácter desbordante. La prisión preventiva solo se debe utilizar para neutralizar ese nivel de peligro, allí se sustenta su estricta excepcionalidad⁸⁷.

2.3.5.3. Proporcionalidad en sentido estricto:

Este Subprincipio está dirigido a impedir que el imputado sufra las consecuencias de una medida excesiva mediante la ponderación, es decir, este principio exige llevar una ponderación entre la gravedad de la intervención en un derecho fundamental vs el peso de las razones que la justifica.

Siguiendo al profesor Robert Alexy⁸⁸, la relación de ponderación se daría de la siguiente forma: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. A su vez, para su concreción, el ejercicio de ponderación se dividiría en tres pasos: primero, involucraría definir el grado de afectación de uno de los principios; segundo, se tendría que definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, y tercero, se tendría que definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción⁸⁹.

En ese contexto, para la imposición de la prisión preventiva, el grado de su realización tendrá que ser superior o por lo menos equivalente al grado de afectación a la libertad individual del encausado y esta situación se generará cuando el peligro procesal es de carácter intenso que generará la ineficacia de las demás medidas de coerción personal.

Por otro lado, este principio presenta una evaluación peculiar en aquellos casos donde la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva se realiza

⁸⁷ CAFERATA NORES, José I. Medidas de Coerción en el Proceso Penal, Argentina, Córdoba, p. 31.

⁸⁸ ALEXY Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Lima, Palestra, 2007, p. 460.

⁸⁹ *Ibíd.* loc. cit.

adecuadamente y la idoneidad y necesidad de la medida se cumplen, sin embargo, este principio no permite la aplicación de la prisión preventiva por la presencia de una circunstancia trascendental, nos referimos a la edad (octogenarios o menores de 18 años), enfermos terminales, enfermedades graves sobrevenidas, etc.

En suma, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige un juicio ponderativo que se realizará en un caso concreto para determinar la razonabilidad de una decisión.



2.1. Aspectos generales:

El peligro procesal viene a ser el presupuesto más importante de las medidas de coerción personal, ello en razón a que sustenta el fundamento de dichas medidas y es analizado (según la estructura de debate en el ordenamiento jurídico procesal penal peruano) con posterioridad al análisis del *fumus comissi delicti* y la prognosis de pena (más de 4 años).

En esa línea, al tener un fundamento procesal las medidas de coerción personal, al encausado no se le podría imponer una medida de coerción personal porque se lo merezca o porque habría cometido un delito, sino, su imposición obedecerá a la protección del normal desarrollo del proceso penal; esa es su naturaleza por esencia, es por ello que su consecuencia (privación de la libertad ambulatoria) no responde a un castigo sino a la tutela del desarrollo del proceso penal.

En ese entendido, el ordenamiento jurídico regula un grupo determinado de medidas de coerción personal, para garantizar el normal desarrollo del proceso penal, como son: 1) la detención preliminar, 2) la prisión preventiva, 3) la incomunicación, 4) la comparecencia (comparecencia restringida), 5) la vigilancia electrónica, 6) el arresto domiciliario, 7) la internación preventiva, 8) el impedimento de salida del país y 9) la suspensión preventiva de derechos.

Todas estas medidas, teniendo un fundamento procesal, pueden ser utilizadas previo a una sentencia condenatoria, siempre y cuando sean requeridas ante el juez y, claro está, cumplimiento las exigencias que cada una demanda y en las circunstancias que la norma establece.

Como se puede apreciar, lo que se pretende en estricto con las medidas de coerción personal es tutelar el proceso penal, neutralizando el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la investigación; sin embargo, el problema surge en la determinación de la medida a utilizar para neutralizar el peligro constatado en cada caso concreto, es decir, ¿cómo se determina el peligro procesal para imponer una medida de comparecencia con restricciones, un impedimento de salida o finalmente una prisión preventiva o qué situación o circunstancia debe o deben concurrir para determinar el peligro procesal en cada medida de coerción personal?

Un primer aspecto a tomar en cuenta es lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala:

“La naturaleza excepcional de la aplicación de la prisión preventiva, de acuerdo con criterios de necesidad y proporcionalidad, es un elemento que

necesariamente debe estar presente en toda política criminal que tome en consideración los estándares del Sistema Interamericano. Así, la Convención Americana, establece un orden jurídico según el cual “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario” (artículo 7.3); y, toda persona “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (artículo 7.5). Igualmente, la Declaración Americana dispone que “[...] [t]odo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a [...] ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad” (Art. XXV). Es decir, el estar en libertad mientras dure el proceso penal, es un derecho del acusado, y como tal sólo puede ser restringido de manera excepcional y con estricto apego a las normas establecidas en los instrumentos internacionales que lo establecen. No se trata pues de una prerrogativa o un beneficio, sino de un derecho establecido para proteger bienes jurídicos tan fundamentales como la libertad, e incluso, la integridad personal⁹⁰.

Aunado a esa posición, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante el artículo 9, numeral 3, también estableció que la libertad es la regla y la detención es la excepción.

Hasta este punto, algo que no debemos perder de vista es que la prisión preventiva es la medida más radical para asegurar el normal desarrollo del proceso penal, porque significa la pérdida de la libertad ambulatoria, la pérdida de su reputación personal ante la sociedad, la pérdida del trabajo, del estudio, etc. Bajo esas consecuencias, es claro que la prisión preventiva debe ocupar el último peldaño dentro del catálogo de medidas de coerción personal, porque estará dirigida a

⁹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, del 30 de diciembre del 2013, fundamento 20. Enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>, visitado el 01 de noviembre del 2019.

neutralizar un nivel de peligro procesal que las otras medidas no podrían neutralizar.

Ahora bien, sin perder de vista la jurisprudencia nacional e internacional, una parte de la doctrina estableció que para utilizar una medida de coerción personal, un punto de quiebre sería la determinación de la intensidad del peligro procesal (fuga u obstaculización de la investigación), porque no resultaría lógico utilizar una medida de coerción, por ejemplo, la prisión preventiva, ante el más mínimo riesgo⁹¹. Sin embargo, nuevamente se presenta una interrogante: ¿cómo graduar o delimitar la intensidad del peligro procesal para utilizar una determinada medida de coerción personal en un caso concreto?

De manera general (para todas las medidas de coerción personal), El NCPP suscribe varios criterios para determinar el peligro procesal, no obstante, nada se dice sobre la intensidad de peligro que cada medida debe abordar y neutralizar. En ese contexto, ¿cómo es que trasluce el peligro procesal dentro de las medidas de coerción personal?, cómo el peligro procesal, que hasta un momento podría ser neutralizado, por ejemplo, con una medida de comparecencia con restricciones, ya tenga que ser neutralizado con la prisión preventiva.

Como se muestra, determinar la mutación de la intensidad del peligro procesal aún es un enigma, y ello se complica aún más con la dimensión maso menos amplia de carga subjetiva que posee el juez, ya que, por ciertos prejuicios que como humano tienen o por presión mediática, establecen la necesidad de imponer la prisión preventiva.

Ciertamente un acierto por parte del legislador, para calificar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, fue la introducción de los artículos 269° y 270° en el NCPP, en el que se establece un grupo de criterios no taxativos para calificar el peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización), no obstante debemos precisar que estos criterios no son exclusivos para calificar el peligro procesal de la

⁹¹ CAFERATA NORES, José I. Medidas de Coerción en el Proceso Penal, op. cit., p. 31.

prisión preventiva, sino también pueden ser utilizadas para calificar el peligro procesal de las demás medidas de coerción personal (son criterios generales).

En ese entendido, la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva ha sido vista desde distintos enfoques en la doctrina y en la jurisprudencia, por lo que será necesario atisbar cada enfoque para expresar una propuesta de configuración del peligro procesal. Asimismo, tomando en cuenta que el Ministerio Público es la parte legitimada para requerir este tipo de medidas ante el órgano jurisdiccional, también tomaremos en cuenta la posición de esta entidad autónoma.

2.2. Tratamiento doctrinario del peligro procesal de la prisión preventiva:

En primer lugar, la doctrina destaca que el peligro procesal es el presupuesto principal y verdadero sustento de la prisión preventiva⁹². Esta postura trasciende de manera absoluta en la doctrina; sin embargo, en su desarrollo existió cierta divergencia en relación a los supuestos que pueda integrar el peligro procesal, es decir, si la prisión preventiva procedía para neutralizar el peligro de fuga, para neutralizar el peligro de obstaculización de la investigación, para evitar la reiteración delictiva o para calmar la demanda social.

Lo cierto es que, en el sistema procesal peruano, existe un consenso en afirmar que la prisión preventiva, y las demás medidas de coerción personal, suponen la neutralización de dos únicos supuestos, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la investigación (teoría de los dos riesgos).

Dicho ello, como antecedente, el peligro o peligrosidad se desarrolló en dos ámbitos; en el ámbito del Derecho Penal y en el ámbito del Derecho Procesal penal.

⁹² En esa línea: SAN MARTÍN CASTRO Cesar Eugenio. Derecho Procesal Penal, op. cit., p. 458, CUBAS VILLANUEVA Víctor. Las Medidas de Coerción en el Proceso Penal, op. cit., p. 130 y Arsenio ORÉ GUARDIA. Derecho Procesal Penal Peruano, tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 130.

En el ámbito del Derecho Penal, se desarrolló con ocasión a la utilización de las medidas de seguridad, su nacimiento se dio con el positivismo italiano y fue desarrollado por autores como Garófalo, Ferri y otros. En este campo, la peligrosidad fue entendida como la probabilidad de que una persona, por la condición que tiene, vuelva a cometer un nuevo hecho delictivo en el futuro⁹³, es decir, la persona previamente había cometido un ilícito penal, propenso a ello y para evitar esta conducta en el futuro, se disponía la utilización de las medidas de seguridad.

En cambio, en el derecho procesal Penal, el sentido y la determinación del peligro o peligrosidad es distinto y surge en relación a las medidas de coerción. El inicio de su tratamiento se dio en el ámbito del proceso civil y se precisó que el *periculum in mora* era el resultado del peligro que surgía por la demora del proceso, es más, si la solución del conflicto pudiera surgir de manera inmediata, las medidas cautelares no tendrían razón de ser.

Al respecto, el profesor Piero Calamandrei, en el proceso civil, resaltó tres aspectos para aproximarnos a una noción clara del *periculum in mora*; precisó que el primer aspecto consta en que no bastaría el interés de proteger el proceso del peligro o del daño solamente temido (prevención), sino que era preciso además el carácter urgente de la utilización de la medida cautelar (segundo aspecto) y que la tutela ordinaria (sentencia) se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera⁹⁴.

Como puede advertirse, en el proceso civil, *el periculum in mora* trasciende a través de 3 aspectos: primero, el interés de proteger el proceso; segundo, la urgencia de utilizar una medida cautelar por la duración larga del proceso, y tercero,

⁹³ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ Julio. Peligrosidad e Internación en Derecho Penal, Lima, Idehpucp, 2016, p. 55.

⁹⁴ CALAMANDREI Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos aires, El Foro, 1996, p. 41 – 42.

que la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta. Sin embargo, esta perspectiva no se refleja fielmente en el proceso penal, ya que, en este ámbito, concurre el derecho fundamental a la presunción de inocencia y su uso indispensable debe darse gradualmente de acuerdo al principio de proporcionalidad.

En esa línea, siguiendo al profesor San Martín, la privación o limitación de la libertad no se puede justificar bajo presunciones de orden criminal (no se puede privar preventivamente la libertad bajo una presunción de culpabilidad) o por el simple paso del tiempo (riesgo por la duración del proceso), es decir, no se puede ejecutar la prisión automáticamente⁹⁵, ya que si ello ocurre, se estaría contraviniendo, primero, al principio de gradualidad que exige que las medidas que se aplican como sustitutivas de otras, deben estar razonablemente fundadas en criterios de necesidad, proporcionalidad y de adecuación⁹⁶ y, segundo, contravendría al principio de presunción de inocencia.

Por tanto, el peligro procesal que se exige para la imposición de una medida de coerción personal en el proceso penal, no responde al simple paso del tiempo (demora en la emisión de la sentencia), al tipo de delito cometido o al simple interés de proteger el proceso, etc., sino, responde a la constatación objetiva del peligro procesal y el nivel de peligro que se quiere neutralizar (se graduará la utilización de la medida de acuerdo al peligro constatado).

En ese sentido, al ser la prisión preventiva una medida de *última ratio*, es prudente indicar que las medidas de coerción personal están creadas para neutralizar un determinado nivel de peligro procesal y por ello tendrían que ser utilizadas de manera escalonada, de tal forma que, la prisión preventiva, por el

⁹⁵ SAN MARTÍN CASTRO Cesar Eugenio. Derecho Procesal Penal, op. cit., p. 458. En esa línea: ASENCIO MELLADO José María. Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales, op. cit., p. 812.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° C-318-2008. Citado por SAN MARTÍN CASTRO Cesar Eugenio. Derecho Procesal Penal, op. cit., p. 455.

principio de necesidad y al tener injerencia radical en la libertad del encausado (privación de la libertad ambulatoria), será la medida que ocupe el último escalón⁹⁷.

Teniendo claro ello, para una utilización escalonada de las medidas de coerción personal, necesariamente se tendría que atender en razón a la intensidad del peligro procesal constatado en el caso concreto, ya que la prisión preventiva no podría ser utilizada para neutralizar cualquier nivel de riesgo. Siendo así, la determinación de la necesidad de utilizar o no la prisión preventiva, vendría a raíz de la intensidad del peligro procesal. Por tanto, conforme a la posición escalonada de la utilización de las medidas de coerción personal, el peligro procesal de la prisión preventiva, y de las demás medidas de coerción personal, variarían tomando en cuenta la intensidad del peligro procesal, empero, ¿qué genera o como se establece la intensidad del peligro procesal?

Sobre ello, la profesora Pujadas Tortosa, señala que el peligro procesal se compone de dos elementos: 1) la aptitud o disposición material y 2) la actitud o disposición anímica; sobre el primer elemento, afirma que el encausado dispone de capacidad material para acceder y alterar el objeto específico de la protección cautelar, pero eso no significa que vaya a hacerlo, por lo que además se tendrá que afirmar la disposición de una capacidad anímica, es decir, que esté dispuesto a materializar el riesgo de frustración del proceso y para ello será necesaria la concurrencia de un elemento volitivo que se refleje en actos concretos que puedan afectar de modo decisivo la continuación del proceso penal⁹⁸.

En suma, para establecer que en un caso concreto se necesita la intervención de la prisión preventiva, primero se tendrá que verificar que el peligro procesal constatado es de carácter desbordante, y para ello se tendrá que evidenciar una actitud negativa por parte del procesado hacia el normal desarrollo del proceso penal, es decir, una actitud vinculada a la fuga o a la obstaculización

⁹⁷ CAFERATA NORES, José I. Medidas de Coerción en el Proceso Penal, op. cit., p. 31.

⁹⁸ PUJADAS TORTOSA Virginia. Teoría General de las Medidas Cautelares Penales. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2008, p. 64 y 65. Citado por CÁCERES JULCA Roberto y Luis Luna Hernández. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal. Op. cit., p. 327 y 328.

de la investigación, en caso no se dé, el uso de la prisión preventiva será desproporcional y por tanto ilegítima.

2.3. Tratamiento jurisprudencial del peligro procesal de la prisión preventiva:

2.3.1. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional (TC) no ha sido ajeno al tratamiento de la prisión preventiva, y como primer aspecto de su desarrollo, precisó que la libertad individual es un derecho fundamental que pertenece al núcleo del Estado Constitucional y que, por su naturaleza, es un derecho continente, ya que dentro de ella se encuentra la libertad personal y otros derechos que se materializan a través de ella (trabajo, educación, etc.)⁹⁹.

De lo expuesto, debemos recordar que la imposición de la prisión preventiva afecta la libertad personal. En ese entendido, el TC precisó que este derecho posee un doble carácter: 1) “un carácter subjetivo, que establece que ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias; y 2) un carácter objetivo, que establece que cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales”¹⁰⁰.

En esa línea, se tiene claro que la libertad personal, como derecho contenido de la libertad individual, es sumamente importante para el desarrollo físico y

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de noviembre del 2009, recaída en el expediente N° 2534-2019-PHC/TC, fundamento 6 (caso Keiko Fujimori Higuchi).

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 27 de julio del 2006, recaída en el expediente N° 7624-2005-PHC/TC, fundamento 2 (caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez). En igual sentido se pronunció en la Sentencia recaída en el expediente N° 1091-2002-HC/TC (caso Vicente Ignacio Silva Checa).

psicológico del ser humano, sin embargo, este derecho no refleja un carácter absoluto, por lo que, en algunas situaciones admitidas constitucionalmente, puede ser limitada.

