

UNIVERSIDAD NACIONAL SAN CRISTOBAL DE HUAMANGA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Escuela de Formación Profesional de Derecho



**“INFLUENCIA DEL PELIGRO PROCESAL EN LA
IMPOSICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS
DE HURTO Y ROBO AGRAVADOS”**

**TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

POR:

Autora: JUANA POCCOMO ASTO

Asesor: Mg. JAVIER ANAYA CÁRDENAS

AYACUCHO – PERU

2015

Test
DGG
Poc.
Ez.

ÍNDICE

Instrucción.....	4
------------------	---

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad Problemática.....	6
1.2. Formulación del Problema.....	8
1.2.1. Problema Principal.....	8
1.2.2. Problemas Secundarios.....	9
1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes.....	9
1.4. Delimitación de la investigación.....	27
1.4.1. Delimitación Espacial.....	27
1.4.2. Delimitación temporal.....	27
1.4.3. Delimitación conceptual.....	28
1.5. Alcances de la investigación	29
1.6. Objetivos de la Investigación	29
1.6.1. Objetivo General.....	29
1.6.2. Objetivos Específicos.....	29
1.7. Justificación de la Investigación.....	30
1.8. Importancia de la Investigación.....	31
1.9. Limitaciones de la Investigación.....	33
1.10. Formulación de las Hipótesis de Trabajo.....	33
1.10.1. Hipótesis General.....	33
1.10.2. Hipótesis Específicas.....	33
1.11. Identificación y Clasificación de Variables e Indicadores.....	34

1.12. Operacionalización de Variables e Indicadores.....	36
1.13. Metodología de la Investigación.....	43
1.13.1 Tipo y nivel de Investigación.....	43
1.13.1.1 Descripción del Tipo de Investigación.	43
1.13.1.2 Descripción del Nivel de Investigación.....	43
1.14. Método y Diseño de la Investigación.....	43
1.14.1 Método de Investigación.....	43
1.14.2 Diseño de Investigación.....	43
1.15. Método y Diseño de la Investigación.....	43
1.16. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de datos.....	44
1.17. Técnicas de Procesamiento y Análisis de datos.....	45

CAPÍTULO II

VARIABLE INDEPENDIENTE - PELIGRO PROCESAL

TÍTULO I

Marco Normativo

2.1. Constitución Política de Perú.....	46
2.2. Código de Procedimientos Penales de 1940.....	47
2.3. Código Procesal Penal de 1991.....	47
2.4. Código Procesal Penal de 2004 – Decreto Legislativo 957.....	50
2.5. Artículo 268 del Código Procesal Penal con la modificación de la Ley N° 30076.....	55
2.6. Peligro procesal como presupuesto material de la prisión preventiva (Art. 268PP).....	57
2.7. Peligro fuga en el Código Procesal Penal de 2004.....	58

2.8. Peligro de fuga modificado por la Ley 30076.....	59
2.9. Peligro de Obstaculiza.....	60
2.10. Circular sobre Prisión Preventiva.....	60
2.11. Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos.....	61

TÍTULO II - Marco Doctrinario

2.12. Concepto de Peligro Procesal	63
2.13. Posturas del Peligro Procesal.....	65
2.14. Elementos de Peligro Procesal	75
2.14.1 Criterios procesales de peligro de fuga.....	76
2.14.2 Criterios procesales de peligro de obstaculización.....	83
2.15. Finalidad de Peligro Procesal.....	84
2.16. Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano.....	89

Título III – Jurisprudencial

2.17. Tribunal Constitucional y el Peligro Procesal.....	91
2.18. Criterios aplicados por Salas Superiores.....	92
2.19. Derecho Internacional de Derechos Humanos.....	90

CAPÍTULO III

VARIABLES DEPENDIENTES

Sub Capítulo I - Prisión Preventiva

3.1. Concepto de Prisión Preventiva.....	105
3.2. Antecedentes Generales de la Prisión Preventiva.....	112
3.3. Antecedentes de la Prisión Preventiva en el Perú	114
3.4. Presupuestos materiales sobre Prisión preventiva.....	118
3.5. Modelos Doctrinarios de las Medidas de Coerción Personal....	123
3.6. Diferencias Conceptuales con la Prisión Preventiva.....	135
3.7. Principios que rigen a la prisión preventiva.....	146
3.8. Principios desarrollados por la Normativa Internacional y su Jurisprudencia.....	159
3.9. Prisión Preventiva en el Sistema Procesal Penal	159
3.10. Fundamentos del Sistema Acusatorio Garantista.....	160
3.11. Prisión Preventiva en la Jurisprudencia	160
3.12. Duración de la prisión preventiva	172
3.13. Audiencia de la prisión preventiva.....	173
3.14. Impugnación de la prisión preventiva.....	175
3.15. Incomunicación de la prisión preventiva.....	176
3.16 Cesación de la prisión preventiva.....	179

Sub Capítulo II – Hurto Agravado

3.17. Bien Jurídico Protegido.....	180
3.18. Concepciones Jurídicas del patrimonio.....	180
3.19 Teoría de disponibilidad.....	183
3.20 Hurto Agravado.....	184

Sub Capítulo III – Robo Agravado

3.21 Robo Agravado.....	189
-------------------------	-----

CAPÍTULO IV

4. Derecho Comparado	2013
----------------------------	------

CAPÍTULO V

5. Análisis y Presentación de Resultados	225
6. Conclusión	262
7. Recomendaciones.....	268
8. Sugerencia Legislativa.....	271
9. Bibliografía.....	274

DEDICATORIA

**A la UNSCH y la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas por
ser fuente de conocimiento y mi
alma mater.**

*“El proceso y las prisiones han sido, son y tal vez serán – ojalá que no fueran así-escenarios de las más reiteradas, graves y notorias violaciones de los derechos humanos. Es hora de que se vuelva la mirada hacia estos escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos radicalmente (...)”,
Sentencia de 7 de setiembre de 2004*

Sergio García Ramírez - Caso Tibi Vs Ecuador (entonces Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

INTRODUCCIÓN

La investigación que se propuso denominada: *“Influencia del Peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados”*, que abordó el problema principal *¿En qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo en agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo de 20 de agosto de 2013 a agosto de 2015?*, por la entrada en vigencia el 01 de julio de 2015 el Código Procesal Penal de 2004 en su totalidad en el Distrito Judicial de Ayacucho, la investigación solo comprendió hasta 31 de junio de 2015.

La investigación que se propuso tuvo el objetivo principal: *Determinar en qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los juzgados penales de Huamanga en el periodo agosto de 2013 a junio de 2015.*

La prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva, por tanto en un Estado democrático, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo del proceso, cualquier función que no sea estrictamente procesal cautelar es ilegítima, para imponer esta medida que exige la concurrencia los presupuestos materiales establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004, no obstante el peligro procesal es el presupuesto material más importante que legitima la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.

En ese sentido se planteó como hipótesis, el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto de 2013 a agosto de 2015, por el cual para un mejor estudio la investigación se dividió en cinco capítulos.

La doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y la Corte Suprema reconocen que el peligro procesal (en sus dos dimensiones el peligro de fuga y peligro de obstaculización) presupuesto más importante que legitima la prisión preventiva.

En la investigación se analizó autos de prisión preventiva impuesta en los delitos de hurto y robo agravados por constituir segunda resolución judicial en importancia considerando la gravedad de sus efectos; la primera es la sentencia condenatoria por lo que resulta jurídicamente fundamental que los magistrados al momento de decidir judicialmente la medida coercitiva personal de prisión preventiva valoren y fundamenten adecuadamente el peligro procesal, investigación complementada por encuestas a operadores jurídicos.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad Problemática.

En el Perú hay una tendencia ante los desafíos de inseguridad ciudadana o al reclamo de la sociedad, medidas legislativas e institucionales que consisten fundamentalmente en un mayor uso de la medida de coerción personal de la prisión preventiva como solución al problema, orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva desnaturalizando su finalidad; aumentar las penas y ampliar los delitos punibles con pena de prisión; absteniéndose de establecer medidas alternativas.

Con la Ley N° 30076¹ y 30077² a pesar de distintos fundamentos reflejan en conjunto una clara apuesta por una mayor represión o endurecimiento del sistema penal como respuesta frente al fenómeno criminal.

En el Código Procesal Penal de 2004, el legislador nacional ha atribuido a las medidas cautelares una finalidad propia de las penas no acorde con su naturaleza, conforme establece el artículo 253 inciso 3: *“La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere necesario, para prevenir,*

¹ De acuerdo a su título, la Ley 30076 tendría por fin “combatir” la inseguridad ciudadana.

² La ley N° 30077, buscaría la represión de la criminalidad organizada a través de la fijación de reglas y procedimientos para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos bajo tal modus operandi, citado PALOMINO RAMIREZ, Walter, Legislación de Emergencia como respuesta a la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana, Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Tomo 52, octubre de 2013, P. 40

*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 la reiteración delictiva***³

Considero un acierto relativo sobre el presupuesto del peligro procesal con la modificación de la Ley N° 30076, por técnica legislativa, el segundo párrafo del artículo 268 del Código Procesal Penal 2004 que inicialmente era un presupuesto material para la imposición de la prisión preventiva referido a la *existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma*, en la actualidad comprendiendo un elemento material adicional del peligro procesal en el artículo 269 numeral 5.

Si bien es cierto la delincuencia se ha incrementado en el ámbito de los denominados delitos clásicos (v. gr. Hurtos, robos, tráfico ilícito de drogas entre otros), cierto también es que los medios de comunicación exacerbaban la noticia y crean una desproporcionada sensación de zozobra e inseguridad en la sociedad civil, demandando seguridad al Estado a cualquier costo. En este contexto poco importan los principios y las garantías, pues lo importante es restablecer y mantener el orden.

El Estado, encuentra así el escenario de legitimación social, el tipo de medidas que se implante en la lucha contra la delincuencia pasará a un segundo plano, debido a que lo fundamental será dar respuestas a las mencionadas demandas de seguridad donde producen un relajamiento de los principios básicos del Derecho Procesal Penal y mayor uso de la prisión preventiva

³ Resaltado añadido.

El presupuesto material más importante para imponer la prisión preventiva es la concurrencia del peligro procesal, presupuesto que en muchas oportunidades no es tomado en cuenta por el juez quien en la práctica al referirse al peligro procesal, no precisa de manera objetiva las pruebas o indicios que se han actuado en la etapa preliminar y que lleven a la convicción de que el imputado va eludir de la acción de la justicia y obstaculizar la actividad probatoria, muchas veces limitándose en la fundamentación en el presupuesto no referidos al peligro procesal, pese a que legislativamente se precisa la concurrencia de los tres presupuestos en forma conjunta.

Así constituyendo un problema local, nacional y a nivel de Latinoamérica conforme lo señala un reciente informe sobre el “Uso de la Prisión Preventiva en las Américas”, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que concluye, en Latinoamérica se ha incrementado ostensiblemente el uso de la prisión provisional y que ello contraviene la esencia de una sociedad democrática; lo paradójico es que ese fenómeno ocurre en el mismo periodo en el que se viene aplicando en nuestros países un modelo de justicia penal que se consideraba más ponderado.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema Principal.

¿En qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto 2013 a agosto 2015?

1.2.2. Problemas Secundarios.

¿En qué medida el marco normativo sobre peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos hurto y robo agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto 2013 a agosto 2015?

¿En qué medida la doctrina sobre peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto 2013 a agosto 2015?

¿En qué medida la jurisprudencia sobre peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto 2013 a agosto 2015?

1.3. Indagación sobre investigaciones preexistentes

Con respecto a las investigaciones preexistentes en las universidades, tenemos algunas tesis que han estudiado de manera tangencial el tema, seleccionándose las siguientes:

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos tesis titulada *“Las Violaciones de los derechos fundamentales de los procesados, internos en los centros penitenciarios de reos primarios “San Jorge” y “San Pedro” de la ciudad de Lima, por los jueces penales al decretar su detención preventiva y el exceso*

de permanencia de esta medida” por AMORETTI PACHAS⁴, quien sostiene que: “En todo proceso penal se debaten dos posiciones que se oponen: Por un lado asegurarla presencia del imputado y eficacia en la realización de un a fin de aplicar la ley sustantiva o cumplimiento de la pena; y por otro lado, las garantías constitucionales de los sujetos que operan como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado y evitar el abuso de la detención, de quien goza de la presunción de inocencia. En los supuestos en los cuales las normas procesales señalan la procedencia de las medidas coercitivas, las mismas que afectan los derechos de las personas, debe tenerse en cuenta las garantías constitucionales, principalmente la presunción de inocencia y la libertad personal, éstas deben estar sustentadas en determinados principios reconocidos por las leyes y tratados internacionales” y con el mismo rigor señala más adelante “excepcionalidad”, significa que la detención preventiva queda justificada únicamente, como última ratio. Obliga a regular legalmente y aplicar judicialmente medidas menos gravosas, y sólo pueden ser dictadas cuando fueran absolutamente urgentes, indispensables y necesarias en un proceso penal, siempre que no existan otros mecanismos menos gravosos. Al disponer la privación de libertad del imputado, se sostiene que es con la finalidad de garantizar el normal desarrollo del proceso y aplicar eficazmente la sanción penal en su momento, por lo que el Juez se ve obligado a dictar dicha medida coercitiva, al inicio o en el curso del proceso penal, las mismas que se

⁴ AMORETTI PACHAS, Víctor Mario, Las violaciones de los derechos fundamentales de los procesados, internos en los centros penitenciarios de reos primarios de “San Jorge” y “San Pedro” de la ciudad de Lima,. Tesis para optar el título de doctor. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

materializan al aplicar una restricción al ejercicio del derecho fundamental de la libertad”.

En la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga se encontró tesis titulada *“Mandato de detención dentro del proceso penal”* por HUAMÁN DE LA CRUZ ⁵ tesis para optar Magister en Derecho, quien concluye:

“El factor político del mandato de detención influye negativamente en el proceso penal; el proceso penal evolutivamente constituye la única vía legítima por el cual el Estado puede sancionar e imponer medidas restrictivas a las personas, siendo necesario transitar todo un iter procedimental; sin embargo, esta natural finalidad es distorsionada por el Estado, que al no contar con una adecuada y sostenida política criminal, enfrenta el delito endureciendo las penas, proceder que influye en jueces penales, al momento de disponer el mandato de detención.

El factor normativo del mandato de detención influye negativamente en el proceso penal; pues considerando la prognosis de la pena tasada como presupuesto del mandato de detención (presupuesto del sistema inquisitivo), subyuga el presupuesto del peligro procesal a la gravedad de la pena, dando paso a una inapropiada e injustificada utilización de la prisión preventiva, lo cual lesiona derechos fundamentales tales como; la presunción de inocencia, seguridad jurídica, y el derecho a la libertad corporal.

⁵ HUAMÁN DE LA CRUZ, Carlos Rubén, *“Mandato de detención en el proceso penal”* Tesis para optar Grado de Magister. 2012

El factor social del mandato de detención influye negativamente en el proceso penal, toda vez los resultados relacionados con las preguntas 7 y 8, permiten relacionar la determinación del mandato de detención con asuntos que aquejan a la sociedad en general; en forma mayoritaria los encuestados afirman que el mandato de detención esta relacionado con el incremento de la delincuencia e inseguridad ciudadana, es decir el operador jurisdiccional penal se halla influenciado por la falta de seguridad para imponer el mandato de detención y este es cosustancial con la falta de una adecuada política criminal del Estado para enfrentar el incremento de la delincuencia”.

En ese sentido recomienda:

“1.-Es ampliamente conocido que la privación de la libertad no contribuye con resolver el problema del incremento de la delincuencia; por ello constituye una necesidad de suma urgencia, que el Estado y los entes comprometidos en la lucha contra el problema de la delincuencia, concierten una agenda única y elaboren una adecuada política criminal (comprenda todos los sectores de la sociedad) que permita enfrentar la delincuencia adecuadamente, dejando de lado aquellas aquellas posiciones de urgencia y de tinte político que solo contribuyen a vulnerar el derecho de los procesados.

2.- El presupuesto constituido por la prognosis de la pena para determinar el mandato de detención, constituye un presupuesto muy desfavorable para determinar el mandato de detención, por lo su condición de presupuesto debe ser objeto de revisión, disponiendo su retiro y ser sustituido por otro que permita una interpretación más favorable a la libertad.

3.-La seguridad de sociedad constituye un fin legítimo que debe protegerse, pero la alarma social no puede constituir la finalidad de la privación de la libertad, menos que los jueces se conviertan en una suerte de policías al determinar el mandato de detención; por ello es necesario que al momento de disponer el mandato de detención los jueces realicen una adecuada evaluación del peligro procesal en sus dos dimensiones: como peligro de fuga (la cual es reconocida internacionalmente) y como peligro de reiteración (que consiste en evitar que el imputado pueda cometer delitos durante el desarrollo del proceso)”(sic)

En la Universidad Nacional de Trujillo se encontró la siguiente tesis denominada *“Imposición de la prisión preventiva afecta el principio constitucional de presunción de inocencia del procesado”* por ZAVALETA CORCUERA, y CALDERÓN MORENO,⁶ en sus conclusiones señalan:

“La falta de aplicación de los criterios de la prisión preventiva sí genera irrazonabilidad de la presunción de inocencia en las sentencias condenatorias expedidas por los Jueces penales de la provincia de Trujillo, por cuanto las decisiones que se toman son arbitrarias e inclusive muchas veces desproporcional.

⁶ ZAVALETA CORCUERA, Efraín Vicente y CALDERÓN MORENO, Elmer Roger, *“Imposición de la prisión preventiva afecta el principio constitucional de presunción de inocencia del procesado”*, Tesis para optar título de Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, 2014, p.78 disponible en la web: <https://es.scribd.com/collections/14168721/prision-preventiva>.

Los elementos constitutivos que los Jueces Penales utilizan para fijar la prisión preventiva, son netamente de índole penal, dejando de lado los criterios de la presunción de inocencia establecidos en Constitución Política del Perú.

La motivación de las resoluciones judiciales, es un derecho y principio constitucional consagrado en los tratados internacionales y en nuestra legislación nacional, y los Jueces en sus sentencias en la gran mayoría, no vienen acatando este derecho de la persona.

En el Distrito judicial La Libertad, en gran porcentaje, las sentencias analizadas entre los años 2012 y 2013, no están debidamente motivadas de acuerdo a las reglas y criterios establecidos en el Código Penal, en consecuencia la manera como se pronuncian los Jueces Penales sobre el extremo de la presunción de inocencia es arbitrario, de tal manera que dichas sentencias adolecen de nulidad.

La inobservancia de las normas relativas a la presunción de inocencia dentro del proceso penal, se debe al desconocimiento de las mismas por parte de los operadores del proceso; quienes en su gran mayoría desconocen o se resisten a aplicar el Código Penal, tal como lo dispone artículo 2°, inciso 24, numeral e) de la Constitución Política del Perú” (sic)

En la Universidad Privada Antenor Orrego - UPAO de Trujillo se encontró la siguiente tesis relacionado a la prisión preventiva.

Tesis denominada “*El peligro de reiteración como fundamento para dictar prisión preventiva*” por Marcelo Morales, Víctor Hugo⁷ señala en sus conclusiones

⁷ MARCELO MORALES, Víctor Hugo, “El peligro de reiteración como fundamento para dictar prisión preventiva” tesis para optar grado académico de Licenciado en Derecho, Junio 2014, disponible en la web: <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/262>

"Primera: La figura jurídica del peligro de reiteración delictiva no se encuentra regulada dentro de nuestro ordenamiento procesal; por tanto, es poco conocida por los operadores del Derecho, y no se han encontrado tesis o tesinas en nuestro país; sin embargo, sí se han encontrado algunos artículos jurídicos en las revistas jurídicas físicas y electrónicas.

Segunda: En el ordenamiento jurídico del Perú existe viabilidad constitucional y legal para incorporar el peligro de reiteración delictiva como presupuesto material para que el juez pueda dictar mandato de prisión preventiva al imputado. Ello de conformidad con el deber primordial del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44 de la Const.) y entre otras finalidades de las medidas de coerción procesal, de evitar el peligro de reiteración delictiva (artículo 253° inciso 3 del NCPP).

Tercera: Los magistrados del Poder Judicial en las resoluciones de prisión preventiva, en relación al imputado sí toman en cuenta sus antecedentes policiales, penales y judiciales, la autoría o participación en hechos delictivos anteriores, su condición de reincidente o habitual, condenas cumplidas, reglas de conducta impuestas y cumplidas en los casos pertinentes, pero sólo pueden invocar el peligro de fuga o el peligro de obstaculización (artículos 269 y 270 del NCPP) debido a que la figura jurídica del peligro de reiteración delictiva no ha sido incorporado como presupuesto material para el mandato de prisión preventiva

Cuarta: La incorporación de la figura jurídica de reiteración delictiva como presupuesto material de la prisión preventiva, no constituye un anticipo de pena, toda vez que es deber del Estado tratar de impedir el accionar delictivo, en busca de la prevención e incluso hacer cesar las comisiones de delitos

afianzando la justicia en la sociedad, especialmente en determinados delitos que predominan en una sociedad como la nuestra⁸.