En ese contexto, la limitación de la libertad personal dentro del proceso penal, solamente puede ser generada por la utilización de las medidas de coerción personal, esto es, la utilización de la prisión preventiva, comparecencia con restricciones y otras medidas que están reguladas en el NCPP; asimismo, en relación a la prisión preventiva, esta será una medida de *última ratio*, es decir, solo será susceptible de dictarse en circunstancias verdaderamente excepcionales¹⁰¹.

Siendo ello así, podemos afirmar que el TC está convencido de que la Prisión preventiva es una medida de *última ratio* y solo procederá en circunstancias verdaderamente excepcionales, no obstante, ante dicha posición, subyace la pregunta de ¿cómo o cuándo se estará ante esa circunstancia sumamente excepcional que permitirá utilizar la prisión preventiva?

Una de las principales exigencias que establece el Tribunal Constitucional es que "(...) el dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particular y grave en el Derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones, es decir, la resolución judicial que ordene la prisión preventiva requiere de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso"¹⁰².

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de agosto del 2002, recaída en el expediente N° 1091-2002-HC/TC (caso Vicente Ignacio Silva Checa). Esta posición también se reitera en las sentencias: Sentencia N° 1014-2011-PHC/TC fundamento 2 (caso Henry Vidal Guevara Huashualdo), Sentencia N° 3567-2012-PHC/TC fundamento 12 (caso Miguel Ángel León Estrada), Sentencia N° 872-2007-PHC/TC fundamento 2, Sentencia 5100-2006-PHC/TC fundamento 3, Sentencia N° 9809-2006-PHC/TC fundamento 2, Sentencia 2357-2008-PHC/TC fundamento 3; entre otras.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de noviembre del 2009, recaída en el expediente N° 2534-2019-PHC/TC, fundamento 15, 19 y 20 (caso Keiko Fujimori Higuchi). Esta posición también se reitera en la Sentencia que recae en el expediente N° 4780-2017-PHC/TC y expediente N° 502-

Un dato trascendental que expresa el TC al exigir una motivación cualificada, es que el juez tenga que explicar el porqué de la necesidad de aplicar la prisión preventiva y no otra medida de coerción personal en el caso concreto. Recordemos que la necesidad de utilizar la prisión preventiva está íntimamente ligada a la configuración del peligro procesal, al margen de los dos presupuestos que la anteceden, porque el objetivo de utilizar una medida cautelar personal (prisión preventiva), es neutralizar el peligro procesal (peligro de fuga y/o peligro de obstaculización).

En esa línea, la base para explicar la necesidad de imponer la prisión preventiva y no otra medida de coerción personal, pasa por el modo de configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, y ello a su vez, por determinar la intensidad del peligro procesal.

2.3.2. Pronunciamiento de la Corte Suprema de la República del Perú:

La Corte Suprema de la República del Perú, por su parte, emitió un cúmulo de ejecutorias sobre distintos aspectos de la Prisión preventiva, claro está, no sin antes, en la línea del Tribunal Constitucional, precisar que el peligro procesal es el elemento más importante de la prisión preventiva y la razón por la cual se dicta, y esta se divide en dos: 1) peligro de fuga y 2) peligro de obstaculización probatoria (Casación N° 626-2013/MOQUEGUA, fundamento trigésimo tercero).

Aunado a ello, mediante la Casación N° 631-2015/AREQUIPA (fundamento cuarto), estableció que el peligro procesal, a más de ser el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva, éste tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos.

2018-PHC/TC (acumulado al anterior), fundamento 34, 36 y siguientes (caso Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

Como puede advertirse, es sumamente clara la posición que adopta la Corte Suprema sobre la importancia del peligro procesal para la prisión preventiva, sin embargo, en relación a su modo configuración y exigencia de necesidad, no especifica cómo debe estructurarse el peligro procesal en la prisión preventiva que diste del peligro procesal de las demás medidas de coerción personal.

Al respecto, en afán de unificar criterios sobre los presupuestos de la prisión preventiva y otras instituciones jurídicas, la Corte Suprema convocó a un plenario jurisdiccional (Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 del 10 de septiembre del 2019) y en ella abarcó precisamente el peligro procesal de la prisión preventiva en sus dos vertientes.

Como primer aspecto de análisis, estableció que el *periculum libertatis* direcciona el fin que cumple la prisión preventiva y representa su propia constitucionalidad. Asimismo, siguiendo al profesor Ortells Ramos, precisó que el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, son circunstancias constitutivas del riesgo y, las constancias de su consagración, son circunstancias acreditativas del riesgo (fundamento 39 del Acuerdo Plenario N° 01-2019).

Sobre esa base, apuntando a la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva, estableció que el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa, que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de la investigación, *la probabilidad de estos peligros debe ser alta* (fundamento 40 del acuerdo plenario N° 01-2019). Sin embargo, mediante la Casación N° 1445-2018/NACIONAL (fundamento tercero), precisó que el estándar probatorio de probabilidad alta no es la de sospecha grave o fundada exigible para la determinación del *Fumus Comissi delicti*, es decir, el entendido que se le podría dar al estándar probatorio de probabilidad alta en el peligro procesal, no es el que está plasmado en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 (fundamento 24.D).

Claramente, el Acuerdo Plenario N° 01-2019 marcó una pauta muy importante sobre el peligro procesal de la prisión preventiva, ya que destacó que la

configuración del peligro procesal debe ser alta (no se define la estructuración del marco alto), no obstante, posteriormente retrocede y precisa que la probabilidad alta en el peligro procesal no debe ser entendida como el estándar de sospecha grave o fundada exigible para la determinación del *fumus comissi delicti*.

En esa línea, la primera circunstancia constitutiva del riesgo procesal viene a ser el peligro de fuga y está regulada en el literal c) del artículo 268° del NCPP, en dicho precepto se precisa que ésta circunstancia se dará cuando el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, tratará de eludir la acción de la justicia.

Como primer aspecto, debemos precisar que la estructuración del peligro de fuga, también del peligro de obstaculización de la investigación, versa en razón de dos aspectos: I) los antecedentes y II) las circunstancias del caso particular, sobre esa base se debe presentar una probabilidad alta del riesgo; sin embargo, mediante el Acuerdo Plenario 1-2019, la Corte Suprema estableció ciertos matices en la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva en algunos casos, como por ejemplo, cuando se trate de aquellos delitos que son cometido por organizaciones criminales. En esas situaciones, solo el quantum de la pena y la gravedad del delito serían pautas sólidas (fundamento 37 del Acuerdo Plenario N° 01-2019) para sustentar el peligro de fuga e imponer la prisión preventiva. Sin embargo, mediante la Casación 1640-2019/NACIONAL, da vuelta y destaca que si se trata de una organización delictiva, es de rigor valorar si ésta permanece activa (probar que está activa), con qué recursos cuenta, el número de integrantes con capacidad de realizar maniobras de ocultación del imputado, etc. no podría ser de recibo el solo hecho de mencionar la existencia de una supuesta organización criminal.

Ahora bien, para calificar el peligro de fuga, el código estableció cinco circunstancias (artículo 269 del NCPP), no obstante, como ya lo hemos señalado, entendemos que no son exclusivos para calificar el peligro de fuga de la prisión preventiva, sino, pueden ser utilizados para determinar el peligro procesal de

cualquiera de las medidas de coerción personal. Siendo ello así, ¿Cómo estructurar la probabilidad alta del peligro procesal de la prisión preventiva?

La Corte Suprema destacó en el Acuerdo Plenario 1-2019 (fundamento 42), que las situaciones específicas enumeradas en el artículo 269° del NCPP deben estar regidas bajo tres lineamientos: I) Que se invoquen como tales, como justificativas del peligro, II) Que se acrediten desde una sospecha fuerte, que no necesariamente debe ser urgente, pero a la vez los medios de investigación o de prueba adjuntados indiquen cómo así el imputado podrá eludir la acción de la justicia, que tenga la oportunidad de hacerlo y III) Que las inferencias probatorias racionalmente utilizadas autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga. Aunado a ello, resaltó algunos factores que anteriormente no eran visibles y exige que deben ser analizados en conjunto con las condiciones personales del imputado y las circunstancias del caso concreto, nos referimos al factor tiempo o incidencia del transcurso del tiempo y a la intensidad del juicio de ponderación.

Sobre este último, la Corte Suprema ha precisado que por el factor tiempo se debe entender que los requisitos exigidos en un momento inicial no son los mismos que los que deben exigirse con posterioridad para decretar la prisión preventiva, por tanto, en un principio cabría admitir una motivación basada únicamente en criterios como la gravedad del delito y de la pena, y mientras va avanzando el caso (transcurso del tiempo), la aplicación de la medida exigiría una ponderación más individualizada (circunstancias personales del preso preventivo).

La gravedad del delito y de la pena, como bien lo ha reconocido la Corte Suprema, son criterios abstractos, ya que la sola imputación de un delito que presenta una pena alta sería suficiente y generaría una aplicación automática. Por tanto, el factor tiempo, ciertamente es un factor importante en la exigencia de acreditación del peligro procesal, sin embargo, consideramos que la posición que adoptó la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario solo podría ser de recibo en situaciones de flagrancia delictiva, ya que, aunado a la gravedad del delito y la pena, claramente se presentaría una situación dominante como es la detención en flagrancia y obviamente la emisión de una sentencia no podría extenderse

ampliamente (Es plausible afirmar que el imputado fugará por la forma en la que fue capturado y por la suficiencia probatoria que existe en su contra).

Ahora, respecto del segundo factor (el factor de la intensidad en el juicio de ponderación), la Corte Suprema, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia recaída en el caso *W vs Suiza* del 26 de enero de 1993) y al Tribunal Constitucional Español (STCE 62/1996 del 15 de abril, fundamento 5to.), estableció que la imposición o ratificación de la prisión preventiva variará según el momento procesal. Esta conclusión se fundaría en que el mero transcurso del tiempo disminuiría el peligro de fuga, ya que si bien es cierto que la gravedad del delito y de la pena podrían constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo de fuga, no contrarrestable con una medida de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilitaría por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso preventivo.

Nos queda claro que, en situaciones como la flagrancia delictiva, la gravedad del delito y de la pena bastaría para la imposición de una prisión preventiva de corta duración, no obstante, en los casos donde no concurra una circunstancia de flagrancia delictiva, estos dos criterios de carácter abstracto no serían suficientes y se tendría que generar una línea de configuración del peligro procesal de la prisión preventiva atendiendo a su intensidad.

Por otro lado, no compartimos el fundamento del factor tiempo en su totalidad, ya que, lo que se estaría afirmando es que, al inicio de todos los casos, para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, bastaría la gravedad del delito y de la pena. Esta posición nos llevaría a aceptar que, al inicio de todos los casos “graves” (presumimos que son todos aquellos delitos cuya pena sea superior a los 4 años), la aplicación de la prisión preventiva sería ordinaria y mientras va transcurriendo el tiempo se determinaría si se tuvo razón o no en imponer la prisión preventiva, esto vulneraría gravemente el principio de proporcionalidad y el derecho de presunción de inocencia.

Ahora, en cuanto al peligro de obstaculización de la investigación (artículo 270° del NCPP), la Corte Suprema (fundamento 47 del Acuerdo Plenario 1-2019) precisó que esta circunstancia constitutiva está dirigida a evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para actuar de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que se pudieran obtener y así obstruir la investigación, y para su configuración, se tendría que contar con datos objetivos y sólidos.

En esa línea, la Corte Suprema, siguiendo el Informe CIDH 2/97 del 11 de marzo de 1997 párrafo 34, precisó que en esta circunstancia constitutiva del riesgo ha de *valorarse y concluir, por parte del imputado, una capacidad y aptitud* de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de convicción, asimismo (fundamento 50 del Acuerdo Plenario 1-2019), que esta circunstancia se supedita a dos fines: I) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar *sean relevantes* para el enjuiciamiento del objeto penal, esto es, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado; y, II) que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de investigación o de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados, peritos o quienes pudieran serlo. La Fiscalía debe aportar *datos acerca de la existencia real* del riesgo de obstaculización.

Por otro lado, la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 1-2019, también resaltó que los actos que están dirigidos al ejercicio del derecho de defensa o la conducta pasiva del procesado (falta de colaboración del imputado en la investigación), deben estar excluidos como criterios para determinar el peligro de obstaculización de la investigación, asimismo, que el antídoto contra este riesgo no está destinado a mermar el derecho de defensa, por ello el juez está facultado para hacer saber al imputado que va a ordenar su ingreso en prisión en función de la *actitud que adopte en el proceso* con relación al esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien, con relación al debilitamiento, disminución o desaparición del riesgo de obstaculización, la Corte Suprema estimó que se daría en 4 situaciones: I) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices al

juicio, II) en la proporción y en la medida en que las investigaciones sean efectuadas y las pruebas concluidas, III) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente o IV) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles, por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados. Así también (fundamento 55 del Acuerdo Plenario 1-2019), que esta circunstancia, a diferencia del peligro de fuga, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad. Es una circunstancia del peligro de menor entidad expansiva en orden al tiempo de vigencia de la medida, pues es posible que pueda ser eliminado con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba material y anticipación probatoria en el caso de la prueba personal.

Desde esa perspectiva, queda claro que cuando se presenta una situación que desaparece el peligro de obstaculizar de la investigación, obviamente la necesidad de aplicar cualquier medida de coerción personal sería innecesaria, no obstante, cuando disminuye o se debilita, cabe la posibilidad de aplicar una medida de acuerdo a la intensidad del peligro procesal.

2.4. Posición del Ministerio Público:

El Ministerio Público, como parte en el proceso penal, necesariamente tiene que observar la jurisprudencia vinculante y, claro está, la doctrina; no obstante, emite directivas con el objeto de regular la actuación de los fiscales al momento de requerir la prisión preventiva y de generar cierto consenso dentro de su institución sobre esta medida de coerción personal.

En ese entendido, esta entidad autónoma precisó que para requerir la prisión preventiva se debe considerar: la “Circular sobre la prisión preventiva”, la flexibilidad de los criterios contenidos en los artículos N° 269° y 270° del NCPP, el factor temporal en relación al proceso penal, las circunstancias sobre la aptitud del imputado para provocar su ausencia, la gravedad de la pena y el arraigo. Sumado a estos factores, para sustentar el peligro de fuga o el peligro de obstaculización de

la investigación, el Fiscal debe hacerlo desde la perspectiva del imputado y del hecho que se le atribuye¹⁰³.

Asimismo, compartiendo la posición de que existen principios que limitan el uso de la prisión preventiva, la Fiscalía de la Nación determinó que los requerimientos de prisión preventiva (escrito y oral) deben sustentarse sobre la base de los principios de objetividad, legalidad, proporcionalidad y autonomía¹⁰⁴.

La posición del Ministerio Público no establece ni resalta el carácter excepcional de la prisión preventiva, pero resalta que los requerimientos de prisión preventiva deben darse sobre la base de varios principios, entre ellos, del principio de proporcionalidad y sobre el análisis de ciertos criterios; sin embargo, no precisa una distinción del peligro procesal de la prisión preventiva en relación al peligro procesal de las demás medidas de coerción personal o en qué condiciones, atendiendo al peligro procesal, se deben dar las demás medidas de coerción personal.

Finalmente, siendo únicamente parte en el proceso, el requerimiento del Ministerio Público, previo debate, será sometido a la decisión jurisdiccional y es esta última la que debe explicar de cuándo sí y cuándo no la imposición de la prisión preventiva, esta entidad, en el extremo del peligro procesal, es la que debe, primero, verificar la concurrencia del peligro procesal, y segundo, que ésta, por su intensidad, solo pueda ser neutralizada por la prisión preventiva.

¹⁰³ Directiva 0005-2016-MP-FN de agosto del 2016. Actuación Fiscal en el Procedimiento de la Prisión Preventiva y su Apelación en los Distritos en los que aún no se Implementa Íntegramente el Código Procesal Penal.

¹⁰⁴ Directiva 0005-2015-MP-FN. Actuación Fiscal en Casos de Detención en Flagrancia Delictiva, Proceso Inmediato y Requerimiento de Prisión Preventiva. Enlace: <http://www.ramosdavila.pe/media/Directiva-N%C2%BA-05-2015-MP-FN.pdf>, visitada el 03 de mayo del 2020.

2.5. Indicativo de la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva en la práctica judicial:

La manera más idónea para mostrar un indicativo sobre la correcta o errada configuración del peligro procesal de la prisión preventiva, es sumergiéndonos en la práctica judicial. En el presente título deseamos analizar algunas resoluciones emitidas por el 1er Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional, con el objeto de mostrar las falencias que existen en relación a la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva.

[CASO 1]:

DATOS:

- SALA PENAL NACIONAL.
- PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL.
- EXPEDIENTE N° 16-2017-10
- DELITO: LAVADO DE ACTIVOS.
- AGRAVIADO: ESTADO.
- IMPUTADO: MIGUEL ANGEL NAVARRO PORTUGAL.

FUNDAMENTOS DEL PELIGRO PROCESAL:

5.1.2 En el caso concreto del investigado, la prognosis de la pena sería como mínimo ocho años de pena privativa de la libertad. ¿Por qué razones? Porque es la pena mínima por este delito y además, no se habría presentado ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que determine una aplicación por debajo del mínimo legal, por ejemplo no se ha determinado la complicidad secundaria, la tentativa, ni otra circunstancia que atenúe la circunstancia por debajo del mínimo legal.

5.1.3. En cuanto a la aplicación de una pretendida confesión sincera, el despacho considera que todavía es prematuro hablar de ello, por cuanto la aplicación de la confesión sincera tiene varias fases: La primera es que el propio investigado preste declaración espontánea y acepte los cargos en su totalidad y no por partes, además se exige para que opere la confesión sincera que estos datos que brinda el investigado deben estar corroborados con otros elementos de convicción, en ese sentido, pretender aplicar la circunstancia privilegiada de la confesión sincera resultaría ser prematuro, por ende, el despacho no descarta que pueda aplicarse en la medida que se corrobore la afirmación y exista todos los presupuestos exigidos por la confesión sincera tal como lo ha explicado didácticamente el representante del Ministerio Público, en ese sentido, se tiene por cumplido el segundo presupuesto de la prisión preventiva.

SEXTO: ANALISIS DEL TERCER TEMA REFERIDO AL PELIGRO PROCESAL

6.1. En el presente caso, el despacho va a analizar diversos factores si se configura o no el peligro procesal del investigado.

6.1.1 El primer tema que se analiza es el arraigo, cuando se habla del arraigo se tiene que hablar de un arraigo integral y éste implica el arraigo domiciliario, laboral, familiar, económico y todos los signos que garanticen que el investigado no va a eludir la acción de la justicia, en esos términos, es que debe ser entendido el concepto de arraigo, de tal suerte que lo que interesa analizar es la calidad del arraigo donde se está invocando un determinado caso concreto para establecer si se cumple o no con el mismo, en el presente caso de Navarro Portugal

¿Qué tenemos?

a) Alega su defensa técnica que posee arraigo domiciliario y familiar; y para tal efecto habría presentado diversos documentos como recibos de servicio eléctrico, y además habría sostenido que en dicho domicilio habita con su familia.

El despacho considera que su arraigo domiciliario y familiar por ahora, no sería atendible, dado que, cuando se produce la intervención del investigado en su domicilio se encuentran bienes u objetos relacionados con los hechos que se están investigando al margen de que el propio investigado pueda decir que los entregó voluntariamente al Ministerio Público, lo cierto es que, la atmosfera que rodea esta información es que la Fiscalía ingresó a su domicilio allanando su morada y es en esa circunstancia que el investigado brinda dicha información, es decir, se encontraba dentro de la esfera del dominio del Ministerio Público, por ende, alegar tener arraigo domiciliario y familiar no es atendible por la sencilla razón que en dicho domicilio se encontraron objetos vinculados al

RICHARD AUGUSTO ORCIBENA CABRERA
JEFE DEL PRIMER JUZGADO DE EJECUCIÓN
PUNTA CANALES

KARLA DESH-GLER PALACIOS OLIVA
JUEGA DE LA FISCALIA
AUDIENCIAS
JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL
PUNTA CANALES

Página 13 de 17

hecho materia de investigación, por lo tanto, el despacho considera que el arraigo domiciliario y familiar que invoca la defensa del investigado no es de calidad.

b) En cuanto al arraigo laboral, el despacho lo desestima dado que, en la revisión de la documentación se verifica labores o actividades de hechos pasados y no hechos actuales, es decir, no ha presentado documentación actual respecto a la actividad económica de este investigado, consecuentemente para el despacho el investigado no tendría calidad de arraigo intensificándose el peligro que en libertad pueda eludir la acción de la justicia e incluso pueda perturbar la actividad probatoria.

6.1.2 Un segundo dato que debería tenerse en cuenta es la facilidad que tendría el investigado para salir de país, de una simple revisión de su movimiento migratorio a folios 34 se verifica que el investigado tiene un movimiento migratorio importante lo cual grafica la intensidad que tendría para salir del país y para eludir la acción de la justicia, en esa medida, la facilidad que tiene el investigado para salir del país pone de manifiesto que en libertad podría eludir la acción de la justicia tal como ha ocurrido con el investigado Cuba Hidalgo.

6.1.3 Un tercer dato del peligro procesal es la gravedad de la pena, por ende, al investigado le espera una pena grave, en esa medida, por ser el pronóstico de pena elevado para el investigado se infiere que en libertad pueda darse a la fuga dado que, el quantum mismo de la pena evidencia la elusión de la acción de la justicia.

6.1.4. Un cuarto dato, a tener en cuenta es la magnitud del daño causado, en este caso se aprecia del delito de lavado de activos y de montos relevantes y significativos que se habrían pagado por concepto de sobornos a funcionarios peruanos los cuales habrían ido a parar a presuntos testaferros, entre ellos Navarro Portugal quien sería testaferro de Cuba Hidalgo, con ello se pone de manifiesto la magnitud del daño causado hacia el Estado Peruano básicamente por el pago millonario de sobornos perjudicando el erario nacional y la transparencia que deben llevar los procesos de licitación pública.

6.1.5 Un quinto dato a tener en cuenta es la pertenencia a una organización criminal, sobre este punto el despacho considera que sí existen elementos de la existencia de una organización criminal creada, y gestada con la empresa Odebrecht puesto que, de ser una empresa societaria paso a convertirse con un alto grado de probabilidad en una empresa criminal que se dedicó a pagar sobornos para obtener obras públicas en diferentes partes del mundo (Latinoamérica, Brasil y otros países del mundo) y que uno de los pagos por sobornos se habrían realizado por obras públicas en el Perú, concretamente en los tramos 1 y 2 del Metro de Lima.

¿Qué concluye el despacho?

Que el solo hecho de haber creado esta maquinaria para pagar sobornos y recibir adjudicaciones ~~devela toda~~ una estructura criminal creada y gestada de manera cautelosa, con diversos órganos para la realización de estos presuntos actos de corrupción referidos al pago de sobornos por cuanto se contaba con una división especializada para el pago de sobornos, además de tener todo un grupo de asesores para establecer cuales serían los lugares de destino con los bancos donde se efectuarían los pagos por sobornos, en el

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION FERRELLANO
JUEZ EN PRIMER APELLADO (CONCORDIA)
PUNTO VENTANILLA

ALBERTO PALACIOS OLIVERA
SECRETARIO JUDICIAL DE ASESORIA
PUNTO VENTANILLA

Página 14 de 17

presente en la Banca Privada D'Andorra para el caso de Navarro Portugal, por ende al haberse establecido la existencia de una presunta organización criminal donde el investigado Navarro Portugal habría realizado actos de colaboración con esta organización criminal en su función de servir de testaferro a Cuba Hidalgo quien habría influenciado a los miembros del comité para la construcción de los tramos 1 y 2 del Metro de Lima, consecuentemente conculcando estos factores se advierte que existe el peligro procesal del presente investigado por su facilidad para salir del país, la gravedad de la pena que se le espera imponer, la magnitud del daño causado sobre estos actos ilícitos al Estado Peruano y por la colaboración a una organización criminal que devala peligro fuga y de obstaculización, en ese sentido, el despacho da por cumplido el tercer presupuesto material de la prisión preventiva.

SETIMO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

- 7.1. El despacho considera que se ha cumplido con los tres presupuestos materiales para dictar prisión preventiva, en principio correspondería aplicar prisión preventiva al investigado, pero además se exige al margen del cumplimiento de estos presupuestos si la aplicación de la medida es proporcional o no al caso concreto.
- 7.2. En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad del investigado Miguel Ángel Navarro Portugal, el despacho considera lo siguiente.

¿Qué cosa significa aplicar el principio de proporcionalidad?

7.2.1 Significa aplicar los sub principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad propiamente dicho, que sería lo que nos enseña la doctrina Constitucional, pero aplicando el caso concreto tenemos lo siguiente.

7.2.2 En cuanto al principio de idoneidad, el despacho considera que la prisión preventiva es una medida idónea aplicable al investigado Navarro Portugal Miguel Ángel atendiendo a que se considera la medida más eficaz para asegurar la presencia del mismo en el Perú y para asegurar su presencia para los fines del presente proceso penal dado que, en libertad, es altamente probable que pueda ser captado por otros miembros de esta presunta organización criminal con el ánimo de fugarse u obstaculizar la actividad probatoria.

7.2.3 En cuanto al principio de necesidad, debe tenerse cuenta cuales son las diversas medidas que pueden aplicarse a un determinado investigado, y la lógica es aplicar una medida menos gravosa en la medida que cumpla con la misma finalidad que la medida más gravosa, que en el presente caso concreto, se tiene un escenario en el cual tenemos la aplicación de la medida más gravosa, una medida intermedia que sería la comparecencia con restricciones sujeta a reglas de conducta, y la medida de comparecencia simple, es evidente que la comparecencia con restricciones así como la comparecencia simple son medidas menos gravosas en comparación al mandato de prisión preventiva; sin embargo, el despacho considera que estas dos últimas medidas no cumplen con la finalidad de la prisión preventiva dado que, es altamente probable que el investigado en libertad pueda fugarse del país, perturbar la actividad probatoria, tal como

RICHARD AUGUSTO CARRERA COTRUANCHO
JUEZ DEL TRIBUNAL PENAL EN INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA NACIONAL

MARÍA DESUNGLE PALACIOS OLIVERA
FISCAL DE JUVENILES
Página 15 de 17

OBSERVACIONES:

1. Como primera observación, podemos advertir que el juzgado posee un concepto equivocado respecto de algunos criterios para determinar el peligro de fuga; por ejemplo, en relación al análisis del arraigo (fundamento 6.1.a y b), precisa que el procesado no tendría un arraigo de calidad porque al allanarse su inmueble se habría encontrado bienes y objetos relacionados con los hechos que se le investiga, por tanto, el argumento de tener arraigo no sería atendible. Sumado a ello, el juzgado también precisó que no tendría arraigo laboral porque los documentos que presentó refieren a un trabajo pasado y no a uno actual en ese momento.

En consecuencia, para el juzgado, el procesado no tendría calidad de arraigo y de esta manera se intensificaría el peligro de fuga, inclusive el peligro de obstaculización de la investigación.

En primer lugar, el arraigo es el establecimiento de una persona en un lugar determinado por su vinculación con otras personas o cosas, ¿por el hecho de que la Fiscalía haya encontrado bienes u objetos que supuestamente tendrían relación con el hecho que se le investiga, el arraigo desaparece? Definitivamente el juzgado yerra en entender el concepto de arraigo.

Por otro lado, sobre la base del allanamiento, el juzgado presume la existencia del peligro de obstaculización en la investigación, sin embargo, no toma en cuenta que la Fiscalía, al momento de realizar el allanamiento y encontrar los documentos y bienes, de alguna forma aseguró las fuentes de prueba.

2. La segunda observación se da en torno al fundamento 6.1.2. Establece el juzgado que el procesado, por tener un movimiento migratorio en el pasado (no se da el movimiento migratorio en el ínterin del proceso penal), graficaría una facilidad para salir del país, por ende, la fuga del imputado.

Verificar la existencia de fuga a partir de este criterio, denota la explicación de los motivos que llevó a salir del país al procesado, es decir, verificar el motivo por el que salió, el tiempo que se quedó fuera del país, la posesión o no de bienes en el

extranjero, etc. El hecho de haber salido del país, per se, no puede significar la fuga, porque el imputado habría podido salir de vacaciones, por alguna fiesta, etc.

3. Asimismo, el juzgado utiliza el criterio de la gravedad de la pena que, doctrinaria y jurisprudencialmente, es considerado como un criterio abstracto (no necesita mayor análisis). Aunado a ello, tomó en consideración el criterio de la magnitud del daño causado y precisó que el delito imputado refiere al lavado de activos y de sobornos millonarios que habrían perjudicado el erario nacional y la transparencia que deben llevar los procesos de licitación pública.

Con esta justificación, el juzgado pone en evidencia que de lo que se trata es de un anticipo de castigo, ya que como el delito imputado es de lavado de activos y habrían ocurrido sobornos millonarios, se tendría que limitar la libertad del procesado. Claramente con esta justificación se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia, ya que el juzgado le asigna una finalidad distinta de la cautelar a la prisión preventiva.

4. Por último, el juzgado toma en cuenta el criterio de pertenencia del imputado a una organización criminal, no obstante, el juzgado únicamente hace mención a la empresa Odebrecht y ningún aspecto en particular sobre el imputado.
5. Ahora, en relación al principio de necesidad (fundamento 7.2.3.), el juzgado considera que la medida de comparecencia con restricciones no cumpliría con la finalidad de la prisión preventiva porque sería altamente probable que el imputado en libertad pueda fugarse o perturbar la actividad probatoria, tal como ocurrió con otros investigados, por ende, la única medida eficaz en el caso sería la prisión preventiva.

En línea general, las medidas de coerción personal deben ser utilizadas sobre la base de una estricta necesidad y, al ser la prisión preventiva la medida de última ratio para garantizar el normal desarrollo del proceso penal, únicamente debe neutralizar un peligro procesal desbordante capaz de incapacitar a las demás

medidas de coerción personal. Asimismo, ante la inexistencia de una situación de flagrancia delictiva, la estructuración del peligro procesal debe ser de manera escalonada y solo en situaciones donde se evidencie un peligro procesal desbordante podrá aplicarse la prisión preventiva.

En el caso concreto, el juez únicamente, para sustentar la necesidad de la prisión preventiva, se limitó en afirmar que las medidas “alternativas” no cumplirían con la finalidad de la prisión preventiva. Aunado a ello, precisó que se fugaría o perturbaría la actividad probatoria porque ello habría ocurrido con otros imputados.

Claramente no hay ninguna justificación sobre la necesidad de la prisión preventiva, por último, si el juez de investigación cree que no hay arraigo de calidad, ¿Por qué no utilizar reglas de conducta para arraigar al procesado? Y si cree que tiene facilidad para salir del país ¿por qué no disponer el impedimento de salida? El juez no explica del porqué de la supuesta incapacidad de las demás medidas para neutralizar el peligro procesal que evidenció. Ahora, en relación a la sospecha del peligro de obstaculización de la investigación, ésta no se funda en nada, no posee base alguna que lleve a determinar esta circunstancia del peligro, sin embargo el juez lo da por hecho.

Finalmente, precisó que las demás medidas de coerción personal no cumplirían con la finalidad de la prisión preventiva, pero ¿Cuál es la finalidad que posee la prisión preventiva que no posea las demás medidas de coerción personal? Todas están dirigidas a un objetivo, garantizar el normal desarrollo del proceso penal, no se le puede asignar otra finalidad, si ello ocurre, se estaría transgrediendo el derecho fundamental de presunción de inocencia.

[CASO 2]:

DATOS:

- SALA PENAL NACIONAL.
- PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL.
- EXPEDIENTE N° 243-2017-25-5001-JR-PE-01

- DELITO: COHECHO PASIVO PROPIO, COLUSIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS.
- AGRAVIADO: ESTADO.
- IMPUTADO: SANTIAGO ANDRÉS CHAU NOVOA.

FUNDAMENTOS DEL PELIGRO PROCESAL:

5.3. Como tercer dato, a tener en cuenta es porque ni siquiera podría aplicarse una pena por debajo del mínimo legal de cada uno de los delitos imputados, atendiendo a que en principio no se visualiza ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que haga prever que se va a aplicar una pena por debajo del mínimo legal.

Consecuentemente por cumplido el segundo presupuesto, de la prisión preventiva, respecto a éste imputado.

SEXTO: ANÁLISIS DEL TERCER TEMA (REFERIDO AL PELIGRO PROCESAL)

6.1. En primer lugar: cuando se habla del peligro procesal, puede referirse al peligro de fuga o al peligro de obstaculización.