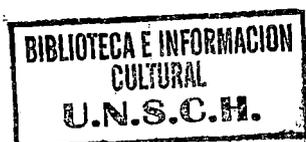
Quinta: La tesis que planteamos y defendemos tiene amplia recepción en los códigos procesales, en los organismos internacionales y en diversos tratados, que no han dudado en incorporar la figura jurídica de reiteración delictiva como presupuesto material para dictar el mandato de prisión preventiva, con la finalidad de asegurar el éxito del proceso y a la vez brindar una protección a la sociedad y a la víctima del delito; siempre y cuando existan suficientes elementos de convicción que hagan presumir la posibilidad de reiteración de su conducta delictiva y se respeten los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad.

Sexta: En aquellos delitos, que por su naturaleza, por la gravedad de los hechos, y cuando la medida resulte necesaria, teniendo en cuenta los requisitos que se fijan, se podrá adoptar la medida de prisión preventiva teniendo en cuenta el peligro de reiteración delictiva. Más aún si los fines de esta medida no tienen que ver exclusivamente con el objeto del proceso penal y con una ratio de consideración humanista, sino que se refleja en la perspectiva político criminal del legislador, y una necesidad defensiva de la sociedad, por parte del Estado”.

En la Universidad Autónoma de México⁹ (en adelante UNAM) se encontraron los siguientes tesis relacionados a la prisión preventiva.

⁸ Resaltado añadido

⁹ Vid. Biblioteca de la Universidad Autónoma de México, [en línea, fecha de consulta: 4 de mayo de 2015] disponible en la web: <http://bibliotecas.unam.mx/index.php/bibliotecasunam>.



Tesis titulada "La violación del principio de presunción de inocencia a través de la prisión preventiva" por CASTILLO,¹⁰ en sus conclusiones señala, "a lo largo de la historia la prisión preventiva ha existido, en su conjunto, se establece un criterio único y fundamental, pues bien, se ha hecho la distinción entre la prisión como una pena, así como una medida cautelar, ambas privativas de la libertad y desarrolladas en deplorables condiciones.

La medida cautelar más drástica que existe dentro del enjuiciamiento penal, se ha usado de manera irracional e indiscriminada, la cual estriba en esa privación de libertad del inculpado con el objeto de preservar los fines del proceso, hasta en tanto se llega al pronunciamiento de una sentencia firme que determine la inocencia o culpabilidad del procesado. De acuerdo con ello, se ha adoptado un Derecho Penal distinto y menos garantista, en donde se socavan en su mayor expresión los Derechos Humanos de las personas, buscando eliminar a lo que se ha denominado como "enemigo".

El estado Mexicano ha firmado y ratificado diversos tratados internacionales en materia de los Derechos Humanos con carácter obligatorio, en donde se encuentra regulado el principio de presunción de inocencia, asimismo, ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y a pesar de ello, ha legislado en contra de las

¹⁰ CASTILLO CASTILLO, César Gabriel "La violación del principio de presunción de inocencia a través de la prisión preventiva", tesis para optar licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de México, 2014, P 235 – 237 <http://bassi.derecho.unam.mx:8991/F/57B4D89PYG3KBI76F3PIIUBHDVR5GGHYNU231E59BV3L2JXA1I-01006?func=short-jump&jump=2014>

disposiciones internacionales al no reconocer y darle cabal cumplimiento a este derecho, generando consecuentemente una responsabilidad internacional del Estado al aplicar leyes inconvencionales que no se adecuan o armonizan a los parámetros internacionales respecto al sistema jurídico nacional, pues lo que sucede es que se debe ejercerse un control difuso de convencionalidad para darle un efecto útil al principio pro persona, inaplicando normas que transgreden los Derechos Humanos y otorguen la menor protección, razón por la cual, debe siempre prevalecer la inocencia sobre el régimen de la prisión preventiva y en caso de que se llegue a imponer que sea únicamente tratándose de casos excepcionales, y aunado a tal situación, siga per se la presunción de inocencia; sobre esa tesitura, los instrumentos internacionales pasan a formar parte del derecho vigente, situación que no se ha quedado de todo entendible por parte del ministerios públicos y por los juzgadores al momento de realizar sus funciones, de manera que debe ser de aplicación vinculante al momento de resolver en un caso concreto, pero sin descuidar el marco legal interno.

Asimismo recomienda, dentro de un sistema penal acusatorio en donde existe respeto irrestricto a los Derechos Humanos de toda persona imputada, la presunción de inocencia como principio básico del Derecho Penal moderno adquiere importantes consecuencias dentro del proceso, pues bien, al otorgar al imputado la preeminencia de preservar su libertad de lo que goza por un tiempo determinado, de manera que, mientras no exista una sentencia firme de condena.

No escapa a esta investigación que ambas figuras jurídicas, prisión preventiva y presunción de inocencia jamás podrá coexistir, el juzgador será quien valore las circunstancias del caso y pondere los Derechos Humanos que estén en pugna”

Tesis titulada “Prisión Preventiva y después de la reforma constitucional de 2008” por MONZÓN GONZALES¹¹ , en su conclusión sostiene que *“la prisión preventiva es una figura muy parecida a la pena de prisión, ya que dentro de sus similitudes esta una privación real de libertad, sin embargo no existe certeza jurídica en la culpabilidad del procesado, constituyendo una ejecución anticipada de una supuesta pena, careciendo de fundamento y más aún violenta al principio de presunción de inocencia por medio de la cual nadie puede ser considerado como culpable hasta en tanto sea declarado como tal mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.*

La prisión preventiva es violatoria a los derechos humanos en específico a la libertad, salud y trabajo, mismos que se ven vulnerados por el encierro del procesado, además de quedar eliminadas los derechos políticos comprobándose con esto que la ley le otorga mayor fuerza a la medida cautelar en mención que la protección de los anteriores derechos.

La prisión preventiva en la mayoría de los casos es aplicada a personas de escasos o limitados recursos, ya que se le priva de la oportunidad de obtener

¹¹ MONZÓN GONZALES, Raúl, titulada “Prisión Preventiva y después de la reforma constitucional de 2008”, tesis para obtener licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de México, 2012, p. 117- 191 disponible en la web: <http://bassi.derecho.unam.mx:8991/F/57B4D89PYG3KBI76F3PIIUBHDVR5GGHYNU231E59BV3L2JXA1I-01006?func=short-jump&jump=2014>

una libertad provisional caucional, aunando a la imposibilidad de recibir una defensa adecuada por un defensor particular, y quedando frecuentemente en manos del abogado de oficio, mismo que por la carga de trabajo que aluden normalmente estas dependencias, no ponen el interés y atención que amerita cada caso para una adecuada y en su caso exitosa defensa.

La prisión preventiva, según normas de derecho internacional, se debe utilizar como excepción, por ser una medida extrema, en atención a que se debe comprobar que otras medidas cautelares no serían efectivas para prevenir el riesgo de la sustracción de la acción de la justicia, el peligro fundado para la víctima o la sociedad o la obstrucción de la justicia.

En ese sentido recomienda (...) medidas alterativas a la prisión preventiva, propongo como opciones para suplir la medida cautelar conocida como prisión preventiva las consistentes en caución juratoria, cauciones económicas (dinero, hipotecas, prenda, embargo), caución personal, no ausentarse del lugar y prohibición de salir del país, no concurrir a determinado sin presentarse ante autoridad periódicamente exclusión del hogar, detención domiciliaria sin coerción, arraigo domiciliario, inhabilitación provisoria, arresto de un fin de semana, prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas y monitoreo electrónico.

Las medidas alternativas ayuda a perfeccionar la justicia penal que actualmete es impartida, así como se impartirá la reforma constituaional 2008, ya que obedecen a las necesidades reales del proceso y se beneficiará una real justicia y no violentando el principio de presunción de inocencia”

Tesis denominado "Nuevo Marco Constitucional de Prisión Preventiva" por ÁLVAREZ CAMACHO¹², en sus conclusiones señala, *"La prisión preventiva es una institución antiquísima, inveterada que ha ido a la par de la evolución de los sistemas penales que han existido en la historia y de la cual no se ha podido prescindir. De igual manera, la pena de prisión se ha constituido en el eje central de ius puniendi estatal, sin que a la fecha se vislumbre alguna alternativa efectiva a esta pena que sea acorde con la aspiración del respeto a la dignidad humana.*

Los Derechos humanos ha tenido un extraordinario desarrollo en el plano del derecho internacional y existe una tendencia en los Estados democráticos de universalizar su observancia a través de la implementación de nuevas instituciones jurídicas.

Uno de los temas centrales en debate en pro de los derechos humanos son las diversas garantías del imputado en un proceso penal. El sistema acusatorio adversarial redimensiona que la prisión preventiva y sean acordes con la exigencia irrestricto con el principio presunción de inocencia.

¹² ÁLVAREZ CAMACHO, Carlos, "Nuevo Marco Constitucional de Prisión Preventiva" tesis para optar grado académico de licenciado en Derecho por la UNAM, Santa Cruz Actalán México, Junio 2012, p. 203, disponible en la web:
<http://bassi.derecho.unam.mx:8991/F/57B4D89PYG3KBI76F3PIIUBHDVR5GGHYNU231E59BV3L2JXA1I-01006?func=short-jump&jump=2014>

En ese sentido recomienda, *“la prisión preventiva, de acuerdo con esta nueva visión, es concebida como una verdadera medida cautelar: una institución sin fin propio, sino un instrumento para garantizar el desarrollo del proceso. Así, ha pasado de ser la regla general a excepción a la regla, la más extrema de las medidas cautelares y, a la que más requisitos se debe exigir para su imposición. El espíritu de esta nueva visión tiene como premisa de concebir a la prisión preventiva como una pena anticipada y no se le concibe como instrumento de control social: las sociedades democráticas únicamente han de tolerarla si concilian dos intereses superiores, o por lo menos se evita un choque frontal entre ellas; la del individuo, a la libertad y la de sociedad, a la seguridad pública”*

Tesis titulada “ Prisión Preventiva Presunción de Inocencia, ¿conflicto de normas?” por SANTAMARÍA PLIEGO¹³, en sus conclusiones señala, *“hoy en día estamos en nueva crisis, que aunque esta presente en todos los sistemas jurídicos del mundo, aún en los más desarrollados, en México se ha convertido en una situación social insostenible. El abuso en el empleo de la prisión provisional, y en general de todo el Derecho Penal, ha generado conflictos tales como la sobre población penitenciaria que a su vez se traduce en condiciones de vida en reclusión por demás deplorable y en un significativo gasto de los recursos federales, en un sistema de readaptación social ineficaz, por no decir mínimo, y en general en una cultura en la que prevalece el castigo a la pobreza.*

¹³ SANTAMARÍA PLIEGO, Francisco José, “Prisión Preventiva y Presunción de Inocencia, ¿conflicto de normas?” tesis para optar grado académico licenciado en Derecho por la UNAM, Junio 2012, p. 117 – 127.

Naciones Unidas, el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y algunas instituciones y organizaciones no gubernamentales han hecho esfuerzos por cambiar ese panorama, no obstante, en México, la realidad parece inmutable y la lucha aislada (...)

En ese sentido recomienda, la prisión pevetiva se debe entender como la última medida cautelar a imponer, y que su único propósito sea el aseguramiento del proceso y de la futura pena. Por tanto, no deben existir ninguna especie de catálogos o rangos de punibilidad de los que dependa la libertad de una persona; sin duda la gravedad de los delitos es una circunstancia que se debe valorar, pero es el juzgador y no la ley quien de manera discrecional, valorando todas las circunstancias del caso, determine si es o necesaria una medida tan gravosa, Si realmente deseamos que nuestra situación mejore la reforma penal es una buena oportunidad, pero solamente si no cometeremos los mismos errores del pasado.(...) hemos desnaturalizado el Derecho Penal y sus instituciones convirtiéndolo en un mecanismo de control y de poder, cuando en la realidad debe ser la última razón pues siempre o casi siempre, hay mejores maneras de resolver los conflicitos. Entendamos que la calidad de nuestra sociedad no se define en los castigos que podemos imponer, sino se basa en la capacidad que tengamos de valorar y respetar los derechos fundamentales de todos y muchas veces olvidamos que no siempre fuimos libres, la libertad es un derecho que la humanidad ha adquirido tras costosas guerras y hoy es un buen momento para pensar en ello" (sic).

Tesis titulada "Prisión Preventiva en el sistema acusatorio. Propuesta para reformar el artículo 19 constitucional para ajustar el sistema acusatorio" por JUÁRES FABELA¹⁴, concluye señalando *"La prisión preventiva es una medida cautelar que consiste en privar la libertad de un imputado de un delito con la finalidad de evitar la frustración del proceso, este instituto se encuentra en conflicto la cual restringe al máximo de que al imputado de un delito se le prive la libertad personal.*

En el sistema acusatorio se concentra la tutela de los derechos de los inocentes y en el sistema a diferencia del inquisitivo que se enfoca en el castigo de los culpables, por lo que el primero consagra la presunción de inocencia mientras que el segundo finca la presunción de culpabilidad del imputado

En el sistema acusatorio la prisión preventiva deja de ser regla general para convertirse en la excepción, requiriendo la máxima ley que además de probarse la apariencia del buen derecho se demuestre el peligro de retardo, reconociéndola como una medida cautelar, y por ende, queda sujeta a los principios que se rigen estas figuras. Luego entonces, no bastará con que el órgano ministerial demuestre la existencia de un hecho delictuoso y la probable participación del imputado en el mismo, sino que además debe de probar por qué considera que la libertad del indicado constituye riesgo para a los fines del proceso, e incluso actualizando tales supuestos, debe acreditar que es

¹⁴ JUÁRES FABELA, Omar, "Prisión Preventiva en el Sistema Acusatorio. Propuesta para reformar el artículo 19 constitucional para ajustar el sistema acusatorio", tesis para optar grado académico licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de México, 2011, P 290 -291

indispensable (principio de excepción) y que guarda una relación proporcional con la finalidad del proceso, así como la gravedad del hecho (principio de proporcionalidad)

Asimismo recomienda, a efectos de ajustar el régimen que se prevé en el párrafo primero del numeral 19 constitucional al sistema acusatorio, se propone que el plazo de la detención judicial sea de 24 horas, obligando de esta manera al juez de garantía a que celebre la audiencia donde habrá de resolver respecto a la procedencia de la prisión preventiva, dentro de este plazo.

Con ello se evitará que los indicados se ven privados de su libertad hasta por setenta y dos horas innecesariamente, y aun suponiendo que resultará procedente la fijación del encarcelamiento, provisional las disposiciones secundarias le otorgan al imputado la posibilidad de solicitar, en cualquier momento y las veces que se necesite, la revocación de la prisión provisional anexando a su petición las pruebas que estime pertinente para ello (...)"

Asimismo de la indagación previa de informaciones científicas sobre estudios realizados sobre el tema a investigarse, serán desarrollados en antecedentes del proyecto de investigación.

Sin embargo, debe señalarse que se ha encontrado las siguientes publicaciones:

- * ARAYA VEGA Alfredo y QUIROZ SALAZAR, William "Prisión Preventiva" desde la perspectiva Constitucional, Dogmática y Control de Convencionalidad.

- * AMORETTI PACHAS, Mario, "Prisión Preventiva".
- * CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros "*El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*".
- * DE LA JARA, Ernesto, CHÁVEZ TAFUR, Gabriel y otros "La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?"
- * DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal"
- * GACETA PENAL, varios autores, Tomo 52, octubre de 2013, análisis de las recientes modificaciones efectuadas en CP por la ley N° 30076.
- * FRISANCHO APARICIO, Manuel, "Manual para la Aplicación de Código Procesal Penal"
- * MIRANDA ABURTO Elder Jaime, "Prisión Preventiva, Comparecencia, Restringida y Arresto Domiciliario en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional y Corte Suprema",
- * PEREZ LOPEZ, Jorge A. "El Peligro Procesal como Presupuesto Coercitiva Personal de Prisión Preventiva".
- * PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos y REYNOSO EDÉN, "Consideraciones específicas sobre uso de la prisión preventiva, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".
- * PALOMINO RAMIREZ, Walter, "Legislación de Emergencia como respuesta a la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana".
- * REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, "En Busca de la Prisión Preventiva".

- * RIEGO, Chistián y DUCE Mauricio “Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina”.
- * SANCHEZ VELARDE, Pablo. “Introducción al Nuevo Código Procesal Penal”.
- * MONTOYA CALLE, Segundo Mariano “Peligro Procesal y Proceso Debido”.
- * VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander “Detención y Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal”.
- * VASQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel y otros “Principios Fundamentales del Nuevo Código Procesal Penal”.
- * ZARZOSA CAMPOS, Carlos Enrique “Medidas de Coerción Personal” en el proceso penal peruano.
- * Sentencias del Tribunal Constitucional
- * Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- * Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- * Informe sobre “Uso de la Prisión Preventiva en las Américas” realizada por la Comisión Americana de los Derechos Humanos.

1.4. Delimitación de la investigación

1.4.1. Delimitación Espacial

La investigación que se propone, abarcará geográficamente en los Juzgados Penales de Huamanga.

1.4.2. Delimitación temporal

La investigación comprenderá al periodo agosto 2013 a agosto 2015.

1.4.3. Delimitación conceptual

La investigación que se propone comprenderá, únicamente el peligro procesal como presupuesto material de la prisión preventiva.

1.5. Alcances de la investigación

Los beneficios inmediatos de la investigación que se propone es determinar la influencia del peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva con la finalidad de mejorar la protección del *derecho a la libertad, dignidad humana y el respeto irrestricto a los Derechos Humanos de imputados sujetos a la medida de prisión preventiva en el marco del sistema penal garantista acusatorio*, ya que por la inadecuado análisis del presupuesto material referido al peligro procesal y al aplicar la reiteración delictiva, peligrosidad del imputado como finalidad preventiva de la prisión preventiva propio del derecho penal y del sistema inquisitivo podría vulnerarse el derecho a la libertad.

Para la imposición de la prisión preventiva el legislador peruano, denomina presupuestos materiales y exige su concurrencia de modo que la ausencia de uno de sus presupuestos fijados por la norma, torna ilegítima la aplicación de la prisión preventiva vulnerando los derechos humanos de los imputados sujetos a esta medida y así como indebidas condiciones carcelarias y hacinamiento de los internos, éstos generan detrimento de los principios más esenciales de la dignidad humana.

El estado peruano ha firmado y ratificado diversos tratados internacionales en materia de los Derechos Humanos con carácter obligatorio, convenios y declaraciones que regulan aquellos derechos y garantías inherentes al ser humano como el principio de presunción de inocencia y asimismo ha reconocido la competencia contenciosa de Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivo por el cual los jueces internos tienen la obligación de armonizar a los parámetros internacionales el sistema jurídico nacional al imponer la prisión preventiva, caso contrario generaría una responsabilidad internacional del Estado por violar los derechos humanos.

1.6. Objetivos de la Investigación

1.6.1. Objetivo General

Determinar en qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales en el periodo agosto 2013 a agosto 2015.

1.6.2. Objetivos Específicos

Oe1 = Determinar en qué medida el marco normativo sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva.

Oe2 = Establecer en qué medida la doctrina sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva.

Oe3 = Determinar en qué medida la jurisprudencia sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva.

1.7. Justificación de la Investigación

La investigación que se propone se justifica jurídicamente por la necesidad de mejorar la protección del *derecho a la libertad, la dignidad humana y respeto de los Derechos Humanos* en el marco de un sistema penal acusatorio, cumpliendo la protección de los derechos fundamentales protegidas por nuestra Constitución y tratados internacionales, ya que por la inadecuada valoración del presupuesto material referido al peligro procesal y al aplicar la reiteración delictiva, peligrosidad del imputado como finalidad preventiva de la prisión preventiva propio del derecho penal, se estaría vulnerando reiteradamente los derechos humanos de los imputados sujetos a esta medida y así como indebidas condiciones carcelarias y hacinamiento de los internos, éstos generando detrimento de los principios más esenciales de la dignidad humana.

El presupuesto material más importante para imponer la prisión preventiva es la concurrencia del peligro procesal, presupuesto que en muchas oportunidades no es tomado en cuenta por el juez quien en la práctica al referirse al peligro procesal, no precisa de manera objetiva las pruebas o indicios que se han actuado en la etapa preliminar y que lleven a la convicción de que el imputado va eludir de la acción de la justicia y obstaculizar la actividad probatoria, muchas veces limitándose en la fundamentación en el presupuesto

no referido al peligro procesal, pese a que legislativamente se precisa la concurrencia de los tres presupuestos en forma conjunta.

El auto de prisión preventiva es la segunda resolución judicial en importancia considerando la gravedad de sus efectos; la primera es la sentencia condenatoria por lo que resulta jurídicamente fundamental que los magistrados al momento de decidir judicialmente la medida coercitiva personal de prisión preventiva valoren y fundamenten adecuadamente el peligro procesal es lo que determina la legítima la procedencia de la prisión preventiva.