Respecto del peligro de fuga, el artículo 269° del Código Procesal Penal, estableció un catálogo de criterios para establecer el peligro de fuga, ocurriendo lo mismo con el artículo 270° del mismo cuerpo legal, en la cual se ha establecido un catálogo de criterios, que permiten establecer cuando estamos frente a un peligro de obstaculización.

Además hay que tener en cuenta, que éste catálogo de criterios, no es un catálogo cerrado conforme establece la Casación de Moquegua, sino es un catálogo regido por el sistema de *numerus apertus*, según el cual pueden ser esos criterios, como cualquier otro parecido a ellos, en la medida de que ponga de manifiesto peligro de fuga o peligro de obstaculización de un determinado investigado.

6.2. En segundo lugar:

6.2.1. Respecto al arraigo del investigado, debemos tener en cuenta el arraigo en su integridad, el arraigo domiciliario, familiar, laboral, económico y cualquier otra circunstancia que ponga de manifiesto que el imputado no va a eludir la acción de la justicia, en función a que se encuentra arraigado o vinculado a un determinado lugar y que va ser fácilmente ubicable, frente a cualquier llamado de la justicia o cuando tenga que adoptarse una decisión judicial respecto a él.

- Respecto al *arraigo domiciliario*, el *arraigo familiar*, éste despacho, la va a dar por acreditado.
- Con relación al *arraigo laboral*, que ha planteado la defensa técnica del imputado en el sentido que trabaja en OCEAN BLUE OPERADORES E.I.R.L, como dependiente y para tal efecto ha presentado documentales como AFP y una boleta de pago.

RECEBIÓ EL DÍA 15/05/2018 A LAS 10:00 HORAS EN EL OFICINA DE LA FISCALÍA DE LA J. P. N. DE MOQUEGUA

[Firma]
 ROSA VERA R. CARRILATANTA
 ESPECIALISTA DE ASISTENCIAS
 Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
 Poder Judicial Nacional

Este despacho considera que para evaluar en rigor un arraigo laboral, debe ser evaluado no solamente en función a su carácter cuantitativo sino también a su carácter cualitativo, en buena cuenta lo que se busca establecer, es la calidad del arraigo.

Asimismo hay que tener en cuenta el dato de que quien contrata y controla ésta persona jurídica, es el propio investigado, esto no quiere decir que sea ilícito, sino que éste dato pone de manifiesto de que su arraigo laboral no sería de calidad, dado que como él mismo controla la empresa, es el trabajador de la empresa, no existen las suficientes garantías, que puedan dar por cumplido el arraigo de éste investigado, a una determinada actividad laboral, dado que, por la misma posición que tiene en la empresa, es fácilmente que se desvincule de la misma en cualquier momento.

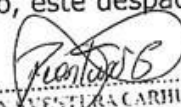
Distinto es el caso de un trabajador público o privado que sostiene un contrato a plazo indeterminado, con una determinada empresa o con una determinada entidad pública, donde la vinculación con la actividad laboral es mucho más intensa, por el tema de la subsistencia económica en sí misma y porque no tiene control sobre la empresa, el trabajador tiende a no desvincularse a su empleador, con lo cual se establece un grado más intenso de vinculación y de arraigo, lo cual no ocurre en el caso del investigado, en donde el mismo es trabajador y al mismo tiempo controla la empresa, por lo tanto el arraigo que invoca, no es de calidad.

6.2.2. Existen otros datos a tener en cuenta respecto al peligro procesal, en el presente caso, es la facilidad que éste investigado tendría para salir del país en cualquier momento, y esto se pone de manifiesto con el movimiento migratorio que tiene éste investigado.

De hecho su movimiento migratorio devela que en cualquier momento podría salir del país por lo siguiente:

- a) El primer dato, tiene que ver desde enero del 2017, no habría salido al extranjero, y que si hubiera querido hacerlo ya lo hubiera hecho. Esta articulación se toma con las reservas del caso, porque a esa fecha no existía imputación en contra de éste investigado, distinto es el escenario actual, en donde el Ministerio Público ya le ha imputado cargos ya ha pedido prisión preventiva en su contra, en la cual su situación debe evaluarse en función al contexto actual.
- b) El segundo dato, tiene que ver con el pasaporte que ha entregado en este acto a este despacho, este despacho ya ha tenido ocasión

22


ROXANA VENTURA CARHUATANTA
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
del Poder Judicial del Perú

de pronunciarse en otros casos frente a entregas de pasaporte de imputados y para salir al extranjero hay países donde no se requiere presentar el pasaporte, basta salir con el DNI, no solamente por vía aérea sino también por vía terrestre e incluso por las fronteras, así que este dato también se toma con las reservas del caso.

- c) En conclusión el tema del arraigo domiciliario, familiar que sí se ha establecido y el arraigo laboral que no es de calidad, este despacho entiende que es de mediana entidad, porque nada garantiza que este imputado no eluda la acción de la justicia en cualquier momento.

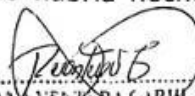
6.2.3. El tema de la gravedad de la pena, sobre este investigado se cierra una pena grave, una pena que va a superar los 4 años de pena privativa de la libertad y este dato hace prever que en cualquier momento pueda eludir la acción de la justicia, porque es previsible que se le va imponer una pena efectiva en grado de pronóstico.

6.2.4. El otro dato a tener en cuenta es la magnitud del daño causado, cuando la Casación de Moquegua habla de la magnitud del daño causado está siendo alusión a la gravedad de los cargos que pesan sobre un determinado imputado, y este dato de la gravedad de los cargos pone de manifiesto muchas veces de que el imputado trate de eludir la acción de la justicia.

El presente caso respecto al investigado evidencia gravedad de los cargos, no se le está imputando delitos comunes sino delitos graves, con penas altas, pero este despacho quiere graficar la gravedad del injusto penal que se le está imputando en grado de probabilidad:

- La gravedad de los cargos está en función a que se tratan de delitos en las cuales valiéndose de su condición de funcionarios público habría recibido pagos indebidos \$. 400.000.00 (cuatrocientos mil dólares).
- La gravedad de los cargos también está en función de que a cambio de ese dinero habría favorecido con la buena pro y de manera indebida a empresas al consorcio del cual formaba parte ODEBRECHT.
- La gravedad de los cargos también esta graficado en el hecho de que este pago indebido que habría recibido al final de cuentas se trasladaría en perjuicio del Estado por cuanto la gente que ha pagado este pago indebido lo habría hecho a título de inversión

INVESTIGACION


ROXANA VENTURA CARHUATANTA
ESPECIALISTA EN AUDIENCIAS
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal

que luego habría tratado de recuperarlo, sea con adicionales o con traslado al costo económico mismo de las obras.

- La gravedad se visualiza en el perjuicio que significa para la transparencia que debe regir en todo proceso de contratación pública, y sobre todo la gravedad se expresa en que el modus operandi de estos pagos indebidos se habría hecho a través de operaciones estructuradas complejas mediante offshore y en paraísos fiscales, para evitar que puedan ser descubiertos por las autoridades peruanas. Todos estos datos de la gravedad de los cargos también ponen de manifiesto peligro procesal de este imputado.

6.2.5. El otro dato es el tema de la vinculación de este investigado a la presunta organización criminal Odebrecht, este despacho quiere hacer una pequeña digresión, es cierto que este investigado no se le está imputado ser parte de una organización criminal, lo que este despacho esta graficando como un criterio de peligro procesal, es el tema de la vinculación de este investigado con esta empresa criminal que sería Odebrecht.

¿Por qué hablamos de vinculación con una empresa criminal?

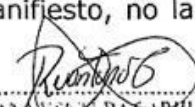
En primer lugar: las imputaciones que se ha hecho en el presente caso es una imputación genérica sobre la existencia de una presunta organización criminal y eso está plasmado en la Disposición Fiscal N°8 - punto15 efectuado por el propio Ministerio Público.

Una empresa criminal que habría utilizado toda su logística para efectuar pagos indebidos a funcionarios públicos en diferentes partes del mundo, para obtener la buena pro en los procesos de contratación pública.

Este dato de la vinculación, constituye un criterio de peligro procesal, no hay que olvidar que los criterios del peligro procesal, no es una cláusula cerrada, sino pueden ser otros distintos a lo que están en el listado, en la medida que tengan la misma esencia, o que compartan el mismo concepto.

Lo que quiere retratar en este punto este despacho es que el hecho de haber tenido vinculación con esta presunta organización criminal, es lo que ha permitido que hasta la fecha haya estado impune este hecho respecto a este investigado o que haya sido descubierto por las autoridades de persecución penal, y este dato debe tenerse en cuenta como peligro procesal, jurisprudencialmente este criterio ya ha sido adoptado en el Caso - Nadine Heredia Alarcón y Ollanta Humala Tasso, en la cual se puso de manifiesto, no la pertenencia de estos

INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES
FISCAL
INVESTIGACION


RONNY VENTURA CARHUATANTA
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
Calle Perú 5100001

imputados a una organización criminal, sino su vinculación para evitar el descubrimiento del delito.

Consecuentemente existiendo varios criterios propios del peligro procesal, como sería la gravedad de la pena, la magnitud del daño causado, la vinculación que habría tenido el imputado con una presunta organización criminal, la facilidad que tendría este imputado para salir del país, grafican el peligro que este imputado en cualquier momento podría eludir la acción de la justicia, existe un riesgo serio, inminente y actual sobre ello, por más que haya entregado el pasaporte y que no haya salido del país desde enero del presente año.

Una cosa es que el imputado este en el país y otra cosa distinta es que este en el extranjero, un imputado esta en el extranjero se tiene que recurrir a los mecanismos de cooperación internacional para traerlo de vuelta en el país, tal como ha ocurrido en otros casos. Consecuentemente este despacho va dar por acreditado el peligro procesal.

SÉTIMO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

7.1 En cuanto al principio de idoneidad, este despacho considera que el mandato de prisión preventiva si es un mecanismo idóneo, tanto para la averiguación de la verdad así como para el tema concerniente a su aseguramiento de cara a la decisión definitiva.

7.2 En cuanto al principio de necesidad, importa identificar medios alternativos, medios gravosos a la prisión preventiva y preguntarse si estos medios alternativos menos gravosos a la prisión preventiva, cumplen o no la finalidad que la prisión preventiva, es claro que si estos mecanismo menos gravosos si cumplen la misma finalidad que la prisión preventiva debe optarse por una medida menos gravosa, caso contrario si se trata de medios alternativos menos gravosos que no cumplen con la finalidad de la prisión preventiva hay que optar por la prisión como mecanismo excepcional.

Este despacho identifica en el caso concreto del investigado como medidas alternativas la comparecencia con restricciones dado que no se le puede aplicar el arresto domiciliario que se aplica en determinados casos puntuales, ni el impedimento de salida que también se aplica bajo determinados presupuestos, solo habría que

ROXANA VENTURA CARHUATANTA
JUEZ DEL TRIBUNAL DE INVESTIGACION

Roxana
ROXANA VENTURA CARHUATANTA
ESPECTADORA DE AUDIENCIAS
Módulo del Nueve Código Procesal Penal
Juzgado Penal Nacional

analizarse el tema de la comparecencia con restricciones como un mecanismo alternativo menos gravoso.

¿La comparecencia con restricciones cumple con la finalidad de la prisión preventiva?

Este despacho considera que no, por cuanto la simple imposición de reglas de conducta del investigado no va impedir de que este investigado pueda eludir la acción de la justicia, básicamente en función a hecho de que a este investigado le espera una pena grave, por cuanto los cargos que pesan contra él son graves, además por la facilidad que este imputado tiene para salir del país, y por el hecho asimismo de la vinculación que habría tenido con una presunta organización criminal Odebrecht.

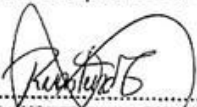
Hay diversos factores de peso para entender de que la comparecencia con restricciones con imposición de reglas de conducta no garantizaría la sujeción de este investigado para los fines del proceso, el hecho de la firma cada 60 días no impide que pueda salir del país, el hecho mismo de requerírsele autorización judicial tampoco impediría que pueda salir del país.

Atendiendo a ello, este despacho entiende que es necesario imponerle prisión preventiva a este investigado, por más que haya entregado su pasaporte dado que el hecho de entrega de pasaporte no garantiza que no pueda salir del país, por cuanto hay países con el Documento Nacional de Identidad se puede salir del país.

7.3 En cuanto al principio de proporcionalidad, se hace un inventario de los beneficios y del costo que implica aplicar la prisión preventiva, detectamos que el costo sería sacrificar la libertad individual de este investigado, pero entre los beneficios sería asegurar la presencia de este investigado para los fines del proceso.

Otro beneficio sería el tema de evitar el peligro de obstaculización a la actividad probatoria; asimismo, afirmar la eficacia del sistema de persecución penal, atendiendo a que una cosa es que el imputado tenga la facilidad para salir del país y otra cosa es que se encuentre arraigo o vinculado al país, de cara que responde frente a la justicia.

PROSECUCCIÓN GENERAL
JUZGADO EN PRIMERA INSTANCIA
F. 10/08/2018


ROXANA VENTURA CARHUATANTA
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
Tala Penal Nacional

Consecuentemente este despacho entiende que esta medida es proporcional para el caso concreto, por ende se le va imponer prisión preventiva.

OCTAVO: ANÁLISIS SOBRE EL PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

8.1 El despacho va imponerle como plazo de prisión preventiva (18) dieciocho meses, atendiendo a las diligencias que va a programar el Ministerio Público, conforme lo han indicado en el punto 2 de la Disposición Fiscal N°06, de fecha 18 de diciembre del 2016; asimismo hay que tener en cuenta la disposición de inicio de la investigación preparatoria en este caso, donde se han programado una serie de diligencias, muchas veces que tiene producirse en el extranjero, donde se va a requerir de la asistencia de Cooperación Judicial Internacional.


8.2 Por otro lado, este despacho entiende de que este plazo de prisión preventiva no solamente contempla el plazo para efectos de la investigación preparatoria, sino hasta que se defina la situación jurídica final del investigado. Es decir tiene en cuenta la etapa intermedia y el juicio oral, dado que la lógica de una prisión preventiva, es el aseguramiento de todo investigado para los fines de la decisión final.

Por tales consideraciones, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional de la Sala Penal Nacional; **RESUELVE:**

I. **Declarar FUNDADO el requerimiento de prisión preventiva** planteado por la representante del Ministerio Público y en consecuencia se impone mandato de prisión preventiva en contra del investigado **SANTIAGO ANDRES CHAU NOVOA**, por el plazo de 18 meses, en la investigación que se le sigue por los presuntos delitos de Cohecho Pasivo Propio, Colusión y Lavado de Activos; en agravio del Estado.

II. **DISPONE CURSAR los oficios** para su inmediata ubicación y captura a nivel nacional e internacional, a efectos de que sea ubicado, traslado e internado en el Establecimiento Penitenciario que corresponda.

RICHARD AUGUSTO DE LA TORRE
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL


ROXANA VENTURA CARRIACANTA
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

OBSERVACIONES:

1. Como primera observación, podemos advertir que el juzgado posee un concepto equivocado respecto de algunos criterios para determinar el peligro de fuga; por ejemplo, en relación al análisis del arraigo (fundamento 6.2.1.), precisó que el procesado si tendría arraigo domiciliario y familiar, no obstante, no sería de calidad porque estaría trabajando en su propia empresa y fácilmente se podría desarraigar

En primer lugar, el arraigo, en su vertiente laboral, refiere a la capacidad o fuente de subsistencia del procesado. En el caso concreto, es una persona que regente su propia empresa y ella es su fuente de subsistencia, por tanto, si existiría el arraigo y el juzgado yerra en entender el concepto de arraigo en su dimensión laboral.

2. La segunda observación se da en torno al fundamento 6.2.2.a.: El imputado, antes de que se le pueda procesar, no salió del país durante un año anterior al inicio del proceso penal, es más, mostrando una actitud positiva, dispuso la entrega de su pasaporte, no obstante, el juzgado razonó y estableció que para salir al extranjero hay países donde no se requiere presentar pasaporte, bastaría la sola presentación del DNI, por tanto, no garantizaría que el imputado no fugue.

Verificar la existencia de fuga a partir de este criterio, denota la explicación: primero, de verificar a que países salió anteriormente, en que países posee bienes inmuebles donde se pudiera instalar. En el caso concreto, el juzgado no toma en cuenta la actitud del procesado (entregar pasaporte), sino, todo lo contrario, presume que emprendería la fuga porque en algunos países (no precisa cuales) se puede ingresar solo con la presentación del DNI. Claramente dicha justificación no puede ser de recibo, más aún, si el solo hecho de cruzar la frontera no puede significar un peligro.