En un Estado democrático de derecho, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo del proceso, cualquier función que no sea estrictamente procesal cautelar es ilegítima.

El objetivo que se pretende investigar es determinar en qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva, ya que la teoría nacional, jurisprudencias del Tribunal Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalan que el principal presupuesto que se debe analizar y la ausencia de fundamentación o motivación en referencia al peligro de fuga u obstaculización convertiría en arbitraria a la imposición de la prisión preventiva.

1.8. Importancia de la Investigación

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos:

- * Permitirá determinar en qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto agravado y robo agravados en los Juzgados Penales Huamanga en el periodo agosto 2013 a agosto 2015.
- * Permitirá determinar en qué medida el marco legal sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados, establecer en qué medida la doctrina sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados, determinar en qué medida la jurisprudencia sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.
- * Permitirá conocer la influencia del peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización) en la imposición de prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.

1.9. Limitaciones de la Investigación

- Escasez de tiempo para la ejecución de la investigación
- Poca disposición de los jueces del Juzgado Penal de Huamanga
- Poca accesibilidad de biblioteca actualizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga sobre tema a investigarse.
- Escasez de bibliografía actualizada en Ayacucho en métodos de investigación jurídica.
- Falta de información estadística de prisión preventiva en los juzgados penales de Huamanga.
- Poca accesibilidad de información estadística del INPE.

1.10. Formulación de las Hipótesis de Trabajo

1.10.1. Hipótesis General

Determinar en qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales en el periodo agosto 2013 a agosto 2015.

1.10.2. Hipótesis Específicas

He1= El marco normativo sobre peligro procesal influye negativamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo gravados.

He2= La doctrina sobre peligro procesal influye positivamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo gravados.

He3= La Jurisprudencia sobre peligro procesal influye positivamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo gravados.

1.11. Identificación y Clasificación de Variables e Indicadores.

1.11.1. Variable Independiente (X): El Peligro Procesal

VARIABLE	INDICADORES
Independiente Peligro procesal	- Marco Normativo - Doctrina - Jurisprudencia

1.11.2. Variable Dependiente (Y):

Prisión Preventiva

Indicadores

- Concepto
- Naturaleza Jurídica
- Finalidad
- Límites
- Características
- Prisión preventiva y presunción de inocencia
- La presunción de inocencia como límite al uso de la prisión preventiva
- Principios que rigen a la prisión preventiva

- Presupuestos formales
- Presupuestos materiales
- Duración de la prisión preventiva
- Audiencia de la prisión preventiva
- Impugnación de la prisión preventiva
- Cesación de la prisión preventiva

1.11.3. Variable Dependiente (Y)

Hurto Agravado

Indicadores

- * Concepto
- * Descripción legal
- * Circunstancias agravantes
- * Bien Jurídico Protegido
- * Tipicidad Objetiva
- * Tipicidad Subjetiva
- * Grados de Desarrollo del Delito
- * Pena

1.11.4. Variable Dependiente (Y):

Robo Agravado

Indicadores

- * Concepto
- * Descripción legal
- * Circunstancias agravantes

- * Bien Jurídico Protegido
- * Tipicidad Objetiva
- * Tipicidad Subjetiva.
- * Grados de Desarrollo del Delito
- * Pena

1.12. Operacionalización de Variables e Indicadores

Hipótesis General

El Peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo gravados.

Variable Independiente (X)

VARIABLE	INDICADORES
Variable independiente peligro procesal	- marco normativo - doctrina - jurisprudencia

Variable Dependiente (Y)

Imposición de la prisión preventiva en los delitos en hurto y robo en gravados

VARIABLE	INDICADORES
----------	-------------

Variable Dependiente Imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo gravados	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión Preventiva • Hurto Agravado • Robo Agravado
---	---

Hipótesis Específicas

Primera Hipótesis Específica

He1= El marco normativo sobre peligro procesal influye negativamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.

VARIABLE	INDICADORES
Variable Independiente Peligro procesal	Marco Normativo - Constitución Política del Perú - Código procedimientos penales de 1940 - Código Procesal Penal de 1991 - Código Procesal Penal de 2004 - Peligro procesal como presupuesto material de la prisión preventiva (Art 268 CPP) - El peligro de fuga del imputado (Artículo 269 de CPP) Sub Indicadores: a) El arraigo b) La gravedad de la pena.

	<p>c) La magnitud del daño resarcible y ausencia de una actitud voluntaria de imputado para repararlo.</p> <p>d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior.</p> <p>f) Pertenencia o reintegración a una organización delictiva</p> <p>- Peligro de Obstaculización (Artículo 270 de CPP)</p> <p>a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.</p> <p>b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.</p> <p>c) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.</p> <p>- Circular sobre Prisión Preventiva (Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ)</p>
--	--

Variable Independiente (X)

Peligro procesal

He2= La doctrina sobre peligro procesal influye positivamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.

VARIABLE	INDICADORES
Variable Independiente Peligro procesal	Doctrina <ul style="list-style-type: none">- Finalidad- Alcances- La verificación del Peligro Procesal para fundamentar la Prisión preventiva

He3= La Jurisprudencia sobre peligro procesal influye positivamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.

VARIABLE	INDICADORES
Variable Independiente	Jurisprudencia Nacional
Peligro procesal	<ul style="list-style-type: none"> - Tribunal Constitucional - Corte Suprema - Pautas objetivas de valoración judicial para calificar el peligro procesal

Variable Dependiente (Y)

Imposición de la prisión preventiva en los delitos en hurto y robo agravados

VARIABLE	INDICADORES
Variable dependiente	Prisión Preventiva
<i>Imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Concepto - Naturaleza Jurídica - Finalidad y Límites - Características - Prisión preventiva y presunción de inocencia - La presunción de inocencia como límite al uso de la prisión

	<p>preventiva</p> <ul style="list-style-type: none"> - Principios que rigen a la prisión preventiva - Presupuestos Formales - Presupuestos materiales - Duración de la prisión preventiva - Audiencia de la prisión preventiva - Impugnación de la prisión preventiva - Cesación de la prisión preventiva
--	--

VARIABLE	INDICADORES
<p>Variable Dependiente</p> <p><i>Imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados</i></p>	<p>Hurto Agravado</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concepto - Descripción legal - Circunstancias agravantes - Bien Jurídico Protegido - Tipicidad Objetiva - Tipicidad Subjetiva - Grados de Desarrollo del Delito y pena

VARIABLE	INDICADORES
Variable Dependiente <i>Imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados</i>	Robo Agravado <ul style="list-style-type: none"> - Concepto - Descripción legal - Circunstancias agravantes - Bien Jurídico Protegido - Tipicidad Objetiva - Tipicidad Subjetiva - Grados de Desarrollo del Delito y pena

VARIABLE	INDICADORES
Variable Dependiente <i>Imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados</i>	Derecho Comparado <ul style="list-style-type: none"> - Tratamiento de la Prisión Preventiva desde los Derechos Humanos - Convención Americana de los Derechos Humanos - Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Corte Interamericana de los Derechos Humanos - Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

1.13. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.13.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

1.13.1.1 Descripción del Tipo de Investigación.

Tipo de Investigación: Descriptivo y explicativo

1.13.1.2 Descripción del Nivel de Investigación.

Nivel de Investigación:

Básico

1.14. MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.14.1 Método de Investigación

Concebido al método como la vía procedimental para alcanzar una meta, un conocimiento, en el trabajo de investigación el método a utilizarse son:

Análisis y síntesis.

1.14.2 Diseño de Investigación

Descriptivo y explicativo

1.15. MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Universo.

En la presente investigación el universo está constituido por el total de expedientes sujetos a la medida de prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados por los seis juzgados penal de Huamanga.

Población

Estará constituido por 200 autos de prisión preventiva dictada por los seis Juzgados penales de Huamanga, periodo agosto 2013 a agosto 2015.

Universo	Población	Muestra
Expedientes judiciales sujetos a prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados	200 autos sobre prisión en los delitos de hurto y robo en sus circunstancias agravantes o en los juzgados penales de Huamanga.	80 autos de prisión preventiva en los juzgados penales de Huamanga

1.16. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y FUENTES DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Técnicas

- ❖ Recopilación y análisis documental
- ❖ Observación
- ❖ Entrevista y encuesta
- ❖ Cuestionario

Instrumentos

- Ficha de Resumen
- Ficha Documental
- Entrevistas a Jueces
- Entrevistas a Fiscales
- Registro de Ingresos al INPE

Fuentes:

- *Documentales*
- * Libros
- * Revistas
- * Expedientes Judiciales: Autos de Prisión preventiva y audiovisuales.
- *Electrónicos*
- * Internet

1.17. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

- Selección y Representación por variables.
- Matriz tripartita de datos.
- Utilización del programa Microsoft Excel.
- Análisis estadísticos
- Análisis documental

CAPÍTULO II
VARIABLE INDEPENDIENTE
PELIGRO PROCESAL
TÍTULO I
Marco Normativo

2.1. Constitución Política de Perú

La Constitución del Perú en su art. 2° numeral 24 literal f, prescribe que *“nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia (...) la que es coherente con el artículo primero que señala “defensa de la persona humana y respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y Estado”.*

En ese sentido el Artículo 44 establece que *“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...)”*

La Constitución Política del Perú establece en la Cuarta Disposición Final *“las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se*

interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” en concordancia con el art. 55. “los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Asimismo, a partir del artículo 1° reconoce a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y Estado, el artículo 2 y sus consecuentes incisos que reconocen una amplia cobertura de derechos fundamentales, el artículo 44 que establece como deber primordial del Estado el respeto de los derechos y la seguridad y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los que nuestro país es parte, el reconocimiento a los procesos constitucionales reconocidos en el artículo 200, y finalmente la cuarta disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, todo esto ciertamente desde un plano teórico.

2.2. Código de Procedimientos Penales de 1940

Los antecedentes del peligro procesal como requisito de la prisión preventiva encontramos en el Código de 1940, sumario u ordinario cuando señalaba “la exigencia de un daño jurídico derivado de procedimiento”.

2.3. Código Procesal Penal de 1991

En el Código Procesal de 1991 respecto al peligro procesal establece dos peligros a) Peligro de fuga; y b) peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria artículo 135 literal 3 donde señala “*que existen suficientes elementos*

probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de justicia o perturbar la acción probatoria (...)".

Procede para delitos dolosos y culposos, éste es el último recurso entre los instrumentos procesales para lograr la sujeción del imputado al proceso y evitar la perturbación de la actividad probatoria y para que esto suceda el magistrado deberá de verificar la presencia de ciertos requisitos, incluso cuando estos concurren no le obliga a dictarlo.

La norma hace referencia a que el juez puede dictar mandato de detención, por tanto no se trata de una obligación, sino de una facultad que el juez puede hacer o no; pues quizá a criterio del Juez pueden existir otros medios coercitivos con las cuales se puede evitar eficazmente el peligro que se cierne sobre los fines del proceso; pero si estuviera convencido de que es necesaria la detención debe verificar la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

- Prueba suficiente de la comisión de un delito, que vinculen al imputado como autor o participe del mismo.
- Prognosis de una pena privativa de libertad superior a un año o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito
- Peligro Procesal.

En la norma primigenia el legislador peruano, todavía no establecía pautas objetivas para calificar el peligro procesal (peligro de fuga y entorpecimiento).

Pautas para calificar el Peligro Procesal (el peligro de fuga y entorpecimiento) fueron incorporadas en el Proyecto de abril de 1995 por la

Comisión Revisora del Código Procesal Penal, contenidas en el artículo 143 y 144.

Artículo 143. Para calificar el Peligro de fuga el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La pena que se espera como resultado del procedimiento
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta
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

Art. 144. Para calificar el peligro de entorpecimiento se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

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

La comisión revisora hizo mayores precisiones el proyecto de 1995, vigente del año 2006 mediante Ley 26480, donde establece que la caución podía ser sustituida por una fianza personal y que en ningún caso debía imponerse cuando el estado de pobreza o de carencia de medios económicos tornen imposible su cumplimiento.

Dicha Ley establece que el juez podía imponer una de las alternativas o varias de ellas según resulte adecuado el caso y que podía imponerse este tipo de comparecencia con la restricción de detención domiciliaria cuando se trataba de imputados de mayores de 65 años que adolecían de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria podía evitarse razonablemente.

2.4. Código Procesal Penal de 2004 – Decreto Legislativo 957

El Código Procesal Penal de 2004 estableció presupuestos claros para imponer la prisión preventiva en el artículo 268, entre ellos el peligro procesal específico que se divide en el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la actividad probatoria.

185842

El legislador además entendió que la reforma no podía dejar a libre discrecionalidad de los jueces en ese sentido **fijó criterios específicos para evaluar el peligro procesal**. Si bien no son criterios taxativos los artículos 269 y 270, no obstante debe resaltarse el avance nuestra legislación en la regulación de la prisión preventiva.

En el ámbito de peligro de fuga, la norma acoge los criterios de arraigo, facilidad para abandonar el país y mantenerse oculto, la conducta procesal del imputado a una organización, la gravedad de la pena, la naturaleza de perjuicio y la pertenencia del imputado a una organización delictiva 269. Por su parte, el

artículo 270 también fija los criterios que deben valorarse para determinar la existencia del peligro de obstaculización, la norma acoge los criterios la evaluación de la posible conducta obstruccionista del imputado y la influencia que éste pueda ejercer para que otras personas realicen actos de obstaculización como ocultamiento y falsificación de medios probatorios, amenaza a coimputados y/o testigos.

La norma exige al juez acudir a criterios específicos y no a su libre albedrío debiéndose comprobar en audiencia. No obstante el Código Procesal Penal de 2004 incorporó como finalidad de la prisión preventiva la reiteración delictiva en el artículo 253.3 *“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**”*. La reiteración delictiva si se toma en cuenta como peligro procesal desnaturaliza la lógica cautelar de la prisión preventiva.

Por otro lado el Código Procesal exige¹⁵ la audiencia para discutir de carácter obligatorio, para aplicar la prisión preventiva. El Fiscal es quien solicita, no obstante además debe sustentar en un debate contradictorio, siendo indispensable la presencia del abogado.

¹⁵ Artículo 271 del Código Procesal Penal

La audiencia garantiza el derecho de defensa, la contradicción, inmediación y postulación de parte. Por lo cual también debe analizarse desde una perspectiva formal.

El debate permite al juez un planteamiento adecuado del caso y de las pruebas que soportan al mismo. Es necesario que el imputado tenga la capacidad de defenderse frente a la imposición de la prisión preventiva. El debate garantiza que el juez, evalúe los elementos de convicción que acreditan la prognosis de pena y el peligro procesal.

El Código Procesal no se limita a acudir al antiguo binomio. Prisión Preventiva – Comparecencia Restrictiva, insuficiente para cubrir todos los casos en los que resulte necesario neutralizar el peligro procesal sino regula dentro de ámbito de las medidas alternativas de la prisión preventiva; la comparecencia (simple y restrictiva), la detención domiciliaria, el impedimento de salida, y la suspensión preventiva de derechos.

El Código Procesal Penal en ese sentido estableció los siguientes presupuestos materiales:

Artículo 268°.- Presupuestos materiales

1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

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

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.”

El Código Procesal Penal de 2004 en su Art.268, refiriéndose a los presupuestos materiales de la prisión preventiva, se evidencian que se exige la presencia de "*fundados y graves elementos de convicción*" para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo, y, vuelve a la redacción original del Art.135 del Código Procesal Penal de 1991, el legislador peruano incorporó en los Arts.269 y 270,

pautas para calificar la existencia de peligro de fuga y el peligro de obstaculización, es decir el peligro procesal.

El legislador erróneamente insertó como presupuesto material de la prisión preventiva referido a *“la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad”* cuando en realidad constituía peligro procesal.

En ese sentido en la publicación “Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal” DEL RÍO LABARTHE¹⁶, señalaba su desacuerdo al referirse la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma al ser establecido originariamente como presupuesto material, *“no estoy de acuerdo con calificar esta institución como presupuesto, tanto el fumus boni iuris como el periculum in mora (sea que se presente en la modalidad del peligro de fuga y/o en la modalidad de obstaculización) son indispensables para aplicar la prisión preventiva y es precisamente por esta razón que se les califica como tales (...). Evidentemente no es elemento indispensable o necesario en cualquier aplicación de la prisión preventiva.*

El Código Penal de 2004 con la Ley 30076¹⁷, adelantó (sic) la vigencia de los artículos 268, 269, 270 y 271, en todo el territorio peruano, debiéndose aplicar siguiéndose los presupuestos materiales y formales que regula el Código

¹⁶ *Ibidem*, p.66.

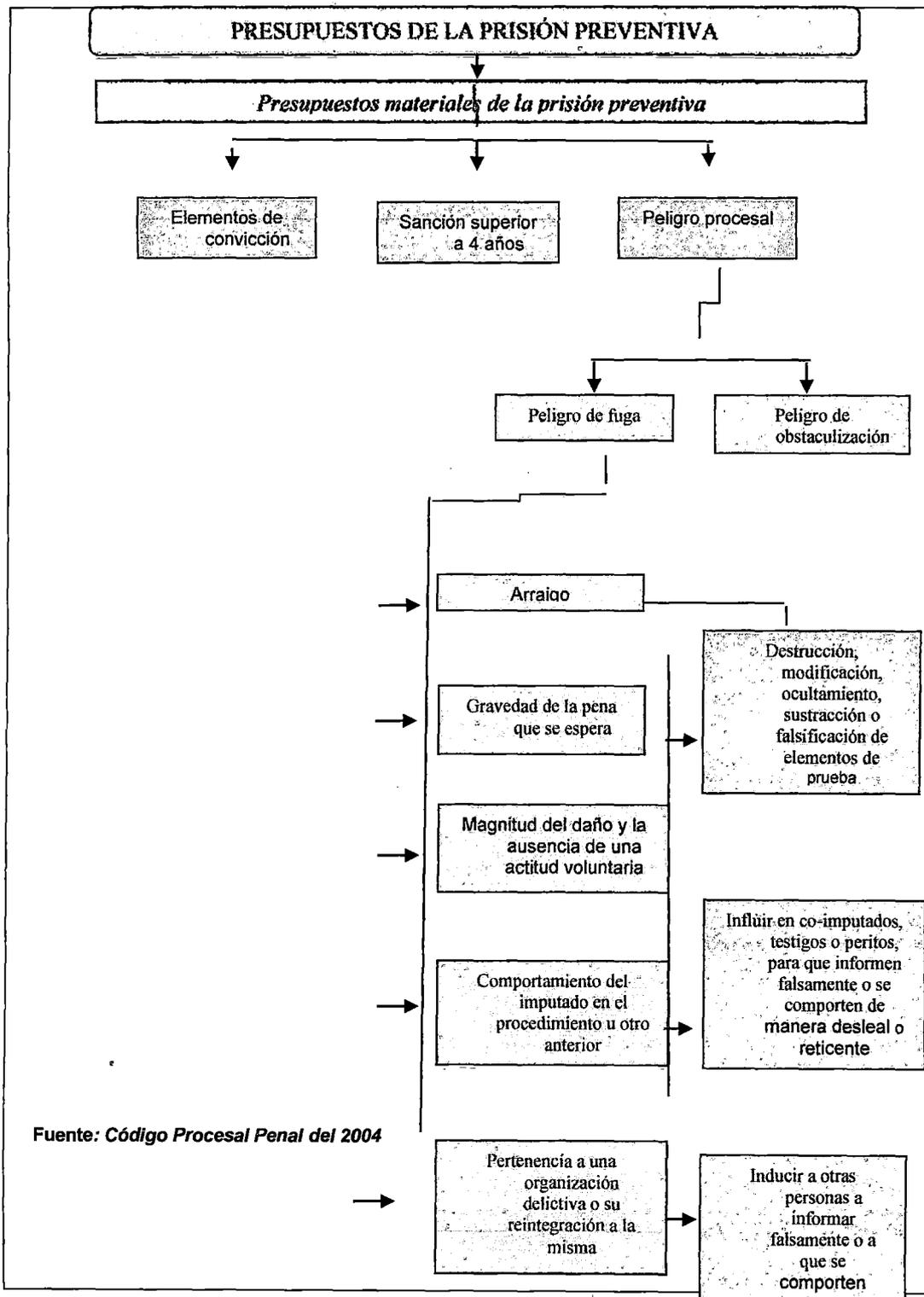
¹⁷ Publicada 19 de agosto de 2013.

Procesal, el mismo que modificó acertadamente en lo que refiere a la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma que originariamente establecía como presupuesto material para ser valorado en el peligro procesal específicamente en el peligro de fuga.

2.5. Artículo 268 del Código Procesal Penal con la modificación de la Ley N° 30076

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

Cuadro N° 1



2.6. Peligro procesal como presupuesto material de la prisión preventiva (Art. 268 CPP)

El peligro procesal está regulado en el artículo 268 literal c, que prescribe que ***“el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización”***

Sin embargo, imponer la prisión preventiva en contra del imputado bajo el argumento de que el imputado presenta antecedentes penales por otro hecho delictivo, vigente y/o rehabilitado o porque registra otras investigaciones a nivel pre jurisdiccional o preparatoria, no resulta razonable para evaluar y acreditar por sí solo la existencia del peligro procesal en una incidencia cautelar, por el contrario, debe ser estimada en el momento de la determinación de la pena en caso de hallarse responsable el imputado porque es un instituto vinculado estrictamente a los fines de la pena, conforme lo prescribe el art. 46 del Código Penal, e incluso hoy aparece expresamente previsto como circunstancia que agrava la sanción penal.

La existencia del peligro procesal no se presume, si se partiera de una presunción, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la prisión preventiva aun cuando no existiera peligro alguno, no basta entonces alegar su existencia, sin considerar las características particulares de cada caso

en concreto, que permita tener certeza sobre la existencia probable del peligro que genere la necesidad de la medida de coerción personal se puede sostener que estamos ante la presencia del peligro procesal.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten afirmar el reconocimiento de la obligación internacional del Estado de verificar el Peligro Procesal que torna necesaria la imposición en la prisión preventiva, tal es así que “prohíbe las detenciones arbitrarias, es decir, las que carezcan de razones que la justifiquen”, la observancia del peligro procesal en las resoluciones judiciales, permite garantizar el control judicial de la legalidad de toda detención.

2.7. Peligro fuga en el Código Procesal Penal de 2004

El peligro procesal es eludir *la acción de la justicia*, primer elemento que amerita un juicio de ponderación, se evalúa teniendo en cuenta el caso concreto a partir de distintos elementos que se presentan antes y durante el desarrollo del proceso que permita tener certeza o alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso.

El núcleo central de esta causal es evitar el riesgo de que el imputado no comparezca a las actuaciones futuras del proceso, principalmente al juicio oral y al cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria.

El peligro de fuga es una causal con una finalidad cautelar y eso explica el por qué es reconocida como una necesidad de cautela legítima tanto en la legislación internacional.

- a) *El arraigo*
- b) *La gravedad de la pena.*
- c) *La magnitud del daño resarcible y ausencia de una actitud voluntaria de imputado para repararlo.*
- d) *El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior.*

2.8. Peligro de fuga modificado por la Ley 30076

Según el artículo 269 Peligro de fuga

Para calificar peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta

- a) El arraigo
- b) La gravedad de la pena.
- c) La magnitud del daño resarcible y ausencia de una actitud voluntaria de imputado para repararlo.
- d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior.
- e) Pertenencia o reintegración a una organización delictiva

2.9. Peligro de Obstaculización

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

2.10. Circular sobre Prisión Preventiva¹⁸ (Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ)

El aporte más importante del circular 325- 2011 es el ámbito de análisis de los criterios para evaluar el peligro procesal, presupuesto más importante que legitima la prisión preventiva. Dicho circular constituye un documento de obligatoria lectura, para comprender los principales problemas de interpretación en relación a los presupuestos de la prisión preventiva, y asimismo para obtener información valiosa en relación a la interpretación de los criterios que pueden ser evaluados en torno al análisis del peligro procesal. No obstante el factor temporal considerado es polémica porque permite imponer prisión preventiva por el tipo de delito y la gravedad de la pena.

¹⁸ Publicada en el diario oficial *El peruano* el 14 de setiembre de 2011

2.11. Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos

El vínculo entre el Derecho Procesal Penal y los Derechos Humanos es estrecho y de la misma magnitud que con el Derecho Constitucional, en tanto los Derechos Humanos consagran una serie de principios y garantías penales que emergen de nuestra constitución Política del Perú.

La Declaraciones y Convenciones regulan derechos y Garantías inherentes a la dignidad humana en un Estado Democrático de Derecho, donde se respeten los derechos y garantías de carácter procesal penal.

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos (DDHH)

Aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó el 10 de diciembre de 1948, suscritos por todos los países de la Organización Colectivos el 16 de diciembre de 1966 en la que señala:

Artículo 9°. Nadie podrá ser *arbitrariamente detenido*¹⁹, preso ni desterrado.

Artículo 11° numeral 1, toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley y en juicio en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

¹⁹ Resaltado añadido

b) Convención Americana de Derechos Humanos

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Perú por Decreto Ley 22231 de 11 de julio de 1978.

Artículo 7.2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Artículo 7.3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Artículo 7.5. Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. *Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia.*

c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, ratificado en el Perú por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1976.

Artículo 9.3 Luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado a su aseguramiento procesal, a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado “peligro de fuga”.

TÍTULO II

Marco Doctrinario

2.12. Concepto de Peligro Procesal

Para la investigación se asumirá, que el peligro procesal es aquella aptitud y actitud del imputado para materializar el peligro de fuga, evitando comparecer a las actuaciones futuras del proceso penal y no asegurando el cumplimiento eventual de la pena u obstaculizar la actividad probatoria alterando, modificando y/o suprimiendo elementos probatorios que imposibilite a conocer la verdad.

Según el autor CABANELLAS²⁰, define el peligro: “riesgo o contingencia de que se produzca un mal o daño. Amenaza de ataque o agresión, peligrosidad social. Para Florián, la aptitud, inclinación o tenencia de un delincuente a delinquir de nuevo. Para Grispiñi, la capacidad de una persona para llegar a ser una probabilidad autor de un delito. Para Jiménez de Asúa, la peligrosidad integra una posibilidad relevante, una probabilidad de un elemento temido”.

Periculum, “voz latina: peligro, riesgo. Experiencia, ensayo, prueba. Enfermedad, indisposición. Sentencia condenatoria, en algunos casos responsabilidad derivada de la destrucción, pérdida deterioro o de una cosa o proveniente de mala administración o gestión torpe”

El peligro procesal, conocido también con la denominación latina de “periculum in mora” o “peligro por la demora” en derecho procesal civil que en el

²⁰ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico, 2da Edición T, VI, revisada, actualizada y ampliada, Editorial Heliasta, p. 439.

campo del derecho procesal penal suele denominarse *periculum libertatis* como presupuesto de la prisión preventiva.

El peligro procesal define REÁTEGUI SANCHEZ²¹ citando Exposición de Motivos, disposiciones transitorias: Principales novedades del Proyecto Código Procesal Penal de Tucumán – Argentina. *“La probabilidad de que el imputado actúe sobre la prueba, obstaculizando el descubrimiento de la verdad; o bien se ponga en rebeldía sin someterse al proceso, impidiendo su completa realización; o luego de sentenciado fugue sin someterse al cumplimiento de la pena”*

Siguiendo a REÁTEGUI SANCHEZ²² en ese sentido al peligro procesal es presupuesto más importante no sólo para su imposición, sino para toda la teoría cautelar dentro de un proceso.

En ese sentido ESCOBAR COTERA²³ citando PUJADAS TORTOSA define *“El peligro procesal es aquella aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal”*.

²¹ *Ibidem* p. Implicancias del Peligro Procesal p. 186.

²² *Ibidem*. p. 185.

²³ ESCOBAR COTERA, Mirko Rodney, La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal: Análisis normativo, legislativo, jurisprudencial y práctico, Gaceta Jurídica, Tomo 25, julio 2011, p.43.

En la publicación “El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales” de CUBAS VILLANUEVA²⁴ señala respecto al peligro procesal, hace alusión al *periculum in mora*, que constituye un presupuesto de toda medida cautelar que hace referencia a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación; al no ser así, en ocasiones se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena.

El peligro procesal, como presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta²⁵ (sic).

2.13. Posturas respecto al contenido del Peligro Procesal

²⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales. Palestra, Lima, 2005 pp. 513-514

²⁵ Ese mismo criterio es seguido en la STC recaída en el Exp. N° 1091-2002-HC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa, que señala lo siguiente: “El principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente...”. También en la STC recaída en el Exp. N° 2268-2002-HC/TC. Lima. Caso Moisés Wolfenson Woloch, en el que claramente se indica: “(...) El elemento más importante para evaluar la validez de la medida cautelar es el peligro procesal, de manera que, a mayor o menor peligro procesal, la medida cautelar podrá ser más o menos gravosa, respectivamente” (En: ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth, Jurisprudencia Penal del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 353).

La tesista respecto al contenido del peligro procesal asume la postura intermedia el peligro procesal, se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria que constituye el presupuesto más importante que se exige para imponer la prisión preventiva.

Postura también asumida por Bovino, Asencio Mellado, Quiroz Salazar y Araya Vega, Oré Guardia, Reátegui Sánchez, Del Río Labarthe, San Martín Castro que varió su posición en su última publicación Derecho Procesal Penal, también asumida por el Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de los Derechos Humanos como intérprete último de la Convención Americana de los Derechos Humanos e instrumentos internacionales sobre el tema y la Comisión interamericana de Derechos Humanos.

Se desarrollará el contenido y amplitud del peligro procesal, en la publicación "Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano", ORÉ GUARDIA²⁶ señala la existencia de tres posturas:

a) Prevención Radical

La primera postura de tendencia (legislativa y jurisprudencial) propia del modelo de prevención radical o teoría de la peligrosidad de incorporar nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiteración delictiva, la

²⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio, Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano. Trabajo expuesto en el evento denominado "Derecho Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Lima, 18 de mayo de 2006, pp. 43 y 44 citado por PEREZ LÓPEZ, Jorge A. El Peligro Procesal como presupuesto coercitiva personal de prisión preventiva en http://www.derechocambiosocial.com/revista036/EL_PELIGRO_PROCESAL_COMO_PRE_SUPUESTO_DE_LA_MEDIDA_COERCITIVA_PERSONAL.pdf

gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales o cuestiones de orden público, etc.

En ese sentido ORÉ GUARDIA²⁷ considera que esta postura contradice el modelo constitucional y la opción política criminal asumida desde el Código Procesal Penal.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha admitido como riesgo procesal legítimo la reiterancia delictiva, cuya finalidad es impedir, mediante la privación de libertad que el imputado continúa con la actividad delictiva.

Asimismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha justificado la prisión preventiva por el "riesgo de la comisión de nuevos delitos" en el informe 12/97²⁸ señala que *"cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad"*.

b) Restrictiva

²⁷ Ob. Cit. p. 7.

²⁸ Vid. Comisión IDH. Informe 12/97, párr.. 32.

Considera que existe un único supuesto de peligro procesal, el peligro de fuga, la tendencia más reciente cuestiona la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la prisión preventiva.

Esta posición se sustenta además en el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos (en su artículo 7°, numeral 5) sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar “su comparecencia al juicio”, y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 9° numeral 3) que autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales”

Postura inicialmente asumida por SAN MARTÍN CASTRO²⁹ en su publicación “Derecho Procesal Penal” afirma que, *“en realidad, el encarcelamiento preventivo sólo puede ser justificado para asegurar la comparecencia del imputado al proceso - peligro de fuga-”*. Asimismo sostiene que *“si la protección de la investigación fuera un fin legítimo de la prisión cautelar, nada impediría aplicarle medidas similares a peritos y testigos. Por otra parte, esta finalidad carece de sentido una vez concluida la investigación, a pesar de lo cual la privación de libertad se extiende mucho más de ella”*.

Finalmente, SAN MARTIN CASTRO³⁰, agrega que el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *“señala taxativamente que el*

²⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César Derecho Procesal Penal, Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 1999 p. 819.

³⁰ *Ibidem*, P. 819.

aseguramiento cautelar está determinado por la ausencia de garantías que aseguren”.

En ese sentido ALBERO BOVINO citando a BINDEN ³¹, considera que el “*entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado*”. Se debe reconocer; además, que el peligro de obstaculización de la investigación no sólo puede existir en mayor medida en las etapas iniciales del procedimiento, sino que éste puede ser neutralizado con mecanismos distintos a la privación de libertad del imputado.

En ese sentido SOLIMINE admite que el fin de neutralizar el entorpecimiento de la investigación sólo puede dar fundamento a la medida de coerción por un período sumamente breve, suficiente para garantizar la adquisición de los elementos de prueba que se pueden ver amenazados.³²

c) Intermedia

La tercera postura, que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto ***del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria.***

³¹ BIGLIANI Paola y BOVINO Alberto “Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano”, Colección: Cuadernos de Litigio, Editores del Puerto, Defensoría General de la Nación, primera edición 2008, disponible en la Biblioteca Conjunta - Corte Interamericana, fecha de Ingreso Agosto de 2008, N° de ingreso 24962 (en línea), disponible en la web: http://www.robertexto.com/archivo14/encarc_prev_ddhh.htm p.31.

³² SOLIMINE, Tratado sobre causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación, Argentina 2008 p.24

Postura asumida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como intérprete último de la Convención Americana de los Derechos Humanos e instrumentos internacionales sobre el tema.

Siguiendo esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³³ ha señalado, respecto del peligro de entorpecimiento, que se requiere que *“tal peligro sea concreto y no abstracto”*.

En la publicación “Estándares del Encarcelamiento Preventivo en el Sistema Interamericano” BOVINO³⁴ señala que, *“la existencia del fin procesal de la detención implica que sólo se permite recurrir a la detención cautelar, **sólo puede tener objetivo la neutralización de los peligros procesales** (peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la averiguación de la verdad)”*.

En la publicación “En Busca de la Prisión Preventiva” REÁTEGUI SÁNCHEZ³⁵ sostiene que *“la prisión preventiva tiende a evaluar siempre la peligrosidad procesal y nunca la cuestión de fondo. La prisión preventiva sólo debe existir por dos razones: una de seguridad, para impedir la fuga de quien presume que ha cometido el delito: y otra procesal, inherente a los fines del proceso, impedir la búsqueda de la verdad. Hay que distinguir la prisión con la declaración de peligrosidad procesal y la declaración de culpabilidad penal. Evidentemente, si hay peligrosidad procesal se necesitará cautelar la probable*

³³ Informe 2/91 párrafo 33

³⁴ *Ibidem*, Primera parte II, 2 párrs. 041 a 056 y Segunda Parte punto III, 3 párrs. 110 a 117.

³⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, En busca de la Prisión Preventiva. Jurista Editores, Primera Edición Setiembre 2006, p. 69.

sentencia condenatoria y para ello se utiliza el encierro preventivo. En cambio, habrá prisión con declaración de culpabilidad penal, cuando ha existido cuando ha existido una sentencia condenatoria impuesta por el órgano jurisdiccional con todas las garantías que le asisten al sentenciado”.

En ese sentido ARAYA VEGA³⁶ *“La única legitimidad que puede sostenerse para la imposición de medidas cautelares es que tienda a evitar o neutralizar riesgos procesales o peligros procesales. Así, para que resulte procedente su imposición, debe constatarse la existencia de riesgos o peligros procesales en el caso particular (...)”*

En ese sentido SAN MARTÍN CASTRO³⁷ en su publicación “Derecho Procesal Penal”, varió su postura, señala que *“el peligrosismo procesal tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Es la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. **Son dos los peligros, considerados automáticamente, que la ley reconoce: peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento”***.³⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha variado su postura en el informe 35/2007³⁹ señala que *“Como se ha dicho, esta limitación al derecho*

³⁶ ARAYA VEGA Alfredo y QUROZ SALAZAR William F., La prisión preventiva desde la perspectiva Constitucional, Dogmática y Control de Convencionalidad, Editorial Ideas, edición junio de 2014, Lima p. 50.

³⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César “Derecho Procesal Penal” Editorial Grijley, Tercera Edición abril 2014 p. 993.

³⁸ Resaltado añadido.

³⁹ Vid. Comisión IDH. Informe 35/2007, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Peirano Basso contra la República Oriental de Uruguay.

a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de vigencia de derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no solo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.

Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de presunción de inocencia. Este principio impide aplicar de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal”.

En el Informe la comisión instrumenta los estándares sostenidos en la sentencia de López Alvares y la jurisprudencia anterior del sistema interamericano, descartando que se imponga la prisión preventiva para evitar que el imputado cometa nuevos hechos delictivos, que representa un gran avance en la jurisprudencia interamericana y los operadores de la administración de justicia en el ámbito interno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Suárez Rosero Vs Ecuador"⁴⁰ señala que *"La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria."*

Asimismo la Corte IDH determinó⁴¹, que *"del artículo 8.2 de la Convención 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 no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es un medida cautelar no punitiva"*

La segunda exigencia de la Corte IDH derivó del principio de inocencia en el caso Suárez Rosero consistió en el fin exclusivamente procesal atribuido a la prisión preventiva como presupuesto de su legitimidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso López Álvarez⁴² señala "El tribunal de la causa no evaluó oportunamente la contradicción probatoria conforme a los parámetros de la legislación interna y de

⁴⁰ Vid. Sentencia Suárez Rosero vs Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 68 (resaltado añadido)

⁴¹ Vid Caso Suárez Rosero (Ecuador), párr. 77 (Resaltado añadido)

⁴² Vid. Sentencia caso López Álvarez vs Honduras

la Convención Americana, a fin precisar se mantenían las condiciones que justifican la prisión preventiva del señor López Álvarez”⁴³

*“De Artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios **para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia**”*
(nota omitida)⁴⁴

En ese sentido también la Corte IDH destacó con firmeza la necesidad ineludible de que los Estados parte cumplan con las obligaciones internacionales derivadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y definidas en su jurisprudencia.

La Corte IDH determinó en el caso Palamara Iribarne Vs Chile⁴⁵, señaló que *“en ocasiones excepcionales el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y **que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado o impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré de la acción de la justicia.** De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al*

⁴³ Ibídem párr. 73

⁴⁴ Ibídem párr.. 69.

⁴⁵ Vid Caso Palamara Iribarne Vs Chile, Sentencias de 22 de noviembre de 2005, párr. 198 (resaltado añadido)

ordenarse las medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos en la Convención”

2.14. Elementos de Peligro Procesal

El peligro procesal tiene dos elementos: El peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la actividad probatoria, ambas de carácter subjetivo.

a) Peligro de fuga

Se determina a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso penal y que se encuentran relacionadas, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar y laboral del actor en la localidad del órgano judicial que lo procesa, aspectos que crean juicio de convicción al juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso.

b) Peligro de obstaculización del proceso

Es la injerencia del procesado en libertad ambulatoria en el resultado del proceso, se manifiesta en la influencia directa del actor en la alteración,

ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, en la conducta de las partes o peritos del caso que incida en el juzgador a efectos de un equívoco resultado del proceso e incluso que de manera indirecta o externa el procesado en libertad *pueda* perturbar el resultado del proceso penal, aspectos de obstaculización del proceso que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar indicios fundados de su concurrencia deberá ser merecedor de una especial motivación que la justifique. La justicia constitucional no determina ni valora los elementos que dan lugar al peligro procesal del caso, sino que verifica que su motivación resulte mínimamente suficiente a efectos de la concurrencia de los presupuestos procesales que validan la imposición de medida cautelar de la libertad personal, puesto que en lo que al caso de autos respecta debe tenerse en cuenta que la ausencia de motivación en referencia a la *obstaculización del proceso* o de la *eventual sustracción del actor al proceso* convertiría a la imposición de la medida cautelar de la libertad personal (llámese prisión preventiva o mandato de detención provisional) en arbitraria y, por tanto, vulneratoria de lo establecido por la Constitución artículo 139º, numeral 3.

2.14.1 Criterios procesales de peligro de fuga

La mayoría de la doctrina concuerda que la finalidad de evitar la fuga del imputado se concreta en dos funciones más específicas: el aseguramiento de su disponibilidad física a lo largo del proceso penal y garantizar su sometimiento a la ejecución de la pena.

Peligro de fuga como tal implica para el operador judicial un examen relativo a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad se sustraiga a la acción de la justicia evitando el juzgamiento o el cumplimiento de la pena., no se afirma en forma esquemática de acuerdo a criterios abstractos sino debe *realizarse conforme al caso concreto*.

Los criterios referenciales más importantes son:

a) Arraigo

Este sustantivo proviene del verbo *arraigar* que etimológicamente está compuesto por las voces latinas *ad* y *radicare* (echar raíces).

En el Diccionario de la Lengua Española⁴⁶ señala el sentido intransitivo del verbo *arraigar* “*echar o criar raíces, establecerse de manera permanente en el lugar, vinculándose a personas y cosas*”; y en su sentido jurídico precisa: “*Afianzar la responsabilidad a las resultas de un juicio. Se usa así porque está fianza suele hacerse en bienes raíces, pero también se puede hacer por medio de depósito en metálico o presentado fiador abonado*”.

Según DEL RÍO LABARTHE⁴⁷ “*entre las circunstancias que pueden acreditar el arraigo se encuentra la posesión y con mayor razón la titularidad de un domicilio conocido o de bienes (principalmente inmuebles) propios de situados dentro del ámbito de alcance de la justicia*”.

⁴⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima Segunda Edición, T. III, 2005, p.142.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 53.