3. Por otro lado, el juzgado utiliza el criterio de la gravedad de la pena que, doctrinaria y jurisprudencialmente, es considerado como un criterio abstracto

(no necesita mayor análisis), sumado a ello, tomó en consideración el criterio de la magnitud del daño causado y precisó que los cargos que se le imputan al procesado estarían en relación con pagos indebido (sobornos que se habrían recibido en respuesta de un favorecimiento en la buena pro al consorcio que Odebrecht integraba).

Asimismo, la gravedad del delito se habría magnificado porque el perjuicio se habría trasladado al Estado y porque el favorecimiento significó un perjuicio para la transparencia que debe regir en todo proceso de contratación pública

Con esta justificación, el juzgado puso en evidencia que de lo que se trata es de un anticipo de castigo, ya que, como se habría tratado de sobornos con montos significativos y con ello se habría perjudicado la transparencia de un proceso de contratación, se tendría que limitar la libertad del procesado. Claramente, con esta justificación se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia, ya que el juzgado le asigna una finalidad distinta de la cautelar a la prisión preventiva.

4. Por último, el juzgado toma en cuenta el criterio de la vinculación del imputado a una organización criminal (criterio que se encuentra mucho más alejado de la posible pertenencia), y precisa que, si bien es cierto al encausado no se le está atribuyendo la pertenencia a una organización criminal, se debe tomar en cuenta esta circunstancia, ya que el hecho de haber tenido vinculación con dicha organización criminal (Odebrecht) permitió que hasta del inicio del proceso estuviese impune.
5. Ahora, en relación al principio de necesidad (fundamento 7.2.), el juzgado considera que la medida de comparecencia con restricciones no cumpliría con la finalidad de la prisión preventiva, porque la simple imposición de reglas de conducta al investigado no impediría que pueda fugarse. Esta deducción se daría en función a que la pena es grave, los cargos que pesan sobre el imputado son graves, que habría facilidad del imputado para salir del país pese a que entregó su pasaporte y porque estaría vinculado a una presunta organización criminal.

El fundamento que expone el juzgado para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva y sustentar su necesidad, es totalmente abstracto. Primero analizó el arraigo, en su análisis estableció que no habría calidad de arraigo (y por tanto no habría arraigo) porque el imputado subsistiría a través de su empresa, es decir, trabajaría en su propia empresa.

Este razonamiento es totalmente arbitrario. El arraigo, en su vertiente laboral, exige identificar una fuente de subsistencia y el imputado del caso concreto lo tiene, no obstante, el juzgado explica que como la empresa es del imputado, se puede desvincular fácilmente y fugarse. Razonar de esa forma es únicamente especular sobre la base de una posibilidad genérica y abstracta.

Ahora, en relación a la gravedad del delito y de la pena, no se necesita realizar mayor análisis, no obstante, el juzgado reflexiona profundamente sobre la gravedad de los cargos, los montos que el imputado habría recibido producto de supuestos pagos indebidos y el supuesto favorecimiento con la buena pro a la empresa ODEBRECHT.

Por otro lado, sobre la sustentación de la necesidad de imponer la prisión preventiva, el juzgado establece que sería necesaria la prisión preventiva por cuanto la imposición de reglas de conducta no impediría la fuga del encausado, ello básicamente por *la gravedad de la pena, la gravedad de los cargos, la facilidad de salir del país (a pesar de haber entregado su pasaporte, entiende el juzgado que a otros países –no precisa cuales- se puede ingresar con pasaporte) y porque supuestamente HABRÍA tenido vinculación con una organización criminal (no estaría vigente la actividad de la organización criminal).*

Como se puede ver, para el juzgado, la necesidad de imponer la prisión preventiva únicamente pasa por verificar criterios abstractos. Si ello es así, lo que se estaría generando es que en la mayoría de casos se imponga la prisión preventiva (los criterios abstractos –a excepción de la pertenencia a una organización criminal-, en la mayoría de casos donde la pena es superior a los cuatro años, siempre están presentes).

Finalmente, el juzgado nuevamente resaltó que las demás medidas de coerción personal no cumplirían con la finalidad de la prisión preventiva, pero ¿Cuál es la finalidad que posee la prisión preventiva que no posea las demás medidas de coerción personal? Todas están dirigidas a un objetivo, garantizar el normal desarrollo del proceso penal, no se le puede asignar otra finalidad, si ello ocurre, se estaría transgrediendo el derecho fundamental de presunción de inocencia.

[CASO 3]:

DATOS:

- SALA PENAL NACIONAL.
- PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL.
- EXPEDIENTE N° 16-2017-74
- DELITO: COLUSIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS.
- AGRAVIADO: ESTADO.
- IMPUTADO: FERNANDO GONZALO CAMET PICCONE, JOSÉ CASTILLO DIBOS, GONZALO FERRARO REY, HERNANDO GRAÑA ACUÑA Y JOSÉ GRAÑA MIRO QUEZADA

FUNDAMENTOS DEL PELIGRO PROCESAL:

de que se le adjudique los tramos II y III a cambio del pago de una comisión ilícita.

- d) Ante ello tenemos diversos factores que nos obligan a compensar, solamente como factor de atenuación, tendríamos un solo factor, el tema de la carencia de antecedentes penales y como factores de agravación hemos citado tres factores en grado de pronóstico; consecuentemente este despacho va a situar el pronóstico de la pena en el tercio que va entre cinco a seis años; este despacho concluye en relación al investigado **José Alejandro Graña Miro Quezada**, imputado por el delito de colusión, que el pronóstico de la pena en su caso va a superar los cuatro años de pena privativa de la libertad, consecuentemente se ha cumplido con el pronóstico de la pena superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, respecto a los cinco imputados.

5. FUNDAMENTO JURÍDICO: Peligro Procesal


5.1. Sobre el peligro procesal, un primer punto que analizaremos es el tema del arraigo.

- a) Para efectos del arraigo vamos a tener en cuenta el arraigo domiciliario, familiar, económico, laboral e incluso su facilidad o no para salir del país dado que todos ellos en conjunto deben evaluarse a fin de establecer si los investigados presentan arraigo de calidad o no la tienen, no se trata de cantidad, sino de la calidad del arraigo de tal suerte que se garantice que los investigados no van a eludir la acción de la justicia.

- En caso de los cinco investigados, este despacho va a dar por sentado que tienen arraigo domiciliario, familiar e incluso arraigo económico.

- Sin embargo respecto al arraigo que tiene que ver con su actividad económica como ciudadanos que habrían realizado operaciones financieras de cara a la participación en los procesos de los tramos II y III de la interoceánica, este despacho la va a tomar con las reservas del caso dado que valiéndose de esa actividad económica es que habrían incidido en los delitos que les habría imputado el Ministerio Público de colusión y de lavado de activos.

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CARHUANCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL


ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

51

Asimismo el otro dato a tener en cuenta es la facilidad que tendrían para salir del país, es claro que por su capacidad económica y por el movimiento migratorio es claro que podrían salir del país, lo cual se ve acentuado aún más tratándose de los investigados **Gonzalo Ferraro Rey**, que tiene nacionalidad italiana y **José Alejandro Graña Miro Quezada**, que tiene también nacionalidad italiana.

En conclusión el tema del arraigo domiciliario, familiar y económico son criterios para fijar el arraigo en suma son criterios referenciales, porque lo único que debe tenerse en cuenta a propósito del arraigo es si en conjunto garantiza o no si el imputado va a eludir o no la acción de la justicia y por lo pronto el arraigo de actividad económica y de su facilidad para salir del país se encuentra por lo menos en entredicho.


Por lo que este despacho concluye que el arraigo en el caso de los cinco investigados no sería de una calidad e intensidad plena que garantice que no van a eludir la acción de la justicia.

5.2. Con respecto a la gravedad de la pena es claro de que a los cinco investigados les espera una pena grave e incluso superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, lo cual hace un pronóstico de pena efectiva, atendiendo a los delitos que se les imputa a cada uno de los investigados; este criterio de la gravedad de la pena, hace prever que en libertad podrían eludir la acción de la justicia.

5.3. El criterio de magnitud del daño causado, en el caso de los investigados **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone** y **José Fernando Castillo Dibós** ocurre que se les ha imputado dos delitos colusión y lavado de activos.

5.3.1. En el caso del delito de colusión, hay que tener en cuenta que se trata de un delito de naturaleza grave que se exige a propósito del daño causado, conforme a la Casación de Moquegua, dado que al integrarse a este pacto colusorio sostenido inicialmente entre **Jorge Henrique Simoes Barata** con **Alejandro Toledo Manrique** y aceptar también contribuir en la parte proporcional en el pago de esta comisión ilícita a cambio de que se les adjudique los tramos II y III habría distorsionado el principio de transparencia que debe regir en todo proceso de contratación pública y estaría causando un perjuicio potencial al patrimonio del estado, dado que este costo económico que habría asumido Odebrecht y que sería

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CARHUANCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIO


ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Modulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

52

trasladable a las demás empresas consorciadas en la cual habría intervenido los cinco investigados, generaría perjuicio potencial.

- a) En el caso concreto de **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone** y **José Fernando Castillo Dibos**, al patrimonio del estado dado que por lo general cuando se hacen estos gastos se tiende a trasladar el peso económico de estos pagos ilícitos al costo mismo de la obra y además porque esto habría recaído sobre obras públicas de gran envergadura como tramos II y III de la carretera interoceánica y por montos altos y que para ser favorecidos incluso pagaron comisiones.
- b) Como se puede ver existen varios criterios que nos llevan a concluir de que los cargos que se imputan a **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone** y **José Fernando Castillo Dibos**, sólo por el delito de colusión, son de naturaleza grave.

5.3.2. Y tratándose del delito de Lavado de Activos, igualmente es de naturaleza grave atendiendo a que se pretendería ocultar el origen ilícito, esto es las ganancias provenientes de la actividad criminal previa, que sería el delito de colusión y que parte de estas ganancias las habrían cedido a favor de la empresa Odebrecht bajo el disfraz o el ropaje jurídico de la cesión de utilidades por concepto de riesgos adicionales y/o mayores riesgos, cuando en rigor se trataría de ocultar su verdadera esencia que vendría a ser el reembolso que tendrían que hacer las tres empresas consorciadas JJ Camet Constratistas Generales S.A, Graña y Montero S.A, e Ingenieros Civiles y Contratistas S.A, a favor de la empresa Odebrecht por esta comisión ilícita que habría pagado a favor de **Alejandro Toledo Manrique** para que sean favorecidos con la adjudicación de los Tramos II y III.

5.3.3. Tratándose del imputado **José Alejandro Graña Miro Quesada**, a quien se le imputa el delito de colusión, se advierte la naturaleza grave por lo que ya se expuso el delito de colusión en la cual habría intervenido con el hecho de que al haberse integrado este pacto colusorio inicial habría distorsionado el principio de transparencia que debe regir en todo proceso de selección de obras públicas del estado, se estaría causando un perjuicio potencial al patrimonio del estado, se estaría incidiendo sobre obras públicas de gran envergadura y por montos altos e incluso pagándose comisiones para ser favorecidos en

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CARHUANCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIO INICIAL

ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Modulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

obras públicas tramo II y tramo III, de donde se grafica la gravedad del delito que se le imputa por colusión a **José Alejandro Graña Miro Quesada**, otro dato de peligro procesal.

5.3.4. Finalmente a **Gonzalo Ferraro Rey y Hernando Alejandro Constancio Graña Acuña**, a quienes se les imputa el delito de lavado de activos, igualmente se advierte la naturaleza grave de este delito atendiendo a que a través del ropaje jurídico de la cesión de sus utilidades a favor de Odebrecht habría pretendido ocultar su verdadera naturaleza o esencia de estos pagos que vendrían a ser no otra cosa que el reembolso por la comisión ilícita que habría pagado Odebrecht a favor de **Toledo Manrique**, para que se les adjudique los Tramos II y III de la carretera interoceánica con lo cual se concluye de que está presente la magnitud del daño causado concretizado en la naturaleza grave de los cargos que se les imputa a los cinco investigados.

5.4 El otro criterio tiene que ver con la vinculación, con una presunta organización criminal.


a) Respecto al peligro de fuga y al peligro de obstaculización, en el artículo 269 y 270 están los criterios para establecer cuando estamos ante un peligro de fuga o ante un peligro de obstaculización; pero estos criterios mencionados expresamente en el Artículo 269° y 270°, no son taxativos, es decir no son *numerus clausus*, o pueden ser otros distintos a los mencionados en el Artículo 269° y 270°.

b) De acuerdo a la casación de Moquegua se ha establecido que estos criterios del peligro de fuga y del peligro de obstaculización no son criterios taxativos, pueden ser otros en la medida que grafiquen peligro de fuga o peligro de obstaculización.

c) En el presente caso en concreto cuando se habla de la organización criminal, no se está hablando de que estos cinco investigados sean integrantes de la Organización Criminal, sino se está hablando de la vinculación de estos cinco investigados con esta presunta organización criminal, concretamente con la empresa criminal denominada Odebrecht.

d) Con relación a la existencia de la Organización Criminal, ha quedado plasmado en la Disposición Fiscal N° 6 cuando se ha hecho alusión a la

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CASHUANCHO
JUEZ DEL PP-1100 JUEZ DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL


ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Modulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

54

existencia de una presunta Organización Criminal, en este caso identificado en la Empresa Odebrecht, que sería una empresa criminal de carácter nacional e internacional que a cambio de pagos ilícitos habría buscado la adjudicación de obras públicas, no solamente en el Perú si no en diversas partes del extranjero.

e) La vinculación de la presunta Organización Criminal, con los cinco investigados, se establece en base a dos cuestiones puntuales:

- ✓ La primera de ellas es que los cinco investigados habrían coordinado de manera subrepticia con esta empresa criminal Odebrecht a efectos de adjudicarse obras públicas concretamente los tramos II y III de la interoceánica a cambio de pago de comisiones ilícitas, de tal manera que inicialmente tenemos un pacto colusorio inicial de **Alejandro Toledo Manrique** con **Jorge Henrique Simoes Barata** al cual luego se integran los representantes de las tres empresas peruanas que se consorcia Graña y Montero S.A, JJ Camet Constratistas Generales S.A, e Ingenieros Civiles y Contratistas S.A, incluso el otro dato clave es que habrían trabajado estos cinco investigados mediante tratos debajo de la mesa, lo que quiere decir que bajo la apariencia de legalidad de estos riesgos adicionales es que las tres empresas reembolsan el pago que inicialmente realizó Odebrecht a favor de **Alejandro Toledo Manrique** por concepto de comisión ilícita a cambio de que se les adjudique los tramos II y III, con lo cual se pone de manifiesto que esta vinculación de estos cinco investigados con la empresa criminal podría generar potencial peligro de fuga y potencial peligro de obstaculización a la actividad probatoria por la sola vinculación y exposición con una presunta organización criminal, tanto más si es que todos sus representantes están en estos momentos fuera del país.

5.5. Sobre la Obstaculización a la Actividad probatoria, este despacho ha escuchado la justificación que han dado las defensas técnicas de los cinco investigados para justificar el título por el cual las tres empresas habrían cedido parte de sus utilidades a la empresa Odebrecht, han presentado diversa documentación para justificar y tendrían que ver con estos riesgos adicionales.

Este despacho ha evaluado estas documentales que han presentado los investigados para sustentar la cesión de parte de sus utilidades de las tres empresas peruanas a favor de Odebrecht, además este despacho ha concluido

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CARIJUNCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA N.º 1

ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

55

analizando estos documentos justificatorios que más que justificar habrían sido cedidos para regularizar e incluso para ocultar su origen ilícito, es decir este despacho identifica una clara conducta de obstaculización a la actividad probatoria que si bien no ha sido invocada expresamente por el Ministerio Público sin embargo del análisis de la propia presentación de los documentos por parte de la defensa técnica de los investigados se clarifica esta conducta de obstaculizar la actividad probatoria presentando documentos con el objeto de pretender maquillar con alto grado de probabilidad el verdadero motivo por el cual cedieron, que no sería otra cosa que el reembolso por esta comisión ilícita inicial que habría pagado Odebrecht a favor de **Toledo Manrique** para que se les adjudique la buena pro en los tramos II y III de la carretera interoceánica.

Con esto damos por configurado el peligro procesal de los cinco investigados.

6. FUNDAMENTO JURÍDICO: Proporcionalidad de la medida

6.1. Sobre la **Proporcionalidad de la medida**, se evaluara en el caso concreto los tres puntos **Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad** en estricto sentido.