Según VILLEGAS PAIVA⁴⁸ *“uno de los criterios fundamentales para determinar el peligro de fuga es la existencia del arraigo del imputado en el país, entendido como establecimiento permanente en el lugar, vinculándose a las personas y cosas, manteniendo relaciones de una intensidad determinada con el medio en donde se desenvuelve. Jurídicamente el concepto de arraigo está determinado, en principio, por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia, de sus negocios o trabajo del imputado y de las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”*.

Según ZARZOSA CAMPOS⁴⁹ la falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de substracción del imputado a la acción de la justicia, pero permite presumirlo cuando combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes entre los que destacan los medios económicos.

En relación al arraigo familiar el Código Procesal Penal se limita a señalar como criterio interpretativo el asiento que es la residencia de aquellas personas que tiene lazos familiares con el imputado. Sin lugar a dudas deben tenerse en cuenta circunstancias personales, no siendo necesario que los familiares vivan con el imputado, en nuestra realidad se da cuando el pariente, a pesar de no vivir bajo el mismo techo, depende de él para su subsistencia.

⁴⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky, Ob. Cit. p. 148.

⁴⁹ *Ibíd*em, p.129

Según GUTIERREZ DE CABIEDES⁵⁰ "El arraigo laboral o profesional se constituye porque el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo que desarrolla en el país. También es un criterio a tener en cuenta el hecho que necesite permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral".

Debe tenerse en cuenta el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. Todos estos hechos deben ser evaluados en conjunto.

La exigencia de arraigo, en materia procesal penal tiene como finalidad establecer lazos permanentes y estables, que impliquen responsabilidades del imputado, y que permitirán prever que no se sustraerá de la acción de la justicia, asegurando así su presencia en el proceso.

El arraigo es criterio más valorado del peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva, sin embargo debe valorarse la calidad del mismo, el domicilio debe entenderse como residencia habitual, o lugar donde radica la persona y mantiene sus relaciones familiares donde los ciudadanos cumplen sus derechos y obligaciones, donde cada ciudadano cuenta con un documento de identidad, lo común sea el que figura en dicho documento.

⁵⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES, P, "La Prisión Provisional", Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, P.83.

Sin embargo, ello no siempre es así, existe gran número de ciudadanos peruanos que no cuenta con documento de identidad al no contar DNI puede considere como un factor de fuga dependiendo el caso concreto.

No obstante, respecto al domicilio que figura en el DNI, es relativo, puesto que múltiples circunstancias no reflejan la coincidencia del domicilio señalado y el lugar donde se habita (barreras burocráticas, costos, trabajo, etc.). En tal sentido señalar que no figure el domicilio actual en el documento de identidad es un elemento a considerar para establecer el peligro de fuga, resultaría arbitrario y ajeno a la realidad.

Asimismo el arraigo laboral debe evaluarse cuidadosamente, un gran número de ciudadanos tienen trabajo independiente más aún en nuestro contexto el empleo formal escaso, y altos niveles de informalidad y eventualidad, razón por el cual debe tenerse en cuenta los antecedentes laborales, formación técnica u oficio, la verificación de la actividad que desarrolla, si el imputado tiene responsabilidades laborales que cumplir para su sostenimiento y el de su familia.

b) Gravedad de la Pena

Según SAN MARTÍN CASTRO,⁵¹ *“este criterio fue asumido sobre la base de que hasta los 4 años de pena privativa de libertad es posible imponer una pena de ejecución suspendida condicionalmente. A partir de esa premisa se estimó*

⁵¹ *Ibíd*em, Tercera edición, 20014. p. 1014.

que los encarcelamientos preventivos disminuirían considerablemente; sin embargo, no se advirtió que los jueces interpretarían este requisito como definitorio para dictar prisión y que la implementación de una política criminal sobre criminalizadora tuvo como uno de sus ejes centrales aumentar considerablemente las penas con el propósito deliberado de punir desde el proceso penal, es decir, de estructura enjuiciamiento con reos en la cárcel y delitos inexcarcelables” (Sic).

No se trata de presupuesto de la pena a imponerse sino criterio reglado por el legislador relacionado al peligro procesal, específicamente al peligro de fuga.

Si bien la gravedad de la pena ha sido establecida en el Código Procesal Penal como requisito independiente del peligro procesal para la imposición de la prisión preventiva, lo cierto es que tal requisito debe ser entendido desde la perspectiva del peligro de fuga, pues el probable cuántum de la pena a imponerse genera cierta reticencia de imputado para someterse al proceso y con ello la ineficacia del proceso.

c) Daño resarcible y actitud.

Es un elemento que está vinculado con el reconocimiento de responsabilidad civil por el daño. En delitos contra el patrimonio, si el imputado asume con los gastos de la víctima, devuelve lo sustraído o repone debe tenerse en cuenta la actitud que adopta frente al daño que ocasionó.

Por otro lado también debe valorarse la magnitud del daño cuando se trata de numerosas víctimas, daños graves personales o patrimoniales, la magnitud de la puesta en peligro, etc.

d) El Comportamiento

Son los comportamientos adoptados, a partir del desarrollo de la investigación y de la misma persecución concreta a valorarse con respecto al peligro de fuga, debe valorarse si el imputado tiene la voluntad de colaborar con la justicia y el cumplimiento con sus deberes procesales.

Los antecedentes penales en sí no deben valorarse, sino cuál fue el comportamiento adoptado porque norma señala se verifique la conducta "en otro procedimiento anterior"

En la publicación "Encarcelamiento Preventivo y estándares del Sistema Interamericano", BOVINO señala *"el hecho de fundar la detención en antecedentes penales del imputado supone atender a circunstancias que no tienen relación alguna con el caso, lo que se estima vulnerar el principio de inocencia y el concepto de rehabilitación"*.⁵²

e) Pertenencia o reintegración a una organización delictiva

Por técnica legislativa considero un acierto del legislador peruano al haber incorporado la "pertenencia o reintegración a una organización delictiva" como

⁵² BOVINO Alberto y BIGLIANI, Paola, Encarcelamiento Preventivo y estándares del Sistema Interamericano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 141.

criterio que permite valorar el peligro procesal en sus dos elementos constitutivos peligro de fuga y peligro de obstaculización porque estaba considerado incorrectamente como un presupuesto material de la prisión preventiva.

En tendiéndose organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada con la finalidad de cometer uno o más delitos graves⁵³

Asimismo concuerdo con ASECIO MELLADO⁵⁴ cuando señala *“es éste en realidad un criterio que permite valorar el peligro el peligro procesal en un determinado caso concreto. Un motivo para valorar la procedencia de la prisión preventiva, siempre cuando, se ponga de manifiesto un especial riesgo de fuga u obstaculización, proveniente, no tanto del imputado, sino de los elementos materiales o personales de la organización”*.

2.14.2 Criterios procesales de peligro de obstaculización

Se debe tener en cuenta la existencia de un riesgo razonable de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, tiene relación con el objetivo del proceso penal, que es mediante la

⁵³ Cfr. Ley 30077. “Ley de crimen organizado”. Diario Oficial “El Peruano”, 20 de agosto de 2013. Lima, 2013. Art. 2 y 3.

⁵⁴ ASECIO MELLADO, José María, Ob. Cit. 517.

actuación de la prueba en un juicio oral, público y contradictorio, así como la determinación de la responsabilidad de la pena.

Así debe valorarse si existe riesgo razonable y objetivo de que la prueba se vea perturbada por cualquiera de las circunstancias ya citadas.

Riesgo razonable de que el imputado influirá o presionará para que u coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o de que inducirá sobre terceros para realizar los mencionados comportamientos.

2.15. Finalidad Procesal

La finalidad del peligro procesal es evitar o neutralizar riesgos procesales. Así, para que resulte procedente su imposición debe constatarse la existencia de riesgos o peligros procesales en el caso particular, exigiendo que la prisión preventiva tenga exclusiva finalidad procesal, aplicándose sólo para garantizar la realización de los fines que el proceso penal y no para alcanzar la finalidad de la pena y siendo válida la prisión preventiva del imputado cuando se verifican todos sus requisitos y además, si se pretende garantizar la realización de los fines del proceso.

A pesar de que la mayoría de la doctrina, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos limita el peligro procesal a dos supuestos: a) Peligro de fuga y b) peligro de Obstaculización, nuestra legislación sí admite como finalidad la prisión preventiva la reiteración

delictiva y es tomada en cuenta en su aplicación en los juzgados penales de Huamanga en el periodo 20 de agosto de 2013 a 31 de junio de 2015.

BOVINO, en su libro "Estándares del Encarcelamiento Preventivo en el Sistema Interamericano" señala que, "*la existencia del fin procesal de la detención implica que sólo se permite recurrir a la detención cautelar, sólo puede tener objetivo la neutralización de los peligros procesales (peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la averiguación de la verdad)*"⁵⁵

REÁTEGUI SÁNCHEZ⁵⁶ en el libro "En Busca de la Prisión Preventiva" sostiene que "*la prisión preventiva tiende a evaluar siempre la peligrosidad procesal y nunca la cuestión de fondo. La prisión preventiva sólo debe existir por dos razones: una de seguridad, para impedir la fuga de quien presume que ha cometido el delito: y otra procesal, inherente a los fines del proceso, impedir la búsqueda de la verdad. Hay que distinguir la prisión con la declaración de peligrosidad procesal y la declaración de culpabilidad penal. Evidentemente, si hay peligrosidad procesal se necesitará cautelar la probable sentencia condenatoria y para ello se utiliza el encierro preventivo. En cambio, habrá prisión con declaración de culpabilidad penal, cuando ha existido una sentencia condenatoria impuesta por el órgano jurisdiccional con todas las garantías que le asisten al sentenciado*".

⁵⁵ *Ibíd*em, Primera parte II, 2 párrs. 041 a 056 y Segunda Parte punto III, 3 párrs. 110 a 117.

⁵⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, En busca de la Prisión Preventiva. Jurista Editores, Primera Edición Setiembre 2006, p. 69. (resaltado añadido)

En ese sentido REÁTEGUI SÁNCHEZ⁵⁷ citando a BIRDAT CAMPOS, señala "... no es la gravedad de la conducta delictuosa ni la dimensión de sanción penal que está adjudicada a esa conducta o lo que justifica la privación de libertad; un delito menos puede justificar la privación de la libertad durante el proceso *si hay riesgo de que la finalidad del proceso sea burlada y esquivada por la persona a la que ese delito se le imputa*" (sic).

En ese sentido ARAYA VEGA⁵⁸ "*La única legitimidad que puede sostenerse para la imposición de medidas cautelares es que tienda a evitar o neutralizar riesgos procesales o peligros procesales. Así, para que resulte procedente su imposición, debe constatarse la existencia de riesgos o peligros procesales en el caso particular (...)*".

En ese sentido SAN MARTÍN CASTRO⁵⁹ en su publicación "Derecho Procesal Penal", varió su postura, señala que "*el peligrosismo procesal tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Es la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. **Son dos los peligros, considerados automáticamente, que la ley reconoce: peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento***".⁶⁰

⁵⁷ Ibídem p. 190

⁵⁸ ARAYA VEGA Alfredo y QUROZ SALAZAR William F., La prisión preventiva desde la perspectiva Constitucional, Dogmática y Control de Convencionalidad, Editorial Ideas, edición junio de 2014, Lima p. 50.

⁵⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César "Derecho Procesal Penal" Editorial Grijley, Tercera Edición abril 2014 p. 993.

⁶⁰ Resaltado añadido.

Según ROXIN⁶¹ la prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.

Según ASECIO MELLADO⁶² cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada.

Según el Código Procesal Penal de 2004 los fines son: (i) asegurar la presencia física del imputado en el proceso penal; (ii) que no eluda la acción de la justicia, que no se oculte frente a las órdenes judiciales que lo convocan para la actividad investigativa o probatoria dentro del proceso (iii) que no obstruya la actividad probatoria, ya sea intimidando o violentando físicamente a los órganos y fuentes de prueba adversos para variar su declaración o destruyendo las fuentes de conocimiento o alterándolos de su veracidad.

En la publicación "Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano", BIGLIANI y BOVINO⁶³, señalan "*queda claro que, según los estándares establecidos de la Corte IDH, rechaza el "derecho procesal del autor" (considerar las "características personales" del imputado para fundar la medida cautelar) y la "gravedad del delito. (...)"*.

⁶¹ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel Pastor revisada por Julio B. J Maier, editores del Puerto, Argentina, 2000, pg.257

⁶² ASECIO MELLADO, José María "Regulación de la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal del Perú" disponible en la pág. Web: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf> p.1

⁶³ *Ibidem*, p. 18.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala “La características personales de supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva”. De esta forma la Corte descarta la existencia del peligro procesal y promueve un derecho penal de acto descartando la imposición de la prisión preventiva válida. La prisión preventiva no debe fundamentarse en la peligrosidad del imputado, en la gravedad del delito que se le imputa porque tienen finalidad preventiva y no procesal.

La Comisión Interamericana⁶⁴ afirma *“la exigencia de riesgos procesales en el caso concreto para disponer la medida cautelar. Sólo la verificación de la presencia de algunos de **estos peligros (que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o que intente obstaculizar la investigación judicial)**, autoriza la imposición del encarcelamiento preventivo. Ningún otro fundamento puede legitimar la medida.*

Se descarta expresamente la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como “alarma social” o la repercusión del hecho”, “la peligrosidad” del imputado o el peligro de reincidencia (párrs. 84 y 141) porque se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presumible, precisamente, previa declaración de su culpabilidad” (párr. 141)

⁶⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, párr. 81.

En el informe insiste en la necesidad de que el riesgo o peligro procesal invocado para imponer la prisión preventiva debe fundamentarse en las circunstancias objetivas en tanto *“la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito”*.

2.16. Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano

La Corte IDH es el órgano facultado para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales que le confieren competencia,⁶⁵ sus decisiones, sentencias u opiniones, tienen un alto valor para la interpretación de las obligaciones de los Estados en el continente americano. Con el objetivo de dar plena eficacia a los derechos humanos a los estados partes, la Corte elaboró la doctrina del control de convencionalidad, la cual señala que los órganos del Estado en el marco de sus competencias, deben tomar en cuenta la CADH y la interpretación que sobre ésta ha realizado la propia Corte.

Según SAGÜÉS⁶⁶ en su publicación *“Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”* señala el control de convencionalidad es un *“potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos*

⁶⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, UNTS, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, artículo 62 (3)

⁶⁶ SAGÜÉS, Néstor, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1, 2010, p. 118

humanos". De acuerdo a la Corte esta doctrina tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional; los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno.

En 2006 la Corte Interamericana se refirió por primera vez al control de convencionalidad en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en esta sentencia afirmó que: los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁷.

Debido al carácter subsidiario del sistema interamericano y la obligación de agotar los recursos efectivos del derecho interno conforme a lo establecido en

⁶⁷ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

la Convención Americana y el derecho internacional, resulta evidente que los jueces y tribunales ordinarios sean los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad⁶⁸, en el *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*⁶⁹, la Corte señaló que: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex-officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”.

⁶⁸ Corte IDH, Voto disidente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007, que resolvió la Solicitud de interpretación de la Sentencia de 24 de noviembre de 2006 del Caso “Trabajadores Cesados del Congreso” vs. Perú.

⁶⁹ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso” (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

SUB CAPÍTULO III – JURISPRUDENCIA

2.17. Tribunal Constitucional y el Peligro Procesal

El peligro procesal está representado por el peligro de fuga y el peligro de obstaculización del proceso por parte del procesado

a) Peligro de fuga

Para el Tribunal Constitucional el peligro de fuga⁷⁰ se determina a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso penal y que se encuentran relacionadas, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar y laboral del actor en la localidad del órgano judicial que lo procesa, aspectos que crean juicio de convicción al juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso.

El Tribunal Constitucional no ha desarrollado el concepto arraigo, a pesar de éste es fundamental en la valoración de existencia o inexistencia del peligro de fuga, y que su interpretación debe efectuarse en armonía con la vigencia de los derechos fundamentales sin embargo, si realizó una definición de los componentes del arraigo, “como son las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes y sus vínculos familiares”⁷¹.

⁷⁰ EXP. N.º 01555-2012-PHC/TC fundamento 6

⁷¹ Vid.STC Exp. 1567- 2002 – HC/ TC, caso Rodríguez Medrano.

Mientras que la Corte Superior de Justicia de Lima⁷² sí desarrolló “el arraigo que tiene que ver con el establecimiento fijo en un lugar y en donde el agente mantiene relaciones de una intensidad determinada con el medio ambiente donde se desenvuelve. Este concepto comprende el otro parámetro de la profesión, domicilio, recursos y lazos familiares del imputado, pues el establecimiento en un determinado lugar depende de la actividad económica o laboral que desempeña, así como sus relaciones familiares o recursos. Si el arraigo es menor, obviamente mayor es el peligro de fuga, por lo que se procederá al análisis de la existencia o del referido elemento”.

b) Peligro de Obstaculización

Para el Tribunal Constitucional el peligro de obstaculización⁷³ constituye en la injerencia del imputado en libertad sobre el resultado del proceso, pudiendo ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, en la conducta de las partes o peritos del caso que incida en el juzgador a efectos de un equívoco resultado del proceso e incluso que de manera indirecta o externa el procesado en libertad pueda perturbar el resultado del proceso penal, que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar indicios fundados de su concurrencia debe ser motivado, caso contrario se convierte en arbitraria vulnerando el artículo 139º, numeral 3 de la Constitución Política del Perú.

⁷² Exp. 18332-2010, Sala Especializada en lo penal para proceso con reos en cárcel – Corte Superior de Justicia, 2010.

⁷³ EXP. N.º 01555-2012-PHC/TC fundamento 6.

2.18. Criterios Aplicados en Salas Superiores.

Peligro Procesal⁷⁴: Determinación respecto de la prognosis de pena y elementos

En lo que respecta al periculum in mora o peligro en la demora procesal, se tiene respecto a la prognosis de la pena, que deberá ser analizado desde la perspectiva del riesgo de fuga.

El legislador establece una pena tipo solo a partir de la cual se puede presumir la posibilidad de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. La existencia del peligro de fuga debe apoyarse en un análisis concreto del caso y basarse en hechos determinados y contrastados oportunamente, tales como arraigo del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

Peligro Procesal⁷⁵: Valoración de actitud y valores del agente y de forma cómo se sustrajo el bien.

El Juez no sólo tiene que valorar los aspectos formales de mandato de detención sino también las actitudes y valores morales del agente, su vínculo social, así como su ocupación y otros factores que permitan concluir con un alto

⁷⁴ Exp. N° 30906-2010, Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel - Corte Superior de Justicia de Lima, 2010.

⁷⁵ Exp. 18625-2010,

grado de objetividad, que la libertad del recurrente no ponga en riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. En este caso, al momento de la intervención policial se halló al agente con el celular de propiedad del agraviado; además, la forma y circunstancia de cómo se produjo la sustracción, la pluridad de agentes y el motivo, determinan que el peligro procesal esté latente ya que el imputado podría rehuir el juzgamiento (peligro de fuga) o perturbar la actividad probatoria (peligro de entorpecimiento)

Peligro Procesal⁷⁶. Necesidad de valorar actitudes y valores morales del agente

El juez no solo tiene que valorar los aspectos formales de mandato de detención, sino también las actitudes y valores morales del agente, que al momento de su intervención policial se dio a la fuga, es omiso al sufragio conforme se aprecia de su ficha de RENIEC, evidencia contradicciones al momento su manifestación policial en sus respuestas, cuenta con otras denuncias en su contra conforme el atestado policial, no ha concurrido a las citaciones policiales; siendo así el peligro procesal está latente.

Los criterios aplicados en las cortes superiores no tienen uniformidad de criterio respecto al peligro procesal.

2.19. Derecho Internacional de Derechos Humanos

a) Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

⁷⁶ Exp. 30241-2010- Tercera Sala Penal para proceso con Reos en Cárcel – Corte Superior de Lima, 2010

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye la aplicación concreta de los principios desarrollados por el sistema interamericano, con especial atención a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "López Álvarez" y en el informe 35/07 desarrolla contenidos concretos a los principios reconocidos como el principio de necesidad, legalidad, presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad y esclareciendo que la imposición de la prisión preventiva es legítima si se verifica el peligro procesal para limitar la aplicación de la prisión preventiva representando un gran avance en la Jurisprudencia Interamericana que debe ser aplicado por los operadores de la administración de justicia en el ámbito interno.

b) Corte Interamericana de los Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso López Álvarez Vs Honduras, 2006) señala "se admite legitimidad de la medida cautelar sólo cuando tienda a evitar los riesgos o peligros procesales".

En ese sentido la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en el informe (35/ 07), primera resolución de fondo referido al caso concreto (López Álvarez VS Honduras) ***ha descartado por ilegítima, aquella medida sustentada en finalidades preventivas, como la peligrosidad del imputado y la reincidencia o repercusión social del hecho, en tanto se apoyan en criterios de derecho material y no procesal ya que toda restricción a la libertad debe ser interpretada en virtud del principio pro homine.***

Asimismo en el informe destaca con firmeza la necesidad ineludible de que los Estados parte cumplan con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención definidas reiteradamente en su jurisprudencia.

La Corte Interamericana también se ha pronunciado sobre los fines de la prisión preventiva en los siguientes casos Suárez Rosero, de 12/11/1997, serie C. N° 114, párr. 180; Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129, 111.

“Esta Corte estima que el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente basta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8. de la Convención 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 no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos de derecho internacional de los Derechos Humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.

Caso Suárez Rosero⁷⁷

⁷⁷ Vid. Caso Suárez Rosero (Ecuador), Sentencia de 12 de noviembre de 1997

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Suárez Rosero Vs Ecuador"⁷⁸ señala que *"La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria."*

Asimismo la Corte IDH determinó⁷⁹, que *"del artículo 8.2 de la Convención 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 no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es un medida cautelar no punitiva"*

La segunda exigencia de la Corte IDH derivó del principio de inocencia en el caso Suárez Rosero consistió en el fin exclusivamente procesal atribuido a la prisión preventiva como presupuesto de su legitimidad.

Caso López Álvarez⁸⁰

"El tribunal de la causa no evaluó oportunamente la contradicción probatoria conforme a los parámetros de la legislación interna y de la Convención

⁷⁸ Vid. Sentencia Suárez Rosero vs Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 68 (resaltado añadido)

⁷⁹ Vid Caso Suárez Rosero (Ecuador), párr. 77 (Resaltado añadido)

⁸⁰ Vid. Sentencia Caso López Álvarez, párr. 69

Americana, a fin precisar se mantenían las condiciones que justifican la prisión preventiva del señor López Álvarez”⁸¹

*“De Artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios **para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia**”*
(nota omitida)⁸²

En ese sentido también la Corte IDH destacó con firmeza la necesidad ineludible de que los Estados parte cumplan con las obligaciones internacionales derivadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y definidas en su jurisprudencia.

Caso Palamara Iribarne Vs Chile⁸³

La Corte IDH señaló que *“en ocasiones excepcionales el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y **que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado o impedirá el desarrollo eficiente de las***

⁸¹ Ibídem párr. 73

⁸² Ibídem párr.. 69.

⁸³ Vid Caso Palamara Iribarne Vs Chile, Sentencias de 22 de noviembre de 2005, párr. 198 (resaltado añadido)

investigaciones ni eludirá de la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse las medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela⁸⁴.

*“Al respecto, la Corte nota que la orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hace mención a la necesidad de dictar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva porque existen indicios suficientes, que persuadan a un observador objetivo, **de que éste va a impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia.** Lo anterior, sumado al hecho de que la legislación interna [...] únicamente requería de “fundados indicios de la culpabilidad”, sin hacer alusión al fin legítimo que la medida cautelar debe buscar, llevan al Tribunal a concluir que la prisión preventiva en el presente caso se aplicó como la regla y no como la excepción.”*

En consecuencia, “el Tribunal declara que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención. Del mismo modo, se afectó su derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, en

⁸⁴ Sentencia de Corte IDH Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela de 17 de noviembre de 2009 párr 115

relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, puesto que “cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona”⁸⁵.

Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela⁸⁶

*“Asimismo, el Tribunal ha indicado que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente **necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia**. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocido, entre ellos, el principio de presunción de inocencia”⁸⁷.*

⁸⁵ *Ibíd*em párr. 116

⁸⁶ Vid Sentencia de la CIDH de 20 de noviembre de 2009.

⁸⁷ *Ibíd*em párr 144 (resaltado añadido)

Caso J. Vs. Perú.⁸⁸

“En esta línea, la Corte Interamericana ha reiteradamente señalado que para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.”⁸⁹

*“Este Tribunal ha precisado también que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivos = especiales atribuibles a la pena, **sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Concordantemente, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. De este***

⁸⁸ Vid Sentencia de Corte IDH Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela de 27 de noviembre de 2013

⁸⁹ *Ibidem* párr. 158

modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia” sic.⁹⁰

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile⁹¹.

“En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto”⁹²

Según las sentencias de la Corte IDH, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los siguientes requisitos: a) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe

⁹⁰Ibídem párr. 159

⁹¹ Vid. Sentencia Corte IDH Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile de 29 de mayo de 2014. 312.

⁹² Ibídem párr. 52

ser compatible con la Convención Americana de los Derechos Humanos. b) la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, el peligro procesal, es decir el peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria.

c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹³ es más específico, pues señala que *“el contenido del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que develen su intención de suprimir la prueba”*. Este mismo Tribunal ha indicado que *“si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o imputados.*

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁴ ha señalado respecto al contenido del peligro de fuga que: *“se reconocen cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes; y 5)*

⁹³ Vid STEDH, caso Wenhoff, de 27 de junio de 1968, párrafo 14.

⁹⁴ STEDH, Asuntos B; del 28 de marzo de 1990, párrafo 44; Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafo 43; y Stögmüller de 10 de noviembre de 1969, párrafo 15.

conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos; relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales” .

Respecto a reiteración delictiva, sí ha admitido como riesgo procesal legítimo en la resolución Stögmüller Vs Austria, 1969), sostiene que se puede fijar medidas cautelares la reiteración delictiva como peligro procesal.

En ese sentido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el tribunal Europeo no existe uniformidad de criterio sobre el peligro procesal, sino posiciones antagónicas.

La jurisprudencia influye positivamente el peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos que formamos parte el Estado peruano descartó por ilegítima, aquella medida sustentada en finalidades preventivas, como la peligrosidad del imputado, reiteración delictiva y reincidencia por apoyarse en finalidades preventivas del derecho material y no procesal, ya que toda restricción a la libertad debe ser interpretada en virtud del principio pro persona, es decir diferentes instrumentos internacionales aceptan como medida necesaria excepcionalmente la prisión preventiva, solo con fines estrictamente cautelares.

CAPÍTULO III

VARIABLES DEPENDIENTES

Título I

PRISIÓN PREVENTIVA

3.1 Concepto de Prisión Preventiva.

La prisión preventiva es una medida cautelar conocida también como lógica cautelar o riesgo procesal, limitativa de derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida en que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal por existir certeza de pretender obstruir la actividad probatoria y/o existir elementos que no garanticen la comparecencia del procesado a las diligencias judiciales y evasión en la aplicación eventual de la sentencia condenatoria, siempre que de imposición resulte compatible con los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad en el marco Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La tesista se adhiere al modelo garantista, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina procesalista.

En la investigación sobre la regulación de Prisión Preventiva en el Perú marco de "La reforma de la justicia penal" ASECICIO MELLADO⁹⁵, define: "*La prisión*

⁹⁵ ASCENCIO MELLADO, José María, La Prisión Preventiva en el Código Procesal del Perú, investigación efectuado en el marco del proyecto de investigación «La reforma de la justicia penal» (BJU2003-00192), concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología al Área de

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

Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado [...] En definitiva la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción de la presunción de inocencia, lo que exige que a la hora de su acuerdo, se adopten todas la prevenciones posibles y se huya de fórmulas automáticas o de reglas tasadas [sic]

Por lo tanto la prisión preventiva no debe perseguir objetivos del derecho penal material o sustancial, no puede asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena.

En el libro “La Prisión Preventiva” desde la perspectiva Constitucional, Dogmática y del Control de Convencionalidad de QUIROZ SALAZAR⁹⁶ señala sobre prisión preventiva, que: *“La prisión preventiva es una medida coercitiva personal de naturaleza provisional. Se trata de la privación de la libertad que formalmente decide un juez de investigación preparatoria, dentro de un proceso penal, con el fin de cerciorarse que el procesado esté sometido al proceso y no eluda la acción de la justicia o no perturbe en su actividad probatoria.”*

En ese sentido “Prisión Preventiva” de AMORETTI PACHAS⁹⁷, el autor sostiene que *“la detención judicial preventiva solo procede cuando existan hechos objetivos y razonables que lleven al convencimiento del Juez, que de no restringir la libertad del imputado podrá en grave riesgo el éxito del proceso, la actuación probatoria o posibilite que el imputado podrá en grave riesgo el éxito del proceso, la actuación probatoria o posibilite que el imputado pueda fugar. De tal manera que ante la existencia de nuevos actos de investigación se debilite la suficiencia de pruebas que dieron lugar a que se dicte la detección, aplicando los principios de provisionalidad, proporcionalidad es necesario que se aplique una medida menos gravosa a favor del imputado, lo que no implica, de ninguna*

⁹⁶ QUIROZ SALAZAR, William F y ARAYA VEGA, Alfredo, La Prisión Preventiva desde la perspectiva Constitucional, Dogmática y de Control de Convencionalidad, editorial Ideas, Junio 2014. p. 126

⁹⁷ AMORETTI PACHAS, Mario, Prisión Preventiva, Magna ediciones, Primera Edición, 2008, p. 13 y 14,

manera, que el juez emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, que se debe verificar al término del proceso, mediante una sentencia. Sino que debe concluir que se ha desvirtuado los fundamentos que sirvieron de sustento para que el juzgado decreta la detención.

Otro de los requisitos más importantes para decretar mandato de detención contra un imputado, es la concurrencia del peligro procesal, presupuesto que lamentablemente en muchas oportunidades no es tomado en consideración por el Juez, quien se limita a fundamentar sólo los requisitos antes referidos, pese a que legislativamente se precisa que los tres presupuestos deben concurrir en forma conjunta, para tal efecto el juzgado al referirse al peligro procesal debe precisar de manera objetiva las pruebas o indicios razonables que se han actuado en la etapa preliminar y que lleven a la convicción de que el imputado va eludir la acción de la justicia y obstaculizar la actividad probatoria”.

Por otro lado en la publicación, “La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?” DE LA JARA, Ernesto, CHÁVEZ TAFUR, Gabriel y otros⁹⁸ señalan que “*la prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena*”

⁹⁸ DE LA JARA, Ernesto, CHÁVEZ TAFUR, Gabriel y otros, La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Primera Edición 2013, p. 10.

Asimismo en la publicación “Causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad” de MORA SÁNCHEZ, este autor citando ZAFFARONI⁹⁹, señala que *“la prisión preventiva es la pena más común en toda nuestra región. El abuso es tan sistemático y corriente que la expresión inversión del sistema penal - con la que se caracterizó al fenómeno - ha perdido todo sentido: no se trata de un sistema penal que funciona en forma invertida, sino que el adelantamiento de la pena a la sentencia es su forma propia de operación. No hay un sistema invertido, sino que el sistema penal latinoamericano impone y ejecuta la pena antes de la sentencia”*.

En su publicación “La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal” DEL RÍO LABARTHE,¹⁰⁰ el autor señala *“La prisión preventiva es un acto procesal dispuesto por una resolución jurisdiccional, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena”*.

Asimismo en su libro “Manual del Derecho Procesal Penal” de SANCHEZ VELARDE¹⁰¹ señala que *“las medidas cautelares en el proceso penal son todas aquellas injerencias legítimas de la autoridad en los derechos fundamentales y*

⁹⁹ MORA SÁNCHEZ Jeffrey José, Causales de Prisión Preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad, Costa Rica, 2013, pág. 6.

¹⁰⁰ RÍO LABARTHE, Gonzalo “La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal”, Ara Editores 2008, p.21

¹⁰¹ SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual del Derecho Procesal Penal, Lima Idemsa, 2004, p.729

son instauradas como medios para lograr los fines del proceso. Se advierte de esto con la meridiana claridad que las medidas cautelares, entonces, no persiguen un fin en sí mismas, sino que son un medio para lograr los fines del proceso, esto es la aplicación de una sanción penal cuando corresponda al momento de emitir sentencia”.

Asimismo en su publicación “La Presunción de Inocencia, en: El Debido Proceso, Estudios sobre Derechos y Garantías Procesales” de BENAVENTE CHORRES¹⁰², quien sostiene *“En efecto, la imposición, por ejemplo, de la prisión preventiva, no implica adelantar un juicio en torno al fondo del asunto, esto es considerar culpable al imputado, sino que la medida coercitiva es la respuesta que da el sistema de justicia penal ante los riesgos o peligros procesales que la conducta del imputado puede generar.”*

También en su publicación “Derecho Procesal” SAN MARTIN CASTRO sostiene, la prisión preventiva citando a BOSH, *“puede definirse como la privación de la libertad mediante encarcelamiento, ordenada por la autoridad judicial, de un imputado incurso en unas diligencias judiciales por delito, antes de que se haya dictado un fallo condenatorio que contenga una pena privativa de libertad, siempre que el mismo no tenga el carácter de firme, adoptada de conformidad a los presupuestos recogidos en la ley”*¹⁰³.

¹⁰² BENAVENTE CHORRES, Hesbert: La Presunción de Inocencia, en: El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Gaceta Constitucional, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre del 2010, pp. 137.)

¹⁰³ SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal, Vol. II Edit. Grijley, 2006, p.1113.

En sentido contrario en la publicación "Detención Preventiva y Derechos Humanos" RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹⁰⁴ señala que: "*La medida privativa, impuesta excepcionalmente al supuesto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato Judicial, antes del pronunciamiento de una sentencia firme*".

Mientras que en el reciente "Informe del uso de la prisión preventiva en las américas" la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**¹⁰⁵ sostiene que, "*La prisión preventiva tiene un carácter estrictamente excepcional, y su aplicación se debe adecuar a los principios de legalidad, presunción de inocencia, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Esta medida procede única y exclusivamente en los casos y conforme a los requisitos expresamente previstos por la Ley, y sólo es admisible cuando se dirige a cumplir sus fines legítimos, que conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana son los siguientes:*

- a) *Prevenir el riesgo de que el imputado eluda la acción de la justicia, para lo cual se podrá tener en cuenta su nivel de arraigo en la comunidad, su conducta durante el proceso, la gravedad de la imputación y la eventual condena;*

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jesús, Detención Preventiva y Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México 1981 citado por ÁLVAREZ CAMACHO, Carlos, El Marco Constitucional de la Prisión Preventiva, tesis para optar licenciado en Derecho por la UNAM, México 2012, p. 29.

¹⁰⁵ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos pág. 22, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/1330, diciembre 2013.

- b) *Evitar que obstruya el normal desarrollo de las investigaciones o el proceso, para lo cual podrá valorarse la capacidad del acusado de alterar gravemente las pruebas, influir en los testigos o inducir a terceras personas a cometer estos actos”.*

3.2 Antecedentes Generales de la Prisión Preventiva

En su publicación “Derecho Penal Parte General MIR PUIG¹⁰⁶ señala que *“los antecedentes de la prisión preventiva son antiguos, pues se remontan a la vincula romana, lugar donde los atados, los vinculados (prisioneros de guerra) estaban custodiados para asegurar la validez de una detención hasta el cumplimiento de la condena correspondiente. Es decir, para esta civilización las prisiones sólo fueron para recluir a los acusados hasta antes de su sentencia evitando su fuga”*

En ese sentido en la publicación “Garantías de la Presunción de Inocencia” ROBLES BLÁCIDO¹⁰⁷ y otros señalan *“en el Derecho Romano, durante la República (siglo V hasta el año 34 a de J. c) la ley de las 12 tablas estableció plena igualdad entre el acusado y el ofendido, suprimió la prisión preventiva, hecha excepción de los casos de flagrante delito, crímenes contra el Estado o para conductas o hechos acerca de los cuales existía confesión.*

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, Euros Editores, 7º Edición- Reimpresión, 2005, Argentina, p. 675.

¹⁰⁷ ROBLES BLÁCIDO, Elmer, ROBLES TREJO, Luis Wilfredo y FLORES LEIVA, Víctor Efraín, Garantías de la Presunción de Inocencia, Editorial FFECAT E.R.L Primera Edición enero 2012. p. 163.

Las leyes Flavia de plagianarius y la liberalis causa amparaban al acusado contra toda detención ilegal. Salvo los casos de flagrancia y suma gravedad, estaba prohibido restringir la libertad, porque sólo podía hacerse con mandato del Magistrado o del defensor de la ciudad.

La prisión preventiva no era contemplada por la ley, razón por la cual quedaba a cargo del Magistrado ordenarla, en su caso”.

En su publicación “Teoría de la Pena” GARACÍA VALDEZ¹⁰⁸ “El origen de la pena privativa de libertad como institución definida y con características similares a la vigente se encuentra en la Europa de los siglos XVI y XVIII, sin embargo, lugares donde retener a la persona acusada o culpable de un delito han existido siempre, lo que ha variado es el decurso progresivo del tiempo ha sido su concepción”

Asimismo MIR PUIG¹⁰⁹ señala, “aunque pudiera parecer lógico que la historia de la prisión preventiva nació a la par de la prisión como sanción, lo cierto es que el surgimiento entre una y otra figura difiere en mucho, pues mientras la primera se remonra al Derecho Romano, la segunda, entendida en sus términos actuales es relativamente próxima, en el siglo XVIII se consolida la pena privativa de libertad en sentido actual de la pena consistente en el propio internamiento de un sujeto en establecimiento penitenciario. Hasta entonces la historia de la humanidad reservó generalmente a la prisión funciones distintas, en

¹⁰⁸ GARCÍA VALDEZ, Carlos, Teoría de la Pena, Editorial Tecnos, Madrid España, 1987, p. 63

¹⁰⁹ Ob Cit. Pág. 765

especial la de servir de custodia a quienes esperaban ser juzgados (la actual prisión preventiva) o habían de ser sometidos a tormento.

3.3 Antecedentes de la Prisión Preventiva en el Perú

En el Perú la prisión preventiva tiene como antecedente lo siguiente:

a) Código Procesal Penal de 1991

Reguló la detención preventiva (hoy prisión preventiva) en los artículos 135 a 139 del Código Procesal Penal que tuvo distintas modificaciones, mediante Ley 28726¹¹⁰, modificó el Inc.2 del Art.135 de la norma citada en mención estableciendo como presupuesto material para imponer detención preventiva, la pena probable debe ser superior a un año de pena privativa de libertad y no cuatro años como se establecía originariamente; o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito.

Posteriormente, con la Ley 29499¹¹¹ modifica el artículo 135 estableciendo, la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad.

Reformas no se han venido dando como resultado de una reflexión científica y un debate serio e inclusivo acerca de su pertinencia, viabilidad y consecuencias, sino que en muchos casos se han dado como reacción inmediata a situaciones coyunturales en las que se dio una presión social y mediática frente a la

¹¹⁰ Publicada el 09 de mayo del 2006

¹¹¹ Publicada 19 de enero de 2010

inseguridad en general; como parte de un discurso populista dirigido a sacar réditos políticos de la percepción subjetiva de la criminalidad.

Seún CUBAS VILLANUEVA¹¹² la norma establecía las siguientes características relacionado a la detención preventiva:

- a) **Facultativa**, el artículo 135 del Código Procesal Penal no era una norma imperativa, sino facultativa y dejaba al criterio de Juez para que basado en la Ley y los hechos, determine la imposición de la detención, luego de un juicio de razonabilidad.
- b) **Sólo procedía para delitos Dolosos**, la detención sólo procedía para delitos dolosos, quedando excluida la posibilidad de detención cuando se trataba de delitos culposos.
- c) **Para imponer debía concurrir tres requisitos**, prueba suficiente, pronóstico de pena superior a 4 años y peligro procesal.
- d) **Resolución fundamentada**
- e) **Estuvo sujeta a plazos**, la detención no debía durar más de nueve meses en el proceso sumario, ni más de 15 meses en el proceso ordinario

b) Código Procesal Penal de 2004

El Código Procesal Penal penal estableció presupuestos claros para la aplicación de la prisión preventiva establecidos en el artículo 268, un límite

¹¹² CUBAS VILLANUEVA, Víctor “El proceso Penal Teoría y Práctica”, Palestra Editores 1998, pp.199 – 200.

penológico, la necesidad de una alta probabilidad de condena (se entendiende una pena superior a 4 años de pena privativa de liberta) y la necesaria identificación del peligro procesal que se comone el peligro de fuga y obstaculización de la actividad probatoria.

En el peligro de fuga, la norma acoge los criterios de arrigo, facilidad para abandonar el país y mentenense oculto, la conducta procesal del imputado, la gravedad de la pena, la naturaleza del prejuicio y la pertenecia del imputado a una organización delictiva.

Asismismo en el artículo 270, referido a la obstaculización; que incluye, la evaluación del posible comportamiento que obstaculize el imputado y la influencia que éste pueda ejercer para que otras personas realicen actos de obstaculización (ocultamiento y falsificación de documentos, amenaza de testigos, etc.)

Estas normas permiten a los jueces y a fiscales pueden valorar según criterios específicos que además el peligro procesal deben comprobarse en audiencia, el imputado teniendo la apacacidad de defenderse frente a la prisión preventiva. El debate garantiza que el juez, evalúe los elementos de convicción que acreditanla prognosis de la pena y el peligro procesal. Pero además el debate es la mejor garantía de una decisión justa. En ese sentido existe un marco normativo parcialmente idóneo que otroga a los administradores de justicia, las herramientas necesaruias para evitar la arbitrariedad, resoluciones estereotipadas que no evalúen según el caso concreto.