6.1.1. **Idoneidad:** La medida de prisión preventiva es idónea para asegurar la presencia de los investigados para los fines del presente proceso, este despacho considera que si, dado que este mecanismo, si bien es cierto el más gravoso pero a la vez es el instrumento procesal más eficaz para garantizar la vinculación de los cinco investigados para los fines del presente proceso para evitar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización a la actividad probatoria (mientras dure el proceso); consecuentemente la prisión preventiva es idónea para los cinco investigados.

6.1.2. **Necesidad:** La necesidad es confrontar la prisión preventiva con otros medios alternativos menos gravosos a la prisión preventiva, de ser el caso entre ellos podríamos tener el arresto domiciliario, cuando se configura la causal correspondiente, la comparecencia con restricciones o incluso cualquier otra medida que sea menos intensa a la prisión preventiva (que sirva para garantizar la sujeción de los investigados al proceso), la lógica es que si se detecta una medida alternativa menos gravosa que cumple con la misma finalidad que la prisión preventiva, es claro que debe optarse por la medida menos gravosa, pero si se detecta que esta medida

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CARRUANCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL

ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

56

menos gravosa no cumple la misma finalidad que la prisión preventiva, en ese caso si resulta necesaria la prisión preventiva.

a) En el tema de la necesidad vamos a evaluar en dos bloques, en el primer bloque vamos a evaluar la necesidad de los investigados **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibos, Hernando Alejandro Constancio Graña Acuña y José Alejandro Graña Miro Quezada.**

✓ **Tratándose de los investigados Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibos,** este despacho entiende que si comparamos la medida de prisión preventiva que podría imponérsele con otras medidas alternativas menos gravosas como vendría a ser la comparecencia con restricciones, este despacho considera que la comparecencia con restricciones no cumpliría la misma finalidad que la Prisión Preventiva, atendiendo básicamente al peligro de fuga que se cierne sobre estos investigados, básicamente por el hecho de la gravedad de la pena por la magnitud del daño causado por su vinculación con una presunta Organización Criminal Odebrecht y por el hecho de que pretenderían perturbar la Actividad Probatoria con la documentación que se ha presentado, razón por la cual este despacho considera que la Comparecencia con Restricciones no cumple con la misma finalidad que la prisión preventiva, razón por la cual la prisión preventiva si es necesaria con respecto a los investigados **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibos.**

✓ **Tratándose de los investigados José Alejandro Graña Miro Quezada y Hernando Alejandro Constancio Graña Acuña,** quienes en la actualidad cuentan con 66 y 72 años, en principio podría aplicárseles arresto domiciliario, este despacho sopesando entre el mandato de prisión preventiva y arresto domiciliario, considera que el arresto domiciliario sería insuficiente en su caso, atendiendo básicamente al peligro de fuga que ya se ha dado cuenta, respecto de los demás investigados, gravedad de la pena, el tema concerniente la magnitud del daño causado, su vinculación a una presunta Organización Criminal y el hecho sobre todo con la presentación de documentos estarían pretendiendo perturbar la

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CARRUJANCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL

ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Module del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

57

actividad probatoria, razón por la cual para estos investigados es necesaria la prisión preventiva.

Distinto es el caso del imputado Gonzalo Ferraro Rey, en principio le corresponde la prisión preventiva, atendiendo al peligro de fuga y al peligro de obstaculización que hemos dado cuenta, sobre todo presentando documentos con la finalidad de maquillar estas utilidades que habrían cedido a favor de la empresa Odebrecht.

Sin embargo en este ámbito se va a tener en cuenta el estado de salud actual que presentaría este investigado **Gonzalo Ferraro Rey**, conforme al Informe Médico que ha alcanzado con fecha 01 de diciembre del 2017, y en la cual se ha dado cuenta de lo siguiente en principio vamos a asumir determinado grado de veracidad del documento, con cargo luego a que lo verifique el Ministerio Público.

Ha dado cuenta que:

*...El Señor **Gonzalo Ferraro Rey**, es paciente de 61 años de edad que ha sido visto, por mi persona por presentar ganglios aumentados en dimensión en la región cervical derecha.*

Estos ganglios fueron sometidos hace cinco días a biopsia de aspiración siendo el resultado Carcinoma Epidermoide de alta agresividad metastásico de origen no determinado.

En el estudio con Pet Scán a cuerpo entero se ha determinado un área de alta función metabólica correspondiente a neoplasia maligna originada en la amígdala derecha.

Este diagnóstico de alta agresividad requeriría urgentemente de tratamientos combinados de cirugía para la disección radical de las cadenas cervicales derecha y posteriormente tratamiento con agentes quimioterápicos determinados por el resultado del estudio inmuohistoquímico.

Este tratamiento intenso debe tener una duración de más de seis semanas solo en lo que se refiere a radioterapia con un tiempo posterior mucho mayor destinado al tratamiento quimioterápico...

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CABRERACHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL

ROSARIO EBETH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Modulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

58

Este informe señala de que el paciente va a ser sometido a un prolongado protocolo diario e inclusive con algunas hospitalizaciones intermedias.

Este estado de salud, este despacho la va a asumir en principio como cierta con alto grado de probabilidad y este motivo de salud, de una enfermedad grave que se refiere al cáncer va a justificar que en el presente caso en concreto no se le imponga prisión preventiva.

Sino se le va a imponer una medida menos gravosa alternativa, en este caso un arresto domiciliario, que vamos a radicarlo en el hospital, claro está bajo reglas de conducta y bajo un plazo, entre ellas, un plazo de 18 meses de arresto domiciliario, el mismo que va a cumplir en la clínica Anglo Americana que vamos a detallar.

Le vamos a asignar custodia policial de dos efectivos policiales, se le va a prohibir comunicarse con sus co-investigados y con el colaborador.

Asimismo va a estar sujeto a vigilancia, de tal suerte que va a tener que habilitar un teléfono con WhatsApp a efectos de que pueda ser controlado por la Fiscalía y por el juzgado, sin perjuicio de que la Fiscalía constate el estado de salud que dice este informe.

Es claro de que si este informe no responde a la realidad la Fiscalía podrá solicitar lo que corresponda de acuerdo a ley, obviamente esto se va a verificar por el Ministerio Público, pero atendiendo a su estado de salud grave que se le va a imponer una medida alternativa como la detención domiciliaria, por ser más proporcional y por cumplir con la misma finalidad, a pesar de estar patente el peligro de fuga y el peligro de obstaculización.

6.1.3. Proporcionalidad: En cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, tratándose de los cuatro investigados excepto **Gonzalo Ferraro Rey**, es claro de que la libertad va a tener que ceder ante el aseguramiento de los cuatro investigados, me refiero a **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone**, **José Fernando Castillo Dibos**, **Hernando Alejandro Constancio Graña Acuña** y **José Alejandro**

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CABRIBANCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL

ROSARIO EDITH ARIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Modulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

59

Graña Miro Quezada, básicamente porque son mayores las ventajas a las desventajas.

Las ventajas es que se van a asegurar a los cuatro investigados para los fines de aseguramiento del presente proceso y se va a conjurar el peligro de fuga que se cierne en estos cuatro investigados y se va a conjugar el peligro de obstaculización de estos cuatro investigados y sobre todo se va a afirmar el principio de igualdad no solamente en la dación de una ley sino en la aplicación de la ley.

Hemos visto casos en donde a un efectivo policial que recibe una coima de cien a doscientos soles se le termina aplicando una Prisión Preventiva, hemos visto casos en donde prácticamente alguien que se descarrila bajándose del cerro San Cosme y mata a varias personas termina con Prisión Preventiva.

La pregunta es, hay que aplicar la ley en igualdad de condiciones para todos y en ese sentido este despacho considera de que afirmando el principio de igualdad, este despacho considera que si se dan los ingredientes del peligro de fuga, peligro de obstaculización en el caso de los cuatro investigados que ya hemos mencionado.

En la cual, la única desventaja sería privarle de su libertad ambulatoria, tanto más si los hechos que se les imputa son de naturaleza grave, se les imputa no haber participado en colusiones de poca escala, estamos hablando de los tramos II y III de la carretera interoceánica, obras importantes, obras en donde se ha negociado por bastante cantidad de dinero y en las cuales incluso se habrían acordado pago de comisiones ilícitas a cambio de que se le favorezca en la adjudicación de la buena pro, nada menos que al Ex-presidente de la República **Alejandro Toledo Manrique**, distorsionando el principio de transparencia que debe regir en los procesos de contratación pública y sobre todo en obras de gran envergadura, siendo personas concedoras del ámbito de la construcción y teniendo muchos conocimientos en la materia; razón por la cual mayores son las ventajas a las desventajas de privarle su libertad ambulatoria, en esa medida es proporcional en estricto sentido aplicarle Prisión Preventiva a los cuatro investigados.

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CABRERANCHO
JUEZ DEL PP 1ER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL

ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Modulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

60

La **proporcionalidad en estricto sentido** respecto a **Gonzalo Ferraro Rey**, sería a propósito del arresto domiciliario, plazo que vamos a fijar más adelante.

7. FUNDAMENTO JURÍDICO: Duración de la prisión preventiva.

7.1 Sobre la duración de las medidas a aplicarse.

7.1.1 Tratándose de la Prisión Preventiva, a los cuatro investigados **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibos, Hernando Alejandro Constancio Graña Acuña y José Alejandro Graña Miro Quezada**, se va a fijar un plazo de Prisión Preventiva de 18 meses, atendiendo al plazo de la investigación preparatoria y teniendo en cuenta el tiempo que va a demorar transitar no solamente la Investigación Preparatoria sino también la etapa intermedia y también el juicio oral hasta que se dilucide su situación jurídica final, teniendo en cuenta las diligencias que deben practicarse mediante la Cooperación Judicial Internacional durante la etapa de la Investigación Preparatoria para el cabal esclarecimiento de los hechos, por lo que se trata de un plazo legal y razonable al presente caso en concreto.

7.1.2 Tratándose del arresto domiciliario para **Gonzalo Ferraro Rey**, a fin de sujetarlo al presente proceso, es que se le va a aplicar, arresto domiciliario por igual plazo para asegurarlo durante todo el proceso penal no solamente durante la investigación preparatoria sino también Etapa Intermedia y Juicio Oral, teniendo en cuenta las diligencias que tiene que practicarse durante la Investigación Preparatoria las cuales demandarán que se practiquen diligencias ante el extranjero mediante la Oficina de Cooperación Judicial Internacional.

7.1.3 Prisión Preventiva por el plazo 18 meses para cuatro investigados y solamente para **Gonzalo Ferraro Rey**, arresto domiciliario por 18 meses en ambos casos.

Por estas consideraciones el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional **RESUELVE:**

RICHARD AUGUSTO CONCEPCION CARHUANCHO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION
PREPARATORIA NACIONAL

ROSARIO EDITH ARRIOLA ASCORBE
ESPECIALISTA DE AUDIENCIAS
Modulo del Nuevo Código Procesal Penal
Sala Penal Nacional

61

OBSERVACIONES:

1. Como primera observación, podemos advertir que el juzgado, en principio, da por sentado que los 5 procesados tienen arraigo en sus tres dimensiones, no obstante, no sería de “calidad”, porque valiéndose de su actividad económica habrían incidido en los delitos de colusión y lavado de activos. Sumado a ello, tendrían facilidad para salir del país por la capacidad económica que poseen, más aún, si los procesados Gonzalo Ferraro Rey y José Alejandro Graña Miro Quezada tienen nacionalidad italiana.

En primer lugar, el análisis del arraigo denota si el procesado posee un establecimiento en un lugar por su vinculación con personas (familiares), con sus bienes y con su fuente de subsistencia. El tener arraigo no garantiza que el procesado no va a fugar, únicamente expone una noción de desmotivación. En el caso concreto, el juzgado concretamente sustenta una inexistencia de arraigo porque la capacidad económica de los procesados les habría permitido incidir en los delitos de colusión y lavado de activos. Esto último ¿hace que los procesados ya no tengan alguna vinculación con personas, con sus bienes y no tengan fuentes de subsistencia? Claramente este criterio disminuye más bien el peligro procesal.

Por otro lado, el juzgado afirma que existiría facilidad para salir del país, y por ende un peligro de fuga latente, porque los procesados tendrían capacidad económica, tendrían movimientos migratorios y porque dos de ellos tendrían nacionalidad italiana. Sobre ello, en primer lugar, sería un acto discriminatorio establecer el concreto peligro de fuga por la sola capacidad económica, por los viajes que habrían realizado y por la nacionalidad extranjero que dos de los imputados tienen.

2. Otro criterio que el juzgado utilizó es la gravedad de la pena. Este criterio, doctrinaria y jurisprudencialmente, es considerado como un criterio abstracto e insuficiente para determinar la aplicación de la prisión preventiva (no necesita mayor análisis que la sola imputación), sumado a ello, tomó en consideración el criterio de la magnitud del daño causado y precisó, en

relación al delito de colusión, que es un delito grave y que con su ejecución se habría distorsionado el principio de transparencia que debe regir en todo proceso de contratación pública y estaría causando un perjuicio potencial al patrimonio del Estado. Ahora, en relación al delito de lavado de activos, también se sería de naturaleza grave porque se habría pretendido ocultar el origen ilícito de activos, esto es, las ganancias provenientes de una actividad criminal previa.

La gravedad del delito (magnitud del daño causado), es un criterio que refleja abstracción al igual que la gravedad de la pena, el TC, la CIDH han sostenido que solo estos criterios no podrían denotar un peligro de fuga para imponer la prisión preventiva, no obstante, su consideración no puede ser obviada, solo es insuficiente para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva.

3. Por último, en relación al peligro de fuga, el juzgado precisa que los procesados no son integrantes de una organización criminal, sino, estaría hablando únicamente de una vinculación a una organización criminal (criterio que se encuentra mucho más alejado de la posible pertenencia), sin embargo, por esta sola vinculación se denota un potencial peligro de fuga y peligro de obstaculización
4. Ahora, en relación al peligro de obstaculización de la investigación preparatoria, el Ministerio Público nunca mencionó en su requerimiento la existencia de este peligro, no obstante, el juzgado advirtió este peligro en razón de que las defensas de los procesados presentaron documentos para explicar el tema de los riesgos adicionales, sin embargo, el juzgado determinó que con ello se habría clarificado la conducta de obstaculizar la actividad probatoria, ya que supuestamente pretendieron maquillar el verdadero motivo por el cual cedieron. Este fundamento claramente restringe el derecho de defensa.
5. Sobre el principio de necesidad (fundamento 6.1.2.), el juzgado estableció que la comparecencia con restricciones no cumpliría la misma finalidad que la prisión preventiva, ello atendiendo principalmente a la gravedad de la

pena, a la magnitud del daño causado, su vinculación a una organización criminal y por el hecho de que pretendieron perturbar la actividad probatoria con el documento que se ha presentado. En relación al procesado Gonzalo Ferraro Rey, la prisión preventiva no sería necesaria por su estado de salud

Como se puede verificar, el juzgado configuró el peligro procesal de la prisión preventiva únicamente con criterios abstractos. Bajo ese contexto, la prisión preventiva se hace ordinaria cuando se imputa un tipo penal que posee una pena superior a 4 años.

Por otro lado, si se presenta un nivel de peligro procesal capaz de incapacitar a las demás medidas de coerción personal, en principio la prisión preventiva sería necesaria, sin embargo, en un análisis de proporcionalidad estricta no se le impondría prisión preventiva por una circunstancia especial y por humanidad, nos referimos a la salud. En el caso concreto, el juzgado establece equivocadamente que la prisión preventiva no sería necesaria para el procesado Gonzalo Ferraro Rey porque se encontraría mal de salud.

[CASO 4]

DATOS:

- SALA PENAL NACIONAL.
- PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL.
- EXPEDIENTE N° 124-2016-28-5001-JR-PE-01
- DELITO: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS AGRAVADO.
- AGRAVIADO: ESTADO.
- IMPUTADO: OSCAR RODRÍGUEZ GÓMEZ.

FUNDAMENTOS DEL PELIGRO PROCESAL:

SEXTO: Análisis del tercer tema, en cuanto al peligro procesal

En cuanto al peligro procesal este Despacho considera que se ha configurado el peligro procesal de este investigado Oscar Rodríguez Gómez, en base a lo siguiente:

- 6.1 **Primero** respecto a la gravedad de la pena, como a este investigado le espera una pena grave, es razonable suponer que en libertad - indudablemente con un alto grado de probabilidad - eludiría la acción de la justicia.
- 6.2 **Segundo**, se debe tener en cuenta con relación a este investigado, la conducta de quebrantar las normas del Establecimiento Penitenciario, por cuanto a pesar de estar cumpliendo condena por tráfico ilícito de drogas, Oscar Rodríguez Gómez habría utilizado la línea telefónica 954459566 para realizar actos relativos al tráfico ilícito de drogas, circunstancia que hace prever su conducta de eludir la acción de la justicia indudablemente.
- 6.3 **Tercero**, otro criterio a tener en cuenta, es su pertenencia a una organización criminal, en este sentido para este Despacho existe un alto grado de probabilidad que este investigado sea líder de esta presunta organización criminal, situación que explicita el peligro de fuga y peligro de obstaculización, pues se dice que existen indicios sobre la existencia de una presunta organización criminal, atendiendo a que para sacar cargamentos de drogas de tal envergadura del VRAEM, se requiere montar todo un aparato de logística, toda una estructura organizacional que comprenda desde los estadios el acopio, procesamiento, transporte y colocación de droga hacia el extranjero, lo cual indudablemente no es usual que sea cometido por un grupo de personas para un acto específico, sino por una estructura criminal encaminada a realizar actos de tráfico ilícito de drogas, como sería el caso de este investigado quien desde el penal, estaría monitoreando todos estos actos de acopio, procesamiento y comercialización de droga, y el solo hecho de su pertenencia a esta organización criminal, en su condición de líder explicita el peligro de fuga y de obstaculización en la actividad probatoria.
- 6.4 **Cuarto**, a propósito del peligro procesal de este investigado, lo constituye su conducta de elusión a la acción de la justicia previsible, estando a que como tiene pena grave, es razonable suponer que su conducta para eludir a la acción de la justicia, atendiendo a que ha tenido que ser privado de su libertad, respecto a los delitos que se le han imputado, circunstancias que hacen prever que no es razonable aplicarle una medida menos intensa sino la más gravosa, atendiendo a su probable peligrosidad, dándose por cumplido el tercer presupuesto material de la prisión preventiva.

SETIMO: Sobre la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva.

Con relación a este acápite, este Despacho considera que la medida de prisión preventiva a aplicarse al investigado Oscar Rodríguez Gómez, sería una medida proporcional que se adecua a las circunstancias del caso concreto, por lo siguiente:

- 7.1 En **primer** lugar, no hay que olvidar que se han cumplido con los tres presupuestos materiales y que en principio corresponde aplicar la prisión preventiva, pero además este Despacho considera que es sumamente necesario imponerle dicha medida a este

INSTITUCIÓN VENEZOLANA DE INVESTIGACIÓN PENITENCIARIA
PRIMER ALCALDE DE INVESTIGACIÓN
PREPARACIÓN FORMAL

JACKELINE ROSALES AGUIRRE MEJÍA
ESPECIALISTA EN ADMINISTRACIÓN
Módulo de Estudios Jurídicos Penales
Calle Perpetuo Socorro

investigado, atendiendo a que la aplicación de la prisión preventiva cumple con el test de proporcionalidad, concretamente con su principio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en el estricto sentido.

- 7.2 En **segundo** lugar, se dice que esta medida es idónea, por cuanto es una medida que sería eficaz de cara al aseguramiento de este investigado para los fines de la decisión definitiva, pues en libertad este investigado es probable que pueda darse a la fuga, se señala también que es necesario por cuanto si se efectúa una simple comparación entre la medida más gravosa, que sería la prisión preventiva, con otras medidas menos gravosas, este Despacho considera que las medidas menos gravosas no cumplen la finalidad que si lograría la prisión preventiva, en todo caso este Despacho debe dejar en claro que, su condición de presunto líder de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, devela que la comparecencia con restricciones no funcionaría para este investigado y no cumpliría la misma finalidad, sino que en el presente caso ineludiblemente tendría aplicarse prisión preventiva, para asegurarlo para los fines de la decisión definitiva.
- 7.3 En **tercer** lugar, en cuanto al análisis de la proporcionalidad en estricto sentido, efectuando un balance entre los derechos que están en conflicto, la libertad individual del investigado Oscar Rodríguez Gómez y la eficacia del aparato penal, plasmado en su aseguramiento mediante prisión preventiva, este Despacho considera que serían mayores las ventajas de disponer la prisión preventiva, en comparación a disponer la libertad de este investigado, debido a que se trata de un presunto líder de una organización criminal, quien como líder podría desplegar todos los actos dirigidos a perturbar y a eludir la acción de la justicia, en esa medida este Despacho considera de que serían mayores los beneficios, en comparación al costo de sacrificar la libertad individual de este investigado, por cuanto el único costo que estaría en juego sería la libertad individual de este investigado, en cambio los beneficios serían evitar el peligro de fuga, el peligro de obstaculización de este investigado a la par de asegurar su presencia para los fines de la decisión final, atento a que en libertad es altamente probable que fugue.

OCTAVO: Respecto al plazo de la prisión preventiva.

En el presente caso, este Despacho va a disponer que se aplique el plazo de la prisión preventiva de 18 meses, por lo siguiente:

- 8.1 En **primer** lugar, se trata de un plazo que busca asegurar la presencia del investigado para los fines del proceso, y en la que la proyección de tiempo de la prisión preventiva debe estar en función a la definición de la situación jurídica del investigado, y en esa medida como en el presente caso se ha establecido un plazo de investigación preparatoria, con los ribetes de complejo este Despacho entiende que el plazo de 18 meses, sería un plazo razonable para asegurar la presencia de este investigado para los fines de la investigación, atendiendo a que se trata de un caso complejo y en donde seguramente la actividad investigativa, que va a desplegar el Ministerio Público le va a tomar tiempo, dado que no está lidiando con un delito común, con un solo hecho delictivo sino como una presunta organización criminal y respecto a diversos actos vinculados al tráfico ilícito de drogas.

OBSERVACIONES:

1. Como primera observación, debemos indicar que esta persona se encuentra recluida en un centro penitenciario cumpliendo pena por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

Sobre esa base, el juzgado configura el peligro procesal de la siguiente manera:

2. Concurriría el criterio de la gravedad de la pena, porque el delito por el cual se le está investigando (tráfico ilícito de drogas) presupone razonablemente que en libertad se daría la fuga.
3. Asimismo, precisó que se debe tomar en cuenta la conducta del procesado, ya que con su actuar quebrantó las normas del establecimiento penitenciario porque a pesar de estar cumpliendo una condena por tráfico ilícito de drogas, seguía coordinado vía celular actos relacionados a este delito. Sumado a ello, su pertenencia a una organización criminal.
4. De todo ello, el juzgado concluye que la conducta del procesado (purgando pena por otro caso) constituye el peligro procesal (peligro de fuga).
5. En cuanto al principio de necesidad, sostuvo que las medidas “alternativas” no cumplirían con la finalidad de la prisión preventiva.

¿Es necesario imponer prisión preventiva a una persona que se encuentra recluida en un centro penitenciario purgando pena? Este modo de ver a la prisión preventiva manifiesta un grave error (no se trata de acumular o coleccionar prisiones preventivas en torno a una persona), ya que no se entiende de qué es lo que se busca con la imposición de la prisión preventiva.

La imposición de la prisión preventiva significa la privación de la libertad ambulatoria por un motivo estrictamente cautelar. En el presente caso, el procesado se encuentra recluido en un centro penitenciario por la comisión de un delito anterior, si ello es así, ¿Cuál es la finalidad de la prisión preventiva? si el procesado habría utilizado un celular dentro del centro penitenciario, es una situación que debe controlar el INPE, por lo que la prisión preventiva no tiene razón de ser.

Por otro lado, la fundamentación del magistrado sobre la necesidad de utilizar la prisión preventiva siempre versa en el mismo fundamento, *que las demás medidas de coerción no podrían cumplir con la finalidad de la prisión preventiva.*



CAPÍTULO III

TOMA DE POSICIÓN SOBRE EL PELIGRO PROCESAL

DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

3.1. Hacia una adecuada configuración del peligro procesal de la prisión preventiva:

Se ha dicho por la doctrina que la prisión preventiva, en regímenes autoritarios, se caracterizó por su concurrente aplicación en atención a la necesidad de defender al pueblo o al Estado. Sin embargo, en los regímenes democráticos, en donde se pretendió regular un proceso penal con tendencia acusatoria, la prisión preventiva siguió y sigue siendo el talón de Aquiles, ya que ocupa uno de los reductos de resistencia al cumplimiento de las exigencias de un Estado de Derecho que requiere el estricto apego a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad¹⁰⁵.

En esa línea, surgieron varios problemas en torno al entendido y aplicación de esta medida en un Estado de Derecho, por ejemplo, se decía que era una medida que vulneraba el derecho a la presunción de inocencia o que era una pena anticipada. Actualmente, la prisión preventiva es una medida constitucionalmente aceptada pero de uso excepcional, sin embargo, cómo se debía entender dicha medida para cohabitar con la presunción de inocencia y no ser al mismo tiempo una pena anticipada.

La Doctrina científica se puso en la tarea de estudiar y brindó conceptos que permitió entender que la prisión preventiva no vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia porque su naturaleza es únicamente cautelar, es decir, de protección al proceso penal a partir de la verificación del peligro procesal. Esta medida no podía trascender más allá (imponer porque el encausado es responsable del hecho que se le estaba procesando, calmar a la sociedad, flagelar al encausado para que confiese) porque vivía y se mantenía alerta ante la existencia del proceso penal.

¹⁰⁵ LLOBET RODRÍGUEZ Javier. Prisión Preventiva: Límites Constitucionales, op. cit., p. 31.

Consecuentemente, su objetivo no podía responder a una pena anticipada, sino, únicamente al aseguramiento del proceso penal, es decir, que éste se desarrolle con normalidad hasta la emisión de una sentencia (actuará el derecho y determinará la inocencia o culpabilidad del sujeto).

Superado ello, el siguiente problema que surgió fue en relación a la excesiva utilización de la prisión preventiva. Se afirmaba que la existencia del peligro procesal, sobre la base de la gravedad del delito y la gravedad de la pena, era suficiente y razonable para inferir que el procesado, en libertad, podía darse a la fuga o finalmente podía obstaculizar la investigación.

Esta forma de configurar el peligro procesal y aplicar la prisión preventiva, inconscientemente generó un precedente donde la prisión preventiva se tenía que utilizar ordinariamente en aquellos casos donde la pena del delito imputado superaba los 4 años, porque siempre se podía inferir que el procesado, por la gravedad del delito y de la pena, se daría a la fuga (principalmente) o se dispondría a obstaculizar la investigación.

En este extremo se desarrolla la presente investigación, ¿verdaderamente la prisión preventiva se utiliza con excepción? Una parte de la doctrina afirmó que el carácter excepcional, en las medidas de coerción personal, exige que la prisión preventiva no sea la única medida para garantizar el normal desarrollo del proceso penal, sino, debieran existir más medidas para que el juez, con preferencia, adopte estas medidas (se las llamó alternativas) y como último recurso la prisión preventiva.

Bajo esa línea, el NCPP reguló una serie de medidas, como, por ejemplo, la incomunicación, la comparecencia con restricciones, la vigilancia electrónica, el arresto domiciliario, la internación preventiva, el impedimento de salida del país, etc., no obstante, precisó que todas las medidas de coerción personal, incluida la prisión preventiva, deben aplicarse tomando en cuenta los siguientes lineamientos:

➤ ***Artículo VI del título preliminar del NCPP:***

“Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

➤ **Artículo 253° del NCPP:**

1. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella.

2. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y *se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria*, existan suficientes elementos de convicción.

3. *La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable*, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

➤ **Sumado a ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que:**

“La naturaleza excepcional de la aplicación de la prisión preventiva, de acuerdo con criterios de necesidad y proporcionalidad, es un elemento que necesariamente debe estar presente en toda política criminal que tome en consideración los estándares del Sistema Interamericano. Así, la Convención Americana, establece un orden jurídico según el cual “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario” (artículo 7.3);

y, toda persona “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (artículo 7.5). Igualmente, la Declaración Americana dispone que “[...] todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a [...] ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad” (Art. XXV). Es decir, el estar en libertad mientras dure el proceso penal, es un derecho del acusado, y como tal sólo puede ser restringido de manera excepcional y con estricto apego a las normas establecidas en los instrumentos internacionales que lo establecen. No se trata pues de una prerrogativa o un beneficio, sino de un derecho establecido para proteger bienes jurídicos tan fundamentales como la libertad, e incluso, la integridad personal”¹⁰⁶.

El aspecto que resalta el marco jurídico nacional y la jurisprudencia internacional sobre las medidas de coerción personal, es que todas podrán ser utilizadas en la medida que sean necesarias (todas comparten una dosis de necesidad), sin embargo, claramente no todas generan la misma consecuencia ni neutralizan el mismo nivel de peligro procesal, por ello, la necesidad de imposición de la prisión preventiva no puede responder a la circunstancia de necesidad que las demás medidas “alternativas” solicitan, por lo que, desde esta perspectiva, se puede afirmar que la prisión preventiva es doblemente excepcional.

En ese contexto, surge la tesis de una aplicación escalonada de las medidas de coerción personal, es decir, cada medida de coerción personal es idónea para neutralizar un nivel de peligro procesal, superado todas ellas, se podrá apelar a la aplicación de la prisión preventiva.

En ese entendido, somos de la posición que la prisión preventiva únicamente se activará cuando se presente un peligro concreto de carácter desbordante y

¹⁰⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas del 30 de diciembre del 2013, fundamento 20. Enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>, visitado el 01 de noviembre del 2019.

suficiente para incapacitar la idoneidad de las demás medidas de coerción personal (comparecencia con restricciones, comparecencia con caución, impedimento de salida del país o de la localidad, etc.), no obstante ¿Qué condición o circunstancia convierte al peligro en desbordante con suficiente entidad para incapacitar la eficacia de las demás medidas de coerción personal?

La doctrina estableció que, para utilizar una medida de coerción personal, un punto de quiebre sería la determinación de la intensidad del peligro procesal (fuga u obstaculización de la investigación), porque no resultaría lógico utilizar una medida de coerción, por ejemplo, la prisión preventiva, ante el más mínimo riesgo¹⁰⁷. Sin embargo, en esta línea, surge una nueva interrogante: ¿cómo graduar o delimitar la intensidad del peligro procesal para utilizar una determinada medida de coerción personal en un caso concreto?

El NCPP no expresa nada sobre la intensidad del peligro procesal que cada medida de coerción debe abordar y neutralizar. Siendo así, es un enigma el cómo trasluce el peligro procesal dentro de las medidas de coerción personal, es decir, cómo el peligro procesal, que hasta un momento podría ser neutralizado, por ejemplo, con una medida de comparecencia con restricciones, ya tenga que ser neutralizado con la prisión preventiva.

El ordenamiento jurídico suscribe varios criterios para determinar el peligro procesal, no obstante, estos se encuentran dentro del capítulo de la prisión preventiva, lo que ha llevado en muchas ocasiones a afirmar que la concurrencia de alguno de ellos llevaría a configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, lo cual no es cierto. Estos criterios (regulados en los artículos 269° y 270° del NCPP) son de carácter general, pueden ser utilizados para configurar el peligro procesal de todas las medidas de coerción personal, así que no es de exclusividad para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva.

En esa línea, la Corte Suprema, en afán de precisar el concepto de los criterios suscritos en el artículo 269° del NCPP, desarrolló cada uno de ellos y

¹⁰⁷ CAFERATA NORES, José I. Medidas de Coerción en el Proceso Penal, op. cit., p. 31.

estimó, por ejemplo, que por el arraigo se debe entender como “aquel establecimiento de una persona en un lugar determinado por su vinculación con otras personas o cosas y estará constituida por 3 dimensiones: 1) la posesión (refiere a la existencia de un domicilio conocido o bienes propios que se encuentran al alcance de la justicia), 2) el arraigo familiar (refiere a los lazos familiares que tiene el procesado) y 3) el arraigo laboral (refiere a la capacidad o fuente de subsistencia del procesado)”¹⁰⁸. Sin embargo, este criterio no llegaría a ser determinante para inferir que no huirá el imputado(a), ya que podría ser perfectamente posible imponer la prisión preventiva si el imputado, a pesar de tener un arraigo en sus tres dimensiones, muestre una actitud renuente al proceso¹⁰⁹.

Debe quedar claro que el arraigo no es un criterio que garantice la no huida del imputado, sino, es un criterio que, de alguna manera, por sus raíces en un lugar, podría desmotivar la fuga. Asimismo, en caso de que el sujeto no posea un arraigo modelo, es perfectamente posible arraigarlo con la imposición de medida alternativa a la prisión preventiva, por ejemplo, la comparecencia con restricciones, el impedimento de salida del país o la combinación de varias. No tener un arraigo modelo, per se no puede significar la fuga y por tanto la pérdida de la libertad individual.