Considero el legislador dejó cierta discrecionalidad al juez para valorar el peligro procesal tal como señala el circular 325-2011 sobre prisión preventiva por ejemplo la salud del procesado debe ser valorado para establecer el peligro procesal.

Sin embargo en la aplicación de la prisión preventiva si los operadores de la administración de Justicia no estén capacitados adecuadamente, estando en audiencia aún el juez podría incurrir en una imposición arbitraria y la defensa no podrá realizar adecuadamente la contradicción.

Por otro lado en el Código Procesal Penal impera el principio rogatorio, es decir debe existir una previa solicitud del fiscal para que admita el juez el requerimiento de la prisión preventiva.

- **Principio de Rogación Procesal** ¹¹³

El principio de rogación procesal es el principio que da inicio procesalmente a una petición en el sistema de audiencias penal, además, constituye una declaración de voluntad que la dirige el requiriente al juez de la investigación preparatoria. La rogación es un principio procesal, en virtud del cual se da impulso para que se admita determinado requerimiento de audiencia. No obstante, el término rogación no puede ser confundido con el de "suplica".

Debe existir una previa solicitud del fiscal para que el juez admita el requerimiento y convoque a la respectiva audiencia, el juez de la investigación

¹¹³ Artículo 255 del Código Procesal Penal

preparatoria no puede disponer la prisión preventiva del imputado por más que su análisis, o de un tercero solicite que debe imponer la prisión preventiva.

Sólo es Fiscal puede requerir la prisión preventiva por ser el único funcionario legitimado por el Código Procesal Penal según el artículo 255 y además tiene interés en el aseguramiento y sometimiento del imputado a la investigación y al proceso penal con la imposición de la prisión preventiva.

El actor civil y tercero civil no pueden impugnar la decisión de la prisión preventiva porque ello solamente pueden hacerlo respecto de las medidas patrimoniales vinculadas con la pretensión civil.

3.4 Presupuestos materiales sobre Prisión preventiva

Según el art. 268 del Código Procesal Penal puede el Juez, a solicitud del Ministerio Público, dictar mandato de detención preventiva si concurren los siguientes requisitos:

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

El Código Procesal Penal de 2004 regula la imputación conocida también como el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el peligro procesal conocida también como *peliculum in mora*.

a) Fumus boni iuris o fumus delicti commissi.

El primer presupuesto de la prisión preventiva, desarrolla la imputación es el presupuesto genérico de las medidas cautelares penales, si es lógica cautelar adoptada por nuestro Código Procesal Penal debe verificarse la existencia del proceso penal, es decir el conocimiento de un hecho con apariencia delictiva para que se imponga prisión preventiva.

El juez para considerar la procedencia de la imposición de la prisión preventiva debe considerar según el artículo 268 del C.P.P 2004 "... la existencia de fundados y graves que vinculen al imputado con la realización del hecho..."; y no la suficiencia probatoria como señalaba en el artículo 135 del C.P. P de 1991, El juez al apreciar los elementos de prueba, debe descartar toda duda, al considerar que se ha alcanzado la probabilidad de que se ha cometido el delito y la culpabilidad del imputado, por tal motivo está convencido de que corresponde decretar la prisión preventiva. Asimismo el juez debe estar seguro de que el hecho punible es típico, antijurídico y culpable; y que el imputado se encuentre vinculado como autor o partícipe de acuerdo a la investigación preliminar preliminar.

A fin de tener un mejor panorama analizaremos los conceptos de cada uno de los términos consignados en este artículo, según CABANELLAS.¹¹⁴

Fundados. Con fundamento, constancias o argumentos que apoyan la realidad y lo que se propone o se sospecha.

Graves. Grande, importante. De responsabilidad. Arduo o difícil. Dicho de delitos, el castigado con muerte, pena restrictiva de libertad de larga duración o multa cuantiosa.

Elementos. Fundados o parte esencial de alguna cosa. Parte, pieza o componente de algo. Datos o informes sobre un problema en cuestión.

Estimar. Apreciar, Juzgar, dictaminar, Tasación, valoración de una cosa.

Convicción. Convencimiento. Idea o ideal firme. Certeza.

Convencimiento. Cambio de parecer o creencia por el conocimiento de nuevos y superiores elementos de juicio. Creencia sobre un hecho. Convicción, certeza íntima; cual necesaria en los jueces para admitir las probanzas o condenar por un delito.

Razonablemente. Ajustado a razón. Con sensatez, sin exageración ni abuso. En grado menor, verosímil o probablemente.

Nuestro ordenamiento regula de manera singular, porque exige la existencia de fundados y graves elementos de convicción que vinculen al imputado con la realización del hecho delictivo que constituye el objeto de la investigación.¹¹⁵

¹¹⁴ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV,II,21 Edición, Revisada, actualizada y ampliada, Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1989, p.139, 197,400,591,364,369 y 21 respectivamente.

¹¹⁵ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, "La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal: Presupuestos, Procedimiento y Duración", En: Actualidad Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, N° 160, Marzo – 2007, p.158.

No se requiere un estudio exhaustivo y profundo del tema controvertido, basta un conocimiento con un alto grado de probabilidad, pues no se podría hablar de certeza porque ello se da en el juicio y posterior sentencia.

Asimismo se debe considerar la diferencia de la base probatoria para privar la libertad cautelarmente y la base probatoria para condenar. La prueba suficiente para alcanzar una condena con grado de certeza o seguridad, agotando todo los actos probatorios incorporados al proceso, mientras que la prueba suficiente para imponer prisión preventiva solo se necesitará un elevado y racional grado de probabilidad de atribución del delito imputado, en la cual habrá un mayor grado de duda, de incertidumbre objetiva al no estar todo el acopio de material probatorio a valorarse libremente.

En conclusión el juez debe analizar el juicio de probabilidad, en primer lugar sobre la existencia de un hecho delictivo y en segundo lugar la imputación de alto grado de probabilidad en la comisión del delito que vincule al imputado como autor o partícipe de mismo.

Para establecer la realidad del delito y la vinculación de imputado, se procede a realizar la prognosis de pena.

Según el Informe de Comisión Interamericana,¹¹⁶ al realizar el pronóstico de la pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en

¹¹⁶ Informe 35/07 de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Párr. 91.

concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. **Asimismo en los supuestos en que los se intenta realizar un pronóstico de la pena en concreto, se viola la imparcialidad de juzgador y el derecho de defensa en juicio.** La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos a la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán sersopesados en este contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido, lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que eventualmente, se habrá de dar en el caso”.

La Comisión Interamericana sostiene y comparto la posición en caso de considerarse el monto de la pena en que se encuentra exigido por el delito, solo puede considerarse el mínimo, ya que por cualquier otra consideración relativa a la expectativa de pena en concreto que realice el juzgador, estaría violando el principio a la garantía a ser juzgado por un juez imparcial, al adelantar juicios implicaría realizar un juicio de culpabilidad, sin tomar en cuenta los principios de provisionalidad que obligaría al juzgador plantear una hipótesis de los hechos que se imputa aún no probados, No obstante algunos autores señalan que se debe proceder a realizar la prognosis de pena en base a criterios de atenuación y agravación de la pena, establecidos en artículos 45-A y 46 del Código Penal, modificado por la Ley 30076.

b) Periculum in mora, peligro procesal o *periculum libertatis*.

Es el segundo presupuesto que debe cumplirse para imponer la prisión preventiva es el periculum in mora o *periculum libertatis*.

El peligro procesal es aquella actitud y aptitud del sujeto pasivo para materializar el riesgo de peligro de fuga y/o riesgos de frustración.

En el peligro procesal se advierte con mayor claridad cuáles son los objetivos que un ordenamiento procesal persigue mediante la utilización de la prisión preventiva.

En el artículo 268 del C.P.P los riesgos que se pretende evitar son el peligro de fuga y peligro de obstaculización, los mismo que deben ser valorados desde las conductas de atribuibles del imputado, regula presupuestos que responden a una estricta naturaleza cautelar y no a criterios vinculados a la alarma social, satisfacción de demandas de seguridad, ni prevención de delitos futuros o reiteración delictiva.

3.5 Modelos Doctrinarios de las Medidas de Coerción Personal

Con la finalidad de identificar a qué tipo de modelo corresponden las medidas coercitivas en nuestro país, nos referimos brevemente a los tres clásicos modelos de coerción personal en nuestro país que se conocen en nuestra doctrina nacional.

a) El Modelo Garantista

Según este modelo, el ejercicio del Estado a través de los operadores judiciales no es ilimitado ni absoluto, sino sujeto a determinados estándares normativos de control.

Este modelo propugna los siguientes postulados:

- * La incorporación de principios y garantías constitucionales como guías de orientación en su aplicación, siempre vinculados a criterios de interpretación con mayor grado de optimización a favor del derecho a la libertad personal.
- * Una presunción iuris tantum al derecho a la presunción de inocencia con relación al sujeto infractor del injusto típico.
- * Aplicación proporcional y de última ratio en el uso de la medida coercitiva personal de mayor intensidad.
- * Afirmar que esta tiene únicamente fines procesales, que solo el peligro de fuga justifica su adopción, y que la peligrosidad procesal no se presume.

a.1) Medida Cautelar o lógica cautelar

Conocida también como lógica cautelar, riesgos procesales o procesalista. El Código Procesal de 2004, siguiendo a los demás Códigos de la región, ha tratado de regular a la prisión preventiva desde un nuevo paradigma, teniendo a la prisión preventiva como finalidad garantizar el desarrollo de proceso pena y de sus consecuencias, sin embargo también está incorporado la

reiteración delictiva no como presupuesto de la prisión preventiva en el artículo 253. Numeral 3.

En la publicación “La Detención y Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal” por VILLEGAS PAIVA¹¹⁷ este autor citando a CALAMENDREI señala *“en la perspectiva de la lógica cautelar de la prisión preventiva, se puede afirmar que esta última es “instrumento de instrumento”, es decir es un instrumento utilizado para servir el proceso penal (asegurando su normal desarrollo), para que éste cumpla con sus objetivos, que es el ser a su vez un instrumento que posibilita la realización del Derecho Penal material”*.

Asimismo en la publicación “Acerca de la Justificación de la Prisión Preventiva y algunas críticas frecuentes” sintetiza esta teoría DEI VECCHI¹¹⁸ *“según la concepción cautelar, las condiciones normativas de aplicación de la prisión preventiva (cuya prueba en cada caso se requiere) son entonces: (i) la correlativa al *fumus boni iuris* del derecho procesal civil, que en el campo del derecho procesal penal suele denominarse **fumus commissi delicti**: la existencia de un determinado caudal probatorio en favor de esa hipótesis acusatoria (i.e. la comisión de un delito y la participación del imputado en él); (ii) la correlativa al *periculum in mora* del derecho procesal civil, que en el campo del derecho procesal penal suele denominarse **periculum libertatis**: la probabilidad*

¹¹⁷ VILLEGAS PAIVA, Elky, La Detención y Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal”, Gaceta Penal & Procesal Penal, Primera Edición, 2013, p. 81

¹¹⁸ DEI VECCHI, Diego, Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes, Revista de Derecho, Volumen XXVI, publicada 02 de diciembre-2013, Universidad de Génova Italia, p.198.

de frustración de los fines del proceso como contra fáctico del estado de libertad del acusado (i.e. el peligro de que el acusado ejecute una acción que frustre dichos fines en caso de ser dejado en libertad); (iii) el hecho de ser la prisión preventiva condición necesaria de la neutralización de dicho peligro procesal (i.e. el ser imprescindible la prisión para evitar la frustración de los fines procesales)” (sic).

En la publicación “La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, DEL RÍO LABARTHE¹¹⁹ señala “*el proceso penal es el instrumento para aplicar el Derecho Penal sustantivo y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho proceso*”.

En ese sentido en la publicación “Anuario de Derecho Penal 2008” DEL RÍO LABARTHE¹²⁰ refiere (...) “*Lo que ocurre es que cuando en un ordenamiento como el peruano, que exige la aplicación concurrente de ambos presupuestos, se justifica la medida solo en el apariencia de buen derecho, denomina en latín fumusdelicti comissi correlativa fumus boni iuris en procesal civil, ello implica una ausencia de motivación respecto al requisito del peligro procesal, indispensable para aplicarla y, en consecuencia, se afecta su correlativo, el principio de proporcionalidad. La prisión preventiva per se no afecta la presunción de inocencia, pues ha sido introducida en el ordenamiento jurídico para cumplir fines cautelares*” (sic)

¹¹⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario del Derecho Penal 2008, Fondo Editorial de PUCP, Universidad de Friburgo, Lima, 2009, p.100.

¹²⁰ Ob. Cit. p. 101.

En la publicación “En Busca de la Prisión Preventiva” por REÁTEGUI SÁNCHEZ¹²¹ señala *“la teoría de riesgos procesales, como función cautelar e instrumental dentro del proceso penal, está conectado por el conflicto entre el derecho (constitucional) de Estado de encarcelar preventivamente a una persona, y el Derecho (constitucional) a transitar por el proceso penal en libertad. Esta tensión es a través del peligro procesal se puede explicar de la siguiente manera: si el imputado permanece en libertad, el Estado correrá el riesgo de que la fuga o perturbación de la investigación por parte del imputado, impidan u obstaculicen el juicio y la realización del Derecho material. En cambio si se le priva de la libertad ambulatoria el riesgo cambia y es el imputado quien lo sufre, porque tal vez con sentencia definitiva se absuelva o se le condene a una pena de ejecución condicional. Con lo cual la prisión preventiva sería más fuerte que la pena misma. Es así que en la teoría de riesgos en el marco de un Estado de Derecho el riesgo debe asumir siempre el Estado y no el imputado. Ese es el modelo que hemos elegido históricamente, nos guste o no.*

En ese sentido que el peligro procesal es considerado como uno de los requisitos – sino el más importante- para la imposición de la medida procesal cautelar” (sic)

En ese sentido SANCHEZ VELARDE¹²² por la cual se tiene presente que la finalidad del instituto de la prisión preventiva es únicamente garantizar la

¹²¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, En Busca de la Prisión Preventiva, Jurista Editores, Primera Edición setiembre 2006, p. 185.

¹²² SANCHEZ VELARDE, Pablo. Introducción al Nuevo Código Procesal Penal, Primera Edición, 1ra reimpresión idemsa, Lima, 2006, p.109.

realización exitosa del proceso y de sus consecuencias, en tal sentido su objetivo será *“asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la efectividad de la sentencia, tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio”*.

En la publicación “La Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina” de RIEGO Chistián y DUCE Mauricio¹²³, señala que *“la prisión preventiva debe estar regida por una lógica cautelar, queremos indicar que el objetivo de esta institución del proceso penal es garantizar la realización exitosa del juicio y de sus consecuencias. Esto significa en términos prácticos que el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad, vale decir, que el proceso estará en condiciones de dar una sentencia de absolución o de condena”*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), se ha pronunciado en el mismo sentido, señala “de lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación de estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los fines estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de justicia, pues **la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva**¹²⁴.

El Tribunal Constitucional peruano también ha optado la teoría cautela cuando señala, “La detención provisional (prisión preventiva) tiene como última finalidad

¹²³ RIEGO Chistián y DUCE Mauricio, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, abril 2009.

¹²⁴ Vid. Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77; en igual sentido: Corte IDH, Caso Tibi Vs Ecuador, sentencia del 7 de setiembre de 2004, párr. 180 Corte IDH Caso Acosta Calderón Vs Ecuador, Sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 75

asegurar el éxito del proceso. **No se trata de una medida punitiva (...). Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficacia plena de la labor jurisprudencial**¹²⁵

Circular sobre prisión preventiva emitida por la Presidencia del Poder Judicial, a través de la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ¹²⁶ señala en el considerando Undécimo *“El criterio es sólido: La prisión preventiva “protege” el proceso, su normal desarrollo y resultado (...).”*

En la perspectiva de la lógica cautelar de la prisión preventiva, se puede afirmar que esta última es un *“instrumento del instrumento”*¹²⁷, es decir es un instrumento utilizado para servir al proceso penal (asegurando su normal desarrollo), para que este cumpla con sus objetivos, que es el ser a su vez un instrumento que posibilita la realización del Derecho Penal material¹²⁸. Entonces el proceso penal es el instrumento para aplicar el Derecho Penal Sustantivo y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho Proceso¹²⁹.

En ese sentido la mayoría de la doctrina, la corte Interamericana concuerda con concepción cautelar de la prisión preventiva que se basa en la distinción conceptual de la medida cautelar y la prisión como pena.

¹²⁵ STC Exp. N° 0298 – 2003- HC/TC, f.j 3iguamente STC Exp. N° 1567-2002-HC7TC, f.j.3

¹²⁶ Publicada en el diario Oficial el Peruano el 14 de setiembre de 2011, p.7

¹²⁷ CALAMENDREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. ARA Editores, Lima, 2005, 44 citado por VILLEGAS PAIVA, Elky, La Detención y Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Primera Edición, octubre de 2013 p. 81

¹²⁸ SANCHEZ ROMERO, Cecilia. “La prisión preventiva en un Estado de Derecho” En: Ciencias Penales, año 12, N° 44, Asociación Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, p.81.

¹²⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia en el Tribunal Constitucional, Anuario De Derecho Penal 2008. Temas penales en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional, Fondo Editorial de la PUCP- Universidad de Friburgo, Lima 2009, p. 100.

a.2) El Modelo Eficientista

Este modelo, de corte autoritario, se caracteriza, fundamentalmente, por subordinar el valor libertad al principio de autoridad, desconociendo la idea de límites al poder penal. En un modelo autoritario de persecución penal. En un modelo autoritario de persecución penal, sustituyen valores consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales y se convierte su observancia y cumplimiento en prácticas excepcionales. Así, bajo la justificación de las situaciones de emergencia o política coyunturales, los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia se vuelven relativos y se opta por medidas que no solo las pervierten, sino que las convierten reglas de procedimiento.

a.2.1) La peligrosidad

Conocida también como teoría como tesis sustantivista. En la publicación "Peligro Procesal y Proceso Debido" de MONTOYA CALLE¹³⁰ señala que *"El concepto de peligrosidad es un producto de la Escuela Positiva Italiana, que al servicio de su lema de la defensa social, entendida que no solo interesa el castigo de los delitos consumados, intentados o frustrados, sino que conviene anticiparse a la realidad del mal, adoptando medidas de seguridad contra sujetos de los cuales quepa esperar fundamentalmente por condiciones*

¹³⁰ MONTOYA CALLE, Segundo Mariano, Peligro Procesal y Proceso Debido, Editorial San Marcos", primera edición, Lima.2010, p. 231,

personales, de relación o ambiente, la comisión de actos que lesionan bienes jurídicos protegidos individuales o sociales; por lo que se propicia la fórmula: "mejor es prevenir que remediar". La teoría de peligrosidad se dirige a un fin de prevención; ubica su apoyo en el derecho de la sociedad a defenderse de sí misma y asegurar su propia conservación"

En la publicación "Medidas de Coerción Personal en el Proceso Penal Peruano" de ZARZOSA CAMPOS¹³¹ señala *"en cuanto a los objetivos de la prisión preventiva existen dos concepciones: por un lado encontramos a los sustantivistas, que confunden el encarcelamiento durante el proceso con la pena o medida de seguridad del Derecho Penal. Por otro lado, hallamos a los procesalistas, quienes captan perfectamente la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo, asignándole sólo la misión de custodiar los fines del proceso, para que este pueda cumplir con su función instrumental de afianzar la justicia"* (sic)

En ese sentido en la publicación "Reiteración Delictiva, Medidas Cautelares y Penas", IDEBURQUE LEAL¹³² señala *"el análisis de las penas con referencia a la reiteración delictiva remite de inmediato al tema del peligro para la seguridad de la sociedad, que en muchos casos, quieren la justificación de la previsión preventiva (provisional) además del clamor público y exageración de los medios periodistas. El punto es que, con la demora en la tramitación de los juicios, la prisión preventiva se presenta con una forma de condena anticipada"*.

¹³¹ ZARZOSA CAMPOS, Carlos Enrique, Medidas de Coerción Personal en el Proceso Penal Peruano, Editorial Fondo de Fomento a la Cultura, Primera edición, 2011, pp. 108-109

¹³² JOVANKA PRACIANO IDEBURQUE LEAL, Reiteración Delictiva, Medidas Cautelares y Penas, Programa de doctorado en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Granada, España 2012, disponible en web: <http://bondeler.blogspot.com/2012/04/reiteracion-delictiva-medidas.html>.

MORA SÁNCHEZ, Jeffry José¹³³ señala *“Modelo de respuesta punitiva que se encuentran indisolublemente ligados a un uso instrumental y perverso de la figura de la detención preventiva por ejemplo; que la conciben como un instrumento de lucha contra la impunidad, que la conciben con funciones propias de la pena, que la aplican como condena anticipada. Se trata de modelos que restringen, severamente, y a nombre de la eficiencia, los derechos fundamentales y las garantías judiciales a todo nivel, que conciben el control judicial como control meramente formal y no material, que privilegian los medios sobre los fines”*.