Por otro lado, tenemos al criterio de la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo (criterio fue introducido por la Ley N° 3076). Como está suscrito, este criterio presenta ciertas confusiones, ya que la primera parte del criterio daría a entender a la forma de haberse realizado el delito (la especial violencia o gravedad con la que se habría cometido) y la segunda parte daría a entender al daño civil. Al respecto, la Corte Suprema, mediante la Casación N° 626-2013/MOQUEGUA, estableció que la primera parte del criterio hace referencia a la gravedad del delito que está vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer y la segunda parte,

¹⁰⁸ Casación N° 631-2015/AREQUIPA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 21 de diciembre del 2015, fundamento cuarto.

¹⁰⁹ Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ del 13 de septiembre del 2011, Circular sobre Prisión Preventiva, fundamento séptimo.

atendiendo a una correcta interpretación, tendría que ver con la actitud del imputado luego de cometido el delito¹¹⁰.

En relación al segundo aspecto de este criterio, a nuestro juicio, es sumamente relevante “la actitud del sujeto”, es decir, cuál es la actitud del imputado frente al proceso penal que se le sigue. A partir de ello, se puede realizar un pronóstico adecuado a la altura de la prisión preventiva.

La profesora Pujadas Tortosa, escudriñando el peligro procesal, afirma que éste se compone de dos elementos: 1) la aptitud o disposición material y 2) *la actitud o disposición anímica*; sobre el primer elemento, afirma que el encausado dispone de capacidad material para acceder y alterar el objeto específico de la protección cautelar, pero eso no significa que vaya a hacerlo, por lo que además se tendrá que afirmar la disposición de una *capacidad anímica, es decir, que esté dispuesto a materializar el riesgo de frustración del proceso y para ello será necesaria la concurrencia de un elemento volitivo que se refleje en actos concretos que puedan afectar de modo decisivo la continuación del proceso penal*¹¹¹. En suma, el criterio de la actitud del procesado frente al proceso penal, eleva a una probabilidad alta su capacidad de huir u obstruir la labor de la investigación.

El tercer criterio refiere al comportamiento del imputado frente al proceso o en otro proceso. Este criterio claramente está vinculada al criterio de la actitud y la Corte Suprema lo ha resaltado como el más importante, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga¹¹².

Y finalmente, en relación al criterio de la pertenencia a una organización criminal, este criterio nacería de la experiencia criminológica para atender a la

¹¹⁰ Casación N° 626-2013/MOQUEGUA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 30 de junio del 2015, fundamento cuadragésimo octavo y el fundamento quincuagésimo.

¹¹¹ PUJADAS TORTOSA Virginia. Teoría General de las Medidas Cautelares Penales. Op. cit., p. 64 y 65.

¹¹² Casación N° 626-2013/MOQUEGUA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 30 de junio del 2015, fundamento quincuagésimo primero al fundamento quincuagésimo cuarto.

existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria, ya que, de la existencia de una estructura organizada, se tendería a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria, de ahí que, para la Corte Suprema, en ciertas situaciones bastaría la gravedad de la pena y este criterio para imponer la prisión preventiva¹¹³. Sin embargo, el Tribunal Constitucional discrepó tenazmente con este criterio y estableció que: “(...) sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y de los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal. Este criterio puede contribuir a presumir el peligro procesal pero por si solo no es suficiente (...)”¹¹⁴.

Ahora, en relación al peligro de obstaculización en la investigación (art. 270° del NCPP), la Corte Suprema ha precisado que en esta vertiente del peligro procesal se requerirá necesariamente la existencia de datos objetivos y sólidos¹¹⁵. Asimismo, se deberá diferenciar entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y personales. En el primer caso, es fundamental valorar y concluir una capacidad y aptitud del imputado(a) de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta; en el segundo caso, se debe apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados, es decir, el juez debe llegar a la convicción de que el imputado tiene auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de terceros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso¹¹⁶.

¹¹³ Casación N° 626-2013/MOQUEGUA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 30 de junio del 2015, fundamento quincuagésimo séptimo al fundamento quincuagésimo octavo.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril del 2018 en el caso Humala Tasso y Nadine Heredia (Exp. N° 4780-2017), fundamento 122.

¹¹⁵ XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial del 10 de septiembre del 2019 (Acuerdo Plenario N° 01-2019), fundamento 50 y 51.

¹¹⁶ ASENCIO MELLADO José María. Derecho Procesal Penal – Estudios fundamentales, op. cit., p. 829.

En suma, cada uno de los criterios que suscribe el NCPP, definitivamente sirven para determinar el peligro procesal, ya sea de fuga o de obstaculización de la investigación, sin embargo, no necesariamente tienen que ser neutralizados con la prisión preventiva. El Estado, para aplicar una prisión preventiva, debe probar sus presupuestos, en este caso, debe probar que el peligro procesal es desbordante y que no puede ser neutralizado con otra medida que no sea la prisión preventiva¹¹⁷.

La Corte Suprema de la República admitió, aunque con cierta temeridad y poco desarrollo, que el peligro procesal de la prisión preventiva debe responder a una probabilidad alta. Con esta postura, de alguna manera generó objetivar una diferenciación en la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva frente a las demás medidas de coerción personal, no obstante, ¿Cómo estructurar esta probabilidad alta?

Los criterios abstractos como la gravedad del delito (magnitud del daño causado) y de la pena, son criterios que doctrinaria y jurisprudencialmente han sido considerados como insuficientes para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, no obstante, podrían configurar el peligro procesal de otra medida de coerción personal, como, por ejemplo, de una comparecencia con restricciones. En igual sentido ocurre con el criterio del arraigo o de la facilidad de salir del país.

En ese sentido, a lo que se pretende llegar, es a determinar que, para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva en aquellos casos donde no concorra una circunstancia de flagrancia delictiva, necesariamente se deberá detectar una actitud por parte del procesado que va dirigida a lesionar el normal desarrollo del proceso penal, sobre esa base se debe edificar la estructuración del peligro procesal de la prisión preventiva.

Además, este modo de configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, inmediatamente generará una explicación suficiente del subprincipio de necesidad,

¹¹⁷ PASTOR B. Daniel. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites? Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., p. 152.

porque en comparación a otras medidas de coerción personal, la actitud desarrollada en base a ciertos comportamientos dirigidos a lesionar el normal desarrollo del proceso penal, razonablemente incapacitará la idoneidad de las demás medidas de coerción personal y en ese sentido se podrá expresar una motivación cualificada.

Ahora, en aquellos casos donde se presente la flagrancia delictiva, por su propia naturaleza, esta circunstancia -flagrancia delictiva- será determinante para configurar el peligro procesal e imponer la prisión preventiva.

En forma adicional, esta posición adquiere mayor relevancia con las prisiones preventivas que hemos citado y que se han resuelto en la práctica judicial. Como hemos observado, el magistrado no explica con suficiencia del porqué de la necesidad de usar la prisión preventiva y no otra medida de coerción personal (su explicación se reduce a afirmar que las medidas “alternativas” no cumplirían con la finalidad de la prisión preventiva). Analizó el arraigo y en cada uno de ellos precisó que no existiría un arraigo de calidad, pero ¿es imposible arraigar al procesado con reglas de conducta?, analizó la facilidad de salir del país, de igual modo, ¿no es posible evitar ello con el impedimento de salida del país?, analizó en algunos casos la pertenencia del procesado a una organización criminal y en otros la vinculación a la misma, pero nunca se detuvo a verificar si seguía activa la organización, si contaba con recursos o si sus integrantes tenían la capacidad para generar la fuga o el entorpecimiento de la investigación.

Por otro lado, en el caso del procesado *Oscar Rodríguez Gómez*, sucede algo especial; esta persona, como se precisa en la resolución que admitió el requerimiento de prisión preventiva, se encuentra recluido en un centro penitenciario por un delito que cometió anteriormente, sin embargo, pese a estar encerrado, el magistrado le impuso prisión preventiva, y como fundamento de necesidad, estableció que la comparecencia con restricciones no cumpliría con la finalidad de la prisión preventiva. Claramente la justificación de la necesidad no alcanza esa motivación cualificada que exige la prisión preventiva, es más, el

magistrado, con estas resoluciones, expresa una emoción y por tratarse de personas con dinero o sin ella les impone prisión preventiva.



CONCLUSIONES

1. El Ordenamiento procesal penal peruano establece que las medidas de coerción personal, al ser utilizadas, deben darse en un marco de necesidad

para garantizar el desarrollo del proceso penal, sin embargo, al imponerse generan consecuencias distintas (algunas medidas limitarían la libertad y otras privarían de ella) y cada una de ellas no neutraliza el mismo nivel de peligro procesal, por tanto, la necesidad de imposición de la prisión preventiva no puede responder a la misma circunstancia de necesidad que las demás medidas “alternativas” solicitan.

2. Asimismo, la prisión preventiva únicamente se activará cuando se presente un peligro concreto de carácter desbordante y suficiente para incapacitar la idoneidad de las demás medidas de coerción personal (comparecencia con restricciones, comparecencia con caución, impedimento de salida del país o de la localidad, etc.). Consecuentemente, las medidas de coerción personal serán utilizadas de manera escalonada, donde la prisión preventiva se encontrará en el último peldaño.
3. La aplicación escalonada de las medidas de coerción personal serán definidas por la intensidad del peligro procesal. Sobre esta última, El NCPP no expresa nada y por tanto no establece que intensidad debe abordar y neutralizar cada medida de coerción personal. En ese contexto, se deberán utilizar los criterios establecidos en el artículo 269° y 270°, no obstante, estos se encuentran dentro del capítulo de la prisión preventiva, lo que ha llevado en muchas ocasiones a afirmar que la concurrencia de alguno de ellos llevaría a configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, lo cual es un error, ya que estos criterios son de carácter general y pueden ser utilizados para configurar el peligro procesal de todas las medidas de coerción personal.
4. Los criterios abstractos como la gravedad del delito (magnitud del daño causado) y de la pena, son criterios que doctrinaria y jurisprudencialmente han sido considerados como insuficientes para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, no obstante, podrían configurar el peligro procesal de las demás medidas de coerción personal. A esta línea de consideración

se suma el criterio del arraigo, ya que el hecho de no tener un arraigo modelo (en sus tres dimensiones), no puede significar inmediatamente la configuración del peligro procesal de la prisión preventiva.

5. En ese tenor, para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva en aquellos casos donde no concurra una circunstancia de flagrancia delictiva, necesariamente se deberá detectar una actitud por parte del procesado que va dirigida a lesionar el normal desarrollo del proceso penal. Sobre esa base se debe edificar la estructuración del peligro procesal de la prisión preventiva, ya que este modo de configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, inmediatamente generará una explicación suficiente del subprincipio de necesidad, porque en comparación a otras medidas de coerción personal, la actitud desarrollada en base a ciertos comportamientos dirigidos a lesionar el normal desarrollo del proceso penal, razonablemente incapacitará la idoneidad de las demás medidas de coerción personal, y en esa línea, para neutralizar y asegurar el desarrollo del proceso penal, se tendrá que invocar a la medida más radical.
6. Asimismo, esta forma de configurar el peligro procesal de la prisión preventiva, permitirá explicar con solvencia la proporcionalidad de la medida y permitirá obtener una sentencia cualificada que, de acuerdo a la jurisprudencia, se solicita en los autos que resuelven los requerimientos de prisión preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARBULÚ MARTÍNEZ Víctor J. "Comparecencia restringida: criterios para su adecuada aplicación". Lima : Gaceta Jurídica, 2017.
2. ASECIO MELLADO José María. "Derecho procesal penal: estudios fundamentales". Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales: Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2016.

3. BINDER Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2da. Edición-5ta. Reimpresión, Buenos Aires, AD.HOC, 2009.
4. CÁCERES JULCA Roberto E. "Las medidas cautelares en el proceso penal: análisis doctrinal y jurisprudencial, medidas coercitivas personales y medidas cautelares reales". Lima: Jurista Editores, 2014.
5. CALAMANDREI Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos aires, El Foro, 1996.
6. Casación N° 626-2013/MOQUEGUA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 30 de junio del 2015.
7. Casación N° 631-2015/AREQUIPA emitida por la Corte Suprema de la República de Perú el 21 de diciembre del 2015.
8. CHIRINOS ÑASCO José Luis. "Medidas cautelares en el código procesal penal". Lima: IDEMSA, 2016.
9. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Las Medidas de Coerción en el Proceso Penal, Lima, Gaceta Jurídica, 2018.
10. DEL RIO LABARTHE Gonzalo. La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Anuario de Derecho Penal 2008. Enlace: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf
11. GIMENO SENDRA Vicente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN Cándido y José GARBARI LOBREGAT. Los Procesos Penales, Tomo IV. Barcelona, BOSCH, 2000.
12. GONZALES ÁLVAREZ Roberto. Neoprocesalismo: Teoría del Proceso Civil Eficaz, ARA editores. Lima, 2013.
13. LEDESMA NARVÁEZ Marianella. La Tutela Cautelar en el Proceso Civil, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.
14. LLOBET RODRÍGUEZ Javier & Castillo Alva, J. "Prisión preventiva: límites constitucionales". Lima: Grijley: Castillo Alva & Abogados Estudio Penal, 2016.
15. MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal: Una explicación basada en la razón, Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.
16. MONTOYA CALLE Segundo Mariano. "Peligro procesal y proceso debido: el proceso penal en la historia, principios del proceso penal, proceso debido y derechos humanos, peligro procesal y proceso debido, nuevos actos de investigación, derecho a la comparecencia, anexos y jurisprudencia". Lima: San Marcos, 2010.

17. ORÉ GUARDIA Arsenio. "Derecho procesal peruano: análisis y comentarios al Código Procesal Penal", tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
18. PANTA CUEVA David Fernando (N.D.). "Criterios valorativos referentes al peligro procesal: a propósito de su tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial".
19. PEÑA CABRERA FREYRE Alonso Raúl, ARBULÚ MARTÍNEZ Víctor Jimmy & Guerrero Alex. "Las medidas cautelares en el proceso penal". Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
20. PÉREZ CRUZ Martín A. "Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal". Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
21. PUJADAS TORTOSA Virginia. Para una Teoría General de las Medidas Cautelares Penales. Tesis doctoral, Universidad de Girona. Cataluña: 2007.
22. QUIROZ SALAZAR William Fernando & ARAYA VEGA Alfredo G. "La prisión preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad. Lima: Ideas, 2014.
23. REÁTEGUI SANCHEZ James. La problemática de la detención en la jurisprudencia procesal penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
24. Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ del 13 de septiembre del 2011, Circular sobre Prisión Preventiva.
25. RÍO LABARTHE Gonzalo. "La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal". Lima: ARA, 2008.
26. ROXIN Claus. Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editores del Puerto S.R.L., 2000.
27. SAN MARTÍN CASTRO Cesar. "Derecho procesal penal". Lima: Grijley, 2014.
28. SAN MARTÍN CASTRO César. La Privación de la Libertad Personal en el Proceso Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Derecho & sociedad. Enlace:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17300/17587>
29. SAN MARTÍN CASTRO César. La Privación de la Libertad Personal en el Proceso Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
30. SÁNCHEZ VELARDE Pablo. "El nuevo proceso penal". Lima: IDEMSA, 2009.
31. SANGUINÉ Odone. Hacia una Nueva Concepción de la Prisión Provisional como Pena Anticipada: Valoración Crítica. En: Prisión Provisional y Derechos Fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

32. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 12 de noviembre de 1997 en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.
33. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 08 DE AGOSTO DEL 2012 EN EL CASO CÉSAR HUMBERTO TINEO CABRERA (EXP. 156-2012-PHC/TC).
34. Sentencia del Tribunal Constitucional que recae en el expediente N° 2289-2005-PHC/TC del 16 de mayo del 2005.
35. SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre del 2017.
36. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: CASO LABITA CONTRA ITALIA (SENTENCIA DEL 06 DE ABRIL DEL 2000) Y CASO FOX, CAMPBELL Y HARTLEY CONTRA REINO UNIDO (SENTENCIA DEL 30 DE AGOSTO DEL 1990).
37. VÉLEZ MARICONDE Alfredo. Derecho Procesal Penal. Córdoba, Marcos Lerner, 1986.
38. VILLEGAS PAIVA Elky, & NEYRA FLORES, José Antonio. “Límites a la detención y prisión preventiva : cuestionamiento a la privación arbitraria de la libertad personal en el proceso penal”. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
39. VILLEGAS PAIVA Elky. “La detención y la prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal”. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
40. VITALE Gustavo & ZAFFARONI Eugenio Raúl. “Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie”. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.