La aparición de este modelo se da en casos resueltos por nuestra justicia constitucional. En uno de ellos, en el conocido Cartel de Tijuana, el Tribunal constitucional legitimó la ampliación extraordinaria en el plazo de 72 meses) en criterios esencialmente externos y basados en factores de peligrosidad social (descontrol de la inseguridad ciudadana y de la criminalidad organizada y estabilidad democrática)

El análisis del peligrosismo procesal fue desarrollado de manera abstracta y superficial, si exponer cada uno de los criterios que legitiman.

El caso de Thayron Loza Munárriz, dicho órgano constitucional acudió a razones subjetivas más asociadas a una conducta procesal y basadas en el elemento de un Derecho Penal de autor, como lo es el perverso uso de antecedentes y valores morales del imputado.

¹³³ MORA SÁNCHEZ, Jeffry José, Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad, Acta Académica ISSN 1017-7507, Costa Rica, 2014 ISSN 1017-7507, p. 189.

a.3) El Modelo Preventivita Radical

La propuesta de este modelo se encuentra dirigida a enfrentar la delincuencia y seguridad ciudadana a cualquier tipo de costo.

En el marco de la legislación internacional el caso estadounidense representa la manifestación más trascendente en su aplicación. Así luego de los atentados terroristas del 11 de setiembre de 2001, el gobierno firmó la denominada "Acta Patriótica", instrumento legal aunque no necesariamente constitucional que contenía una serie de normas de intensa intervención en los derechos fundamentales a la libertad personal, privacidad, secreto de las comunicaciones y presunción de inocencia.

En nuestro país, la expresión más alta de esta política de desconocimiento y rechazo a los derechos y garantías se dio con la legislación antiterrorista de 1992¹³⁴ durante el régimen del ex presidente Alberto Fujimori; y cuyas consecuencias legales fueron graves para nuestro país, especialmente a nivel jurisprudencia de la Corte de Internacional de los Derechos Humanos en donde el Estado peruano sería declarado responsable internacionalmente por la violación sistemática de muchos de los artículos contenidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

¹³⁴ Decreto Ley N°254751 (Ley que creó el delito de traición a la patria), ambos promulgados del golpe de Estado de 1992.

Nuestro modelo es garantista, o cuando menos, debería serlo. No obstante, pareciera que en nuestra normativa vigente, se asoman e instalan espacios tanto del modelo eficientista como del preventivista radical¹³⁵.

3.6 Diferencias Conceptuales con la Prisión Preventiva

A) Detención policial

Si la policía interviene a un sujeto e flagrancia¹³⁶ delictiva o cuasi flagrancia es una detención policial, en esta decisión no interviene el juez o tal vez algunas veces el fiscal porque la policía en el Perú tiene facultades legales para intervenir y detener a cualquier ciudadano que se encuentre perpetrado un ilícito penal (art. 259°) del Código Procesal Penal de 2004).

La Policía puede detener a las personas cuando aquellas estén ejecutando un hecho ilícito. Este tipo de detención que efectúa la Policía es de nivel administrativo.

Esta detención no dura más allá de veinticuatro horas, con excepción en los Delitos de Terrorismo, Espionaje y Tráfico Ilícito de Drogas (art. 264°), sin embargo, es el fiscal quien decidirá si ordena la libertad del ciudadano detenido o si solicita prisión preventiva u otra medida alternativa.

¹³⁵ PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos y REYNOSO EDÉN, Consideraciones específicas sobre uso de la prisión preventiva, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 64, octubre de 2014, p. 342.

¹³⁶ La ley de 27934 regula la intervención de la policía en flagrancia delictiva, incluso define supuestos en que el ciudadano incurre en flagrancia.

Asimismo, actualmente la Policía tiene facultades para detener a las personas en casos urgentes y de estricta necesidad (art. 203°. 2), en donde hubiera peligro de pérdida de la prueba del hecho, pero esta restricción deberá efectuarse siempre con estricta observancia del principio de legalidad procesal, más nunca deberá materializarse violando derechos fundamentales del ciudadano tiene expedita la vía judicial de la tutela de derechos (art. 71°, 4). En este caso solo procede la detención judicial cuando no se requiera previamente autorización judicial.

Para la Ley Procesal (art. 259°. Literal 2) es flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.

Para QUIROZ SALAZAR¹³⁷ a respecto *“le parece un exceso que la Policía prive la libertad a una persona por la presunta comisión de una falta o contravención, porque en las faltas solo existen sanciones limitativas de derechos y multas, conforme el art. 440°, modificado por la Ley 30076, salvo que imputado sea reincidente o habitual y la falta sea de carácter doloso en donde existe la discreción judicial de imponerle sanción privativa de libertad, más aún si en las faltas no existe la complicidad ya que sólo corresponde el autor (art. 440 . 2); en cuanto a las contravenciones solo se sanciona con medidas de corte administrativo. Sin embargo, en la praxis observamos que los policías intervienes expresan a los ciudadanos “acompañeme a la comisaría” pero*

¹³⁷ Ob. Cit. p. 105.

cuando estas personas concurren voluntariamente y de buena fe con la policía que los interviene, recién se percatan, en la Comisaría, que aquel lo está poniendo a disposición de la Comisaría de la jurisdicción territorial de los hechos (...)

La Ley procesal en su conjunto es clara si el suceso es una falta debe concederse su libertad, no hay prisión preventiva por faltas.”

QUIROZ SALAZAR¹³⁸ citando a CUBAS VILLANUEVA señala que *“la Policía, fuera de los supuestos de flagrancia delictiva y la de detener por mandato escrito y motivado del juez, no puede privar la libertad de una persona.*

CUBAS VILLANUEVA nos hace recordar las difundidas prácticas policiales antiguas de detenciones masivas “por sospechoso”, “por indocumentado”, “por operativo”, “por rastrillaje”, “por batidas”, hoy bajo el falaz argumento “que se le encontró en el registro personal dos tipos de droga” todas estas son ilegales. Agrega CUBAS VILLANUEVA que la policía no tiene facultad legal para detener, ni siquiera en los casos en que una persona haya sido denunciada por la comisión de un delito, pues la libertad se restringe por la medida judicial [sic].

En este último supuesto cuando la policía pretenda detener a una persona contra quien tiene evidencias y elementos probatorios, además de la existencia de riesgo de fuga, debe buscar su detención utilizando la vía de la detención judicial preliminar conforme el artículo 26° literal 1° del Código Procesal Penal de 2004.

¹³⁸ *Ibíd.* p. 107

B) La retención policial de una persona

No es una privación de la libertad, tampoco es una forma de detención policial, menos judicial. Se trata de una medida restrictiva de carácter administrativo que la ejecuta la Policía sólo con fines de identificación al ciudadano que fue intervenido sin documentos e identidad.

La retención policial a una persona hasta por cuatro horas es una variante de la restricción de los derechos del ciudadano que prescribe el Código Procesal Penal en el artículo 205° literal 4 del Código Procesal Penal de 2004 con fines identificatorios o el de pesquisa, de manera que en su primera forma solo se tomará impresiones de sus huellas digitales, es decir, se cotejará el registro de las fichas de RENIEC a fin de descartar las homonimias; luego de cumplido el trámite, el ciudadano se puede retirar; en la segunda forma el de retención de la persona para realizar pesquisa es posible aplicarlo cuando en un operativo dirigido contra determinada persona, se encuentra a esta con otro ciudadano de quien la policía tiene algunos indicios plausibles de que podría estar vinculado material y delictivamente con la persona a quien intervinieron en cuasiflagrancia o por una detención judicial preliminar, etc, en este caso si la Policía dentro de las cuatro horas de retención tuviera evidencias que vinculen a la persona retenida entonces el fiscal debe requerir al juez la extensión de las horas e retención hasta el plazo de veinticuatro horas que dura constitucionalmente la detención de una persona, es decir , la extensión sólo sería de veinte horas más.

C) El arresto ciudadano

El arresto ciudadano es la restricción de derechos a una persona quien cometi6 o acaba de cometer un il6cito penal, es decir en flagrancia delictiva; quien lo aprehende no necesariamente es un funcionario policial sino cualquier ciudadano o integrante de los servicios de seguridad ciudadana (Serenazgo).

El arresto ciudadano tiene sus l6mites constitucionales y exigencias formales. El arresto ciudadano no procede en caso se diera la condici6n que la persona a arrestarse estuviera en flagrancia delictiva. Si el arresto de una persona se diera las condiciones antes fijada entonces las personas que la ejecutan deben de conducirlo de inmediato a la polic6a. No est6 permitid que las personas que lo arrestan puedan hacerlo con fines de ayudar a la v6ctima o a la poblaci6n para "ejercer justicia por sus propias manos".

Las personas que hacen el arresto ciudadano tambi6n debe entregar a la autoridad policial los bienes o efectos que le hubieran encontrado al arrestado. Ellos por s6 solos no pueden cumplir el rol de polic6as o autoridades; si los ciudadanos que colaboran con la autoridad ejecutan actos contrarios s los l6mites ser6a desbordar la esencia del arresto ciudadano y deslegitimar arresto o provocar que se invalide las fuentes de conocimiento probatorio del suceso criminal.

D) La detención policial por mandato escrito judicial

Se trata de una medida de orden administrativo que la Policía se encarga de cumplirla. La orden judicial procede como efecto procesal de una resolución judicial dentro de un proceso penal, bien porque el ciudadano contra quien se impone o dicta la medida judicial se encuentra en las situaciones jurídicas de reo ausente o reo contumaz.

La Policía no puede ejecutar esta medida en caso no tuviera la orden judicial escrita de captura debidamente suscrita por el respectivo juez. A esta medida, policialmente se le conoce como la requisitoria. La orden judicial de detención tiene su origen en una resolución judicial debidamente motivada, si no existe hay responsabilidad en quien la suscribió o autorizó la captura.

La detención policial por mandato escrito judicial puede ser también la consecuencia procesal de una orden del juez de investigación preparatoria o del juez penal de turno (con la Ley 30076), que haya declarado fundado e requerimiento fiscal de detención judicial preliminar contra una persona. Es decir, antes que se inicie el proceso penal en vía cautelar conforme la regla el artículo 261° literal 3 del Código Procesal Penal de 2004.,sin embargo la detención judicial preliminar tiene su propio tratamiento legal.

E) La detención judicial preliminar

Es una medida cautelar que dicta se realiza el juez de la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o, con la Ley 30076. El juez penal de turno, quien debe resolver sin más trámite. Por lo tanto, se puede afirmar que no hay actividad probatoria debido a que solo es apreciación y valoración de los actuados investigatorios.

Reitera QUIROZ SALAZAR¹³⁹ en su publicación "Prisión Preventiva" señalando, *"la detención judicial preliminar es una medida privativa de libertad que prevé el Código Procesal Penal de 2004 contra aquellos ciudadanos que se les investiga ante la noticia criminal pero en donde no existe flagrancia delictiva y solo opera en casos que existan razones fundadas materiales y, además, formales, siempre que: (i) la pena privativa que prevé el Código Penal para la figura penal que se le atribuya tenga como sanción mayor a cuatro años de pena privativa de libertad. (ii) exista peligro procesal de fuga"*.

Puede observarse que en el artículo 261 del Código del 2004 se detallan los casos en que el Juez de la investigación preparatoria puede dictar detención preliminar en los siguientes supuestos:

- Exista razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito y además se presente el riesgo de fuga del autor, sin supuesto

¹³⁹ Ob. Cit. pg. 116

de flagrancia delictiva, cuya sanción conminada sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad,

- En caso de fuga de quien ha sido sorprendido en flagrancia y, finalmente,
- Cuando el detenido escapa de un centro de detención preliminar.

En los demás incisos del presente artículo destacamos la adecuada individualización (nombres y apellidos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento) que se menciona para evitar detenciones arbitrarias de personas homónimas.

Para este tipo de detención no rige aquella disposición del artículo 261° literal 4, cuando señala de los plazos de caducidad de seis meses para los órdenes judiciales de detención judicial ya que se trata de un procedimiento especialísimo y que corresponde a la etapa preliminar y no al proceso penal.

La diferencia, entre la detención judicial preliminar y la prisión preventiva, radica en que, el requerimiento de la detención judicial preliminar, es antes que exista el proceso penal y no hay debate procesal entre las partes procesales porque no existe audiencia, pues el juez debe resolver sin más trámite, en cambio, ello sucede obligatoriamente en la prisión preventiva

F) La convalidación de la detención *policial por flagrante delito* y *detención judicial preliminar*

La convalidación de la detención policial opera para dos tipos de detención policial por flagrante delito y detención judicial preliminar.

Está prevista en el artículo 266° del Código Procesal Penal de 2004 para casos de detención judicial preliminar.

La convalidación de la detención procede para casos en donde el hecho presuntamente cometido por el detenido haya sido perpetrado por organizaciones criminales así como por el delito de lavado de activos, secuestro terrorismo, extorción o trata de personas. El cómputo del plazo de la convalidación de la detención se inicia apenas concluido el plazo de veinticuatro horas que fije la Constitución Política del Estado y tiene un máximo de duración de siete días naturales conforme al artículo 266° literal 3 del Código Procesal Penal.

Si la convalidación de la detención es fundada contra los intereses del detenido, esta tiene como efecto procesal que el ciudadano permanezca detenido por un plazo de siete días naturales y vencido este, debe ser puesto a disposición de la Fiscalía con informe respectivo, a fin de que proceda a requerir la prisión preventiva o su libertad en caso el fiscal decida no solicitar esta medida coercitiva.

Al culminación de la audiencia de convalidación, el juez de la investigación preparatoria resolverá si procede o no la convalidación, el juez de la investigación preparatoria resolverá si procede o no la convalidación de la detención del detenido. Para ello, se requiere de un pedido de convalidación de la detención por la Fiscalía. No habiendo convalidación de oficio.

Para que proceda en todos los casos la convalidación de la detención por un nuevo plazo de siete días, el fiscal debe justificar en la respectiva audiencia que existe peligro procesal. Esta figura de la convalidación de la detención no se cumple en un centro penitenciario sino dentro de los ambientes de la Policía

G) La detención judicial transitoria

Es la situación jurídica legal y transitoria en la que se encuentra el ciudadano que fue detenido primigeniamente por la Policía en situación de flagrancia delictiva, cuasiflagrancia o por mandato de detención preliminar judicial o bien por mandato judicial. Para ello el fiscal de la investigación de la investigación preparatoria o su equivalente en la Ley N° 30076 que conoce los hechos atribuidos ha de haber solicitado al juez de turno en la Ley N° 30076, en caso de Juzgados Penales de Huamanga el requerimiento de la prisión preventiva.

Esta clase de detención, al haberse formalizado la investigación preparatoria, es una medida judicial transitoria, que no se extenderá más allá de

los 4 horas. Esa es de carácter legal art. 264° literal 3 del Código Procesal Penal de 2004 y se justifica, excepcionalmente, a fin de que el juez de investigación preparatoria, resuelva el requerimiento fiscal de prisión preventiva dentro de 48 horas.

Si el pedido es declarado improcedente o infundada, al ciudadano se le debe conceder inmediatamente la libertad, siempre que no exista otro mandato judicial que disponga lo contrario. Es decir, esta medida nace en la etapa preliminar las veinticuatro horas que prescribe la constitución Política del Perú y por seguir manteniéndose se convierte en un mandato legal en una detención judicial transitoria.

H) La detención judicial preliminar incomunicada

Esta medida privativa de libertad está prevista en el artículo 265 del Código Procesal Penal de 2004, siendo una variante de la situación legal del detenido. Esta medida es excepcional, ya que dura un plazo no mayor de diez días naturales y que sólo es impuesta judicialmente para fines de protección de los elementos o fuentes de prueba que recolecta u obtiene mediante sus actos de investigación.

Esta medida es de naturaleza cautelar y se solicita durante la etapa preliminar, es decir durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, sólo para fines específicos que los debe sustentar indiciariamente

el fiscal en su requerimiento debiendo ser motivado de qué manera la incomunicación va influir positivamente o negativamente en la investigación y por qué no se puede continuar la investigación sin la incomunicación del requerido.

3.7 Principios que rigen a la prisión preventiva

Lo que se entiende por principio Rodríguez Gómez¹⁴⁰ en su artículo “¿Crisis de Ley?, principios constitucionales y seguridad jurídica”, precisa que: “los principios desempeñan un papel “constitutivo” de orden jurídico de orden jurídico, [pues] proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, generando actitudes favorables o contrarias”.

Al ser la prisión preventiva una medida cautelar de naturaleza personal su imposición debe estar sometida a los mismos principios y presupuestos de las demás medidas, los principios deben tener mayor exigencia en la imposición de la prisión preventiva, por cuanto es la más aflictiva de todas las medidas cautelares personales existentes.

a) Principio de presunción de inocencia

El principio de la presunción de inocencia, el cual, como ya ha afirmado la CIDH, es en realidad el punto de partida para cualquier análisis de los derechos

¹⁴⁰ ZAGREBELSKY, Edgardo. ¿Crisis de la ley?, principios constitucionales y seguridad jurídica”

En universidades: Revista de filosofía, derecho y política. N° 3, Madrid, 2006, pp. 33-34.

y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran bajo prisión preventiva¹⁴¹.

Este derecho fundamental implica, entre otras cosas, que en el caso de resultar necesaria la privación de libertad durante el transcurso de un proceso, la posición jurídica del imputado sigue siendo la de un inocente¹⁴².

De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal la más elemental es quizás la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2)¹⁴³

El art. 2, inciso 24 de nuestra Constitución configura el derecho fundamental a la presunción de inocencia de la siguiente manera: "Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda

¹⁴¹ CIDH. Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, Cap. VII, párr. 32 citado en Informe sobre Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13, idioma Español publicado 30 diciembre 2013. P 14.

¹⁴² Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110.Doc. 52, adoptado el 9 de marzo de 2001, Cap. IV, párr. 33.

¹⁴³ CIDH. Informe No. 50/00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela, 13 de abril de 2000, párr. 118. Citado en Informe sobre Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13, idioma Español publicado 30 diciembre 2013, disponible en la web: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>. 14.

persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este principio reconoce como presupuesto que todo procesado no sea tratado como culpable por las autoridades jurisdiccionales sin estar debidamente probada su culpabilidad recogida en una sentencia condenatoria, es decir "Se asienta en dos ideas: a) existencia de auténticos actos de prueba; y, b) el principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración. Este principio, así explicado, constituye un punto de partida político: no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenatorio."

La afirmación constitucional de la presunción de inocencia está estrechamente relacionada con las medidas de coerción en el proceso penal, en el sentido que no se le debe anticipar una pena durante el procedimiento sin haberse agotado otras también de naturaleza cautelar y esencialmente si es que los elementos de convicción, a cargo del fiscal, no ha podido destruir esta presunción de inocencia.

b) Principio de excepcionalidad

En el derecho penal es ampliamente conocido el concepto de *última ratio*, el cual se conceptúa como la utilización de los distintos mecanismos de los cuales la sociedad dispone para evitar los diferentes males sociales tras haberse quebrantado el orden social y la adecuada convivencia, llámese las primeras

opciones familia, escuela y sociedad. Tras el fracaso de estas instancias surge el derecho penal y la acción punitiva del estado para volver al orden anterior de las cosas.

La excepcionalidad de la prisión preventiva consiste en restringir su aplicación en casos en los que no exista posibilidad alguna garantizar los fines del proceso de otra manera, la prisión preventiva debe aplicarse en situaciones urgentes, indispensables y necesarias.

Según nuestra legislación nacional deben concurrir tres requisitos para imponer la prisión preventiva: 1) suficientes elementos de convicción en el juzgador, b) peligro de fuga y c) peligro de obstaculizar el proceso. Sin embargo en el plano fáctico se comprueba el uso y abuso de esta práctica violando los derechos fundamentales y la aplicación expresa de la ley penal, dictándose sin la concurrencia de los tres presupuestos exigidos por ley derivando la medida coercitiva en una arbitraria y lo que es grave desnaturalizando, la regla debe ser la libertad, prisión preventiva la excepción.

El principio de excepcionalidad genera obligaciones tanto para el legislador como para el juez. Al legislador obliga a regular medidas sustitutivas a la prisión preventiva, y al juez a aplicar en primer lugar las medidas menos lesivas, y excepcionalmente la prisión preventiva.

El carácter excepcional de la prisión preventiva además, está expresamente establecido en diversos tratados internacionales y asimismo ha

sido afirmado reiteradamente por la doctrina especializada, jurisprudencia de la Corte Interamericana. En la actualidad la vigencia de este principio es indiscutible.

c) Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es el límite más aceptado de la prisión preventiva en la doctrina tradicional que permite señalar “la necesidad de que la prisión preventiva sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en la gravedad”¹⁴⁴. Desde este enfoque tradicional el principio de proporcionalidad admite la equivalencia de un inocente con un condenado, entendido como “prohibición de exceso”, en consecuencia una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que un condenado ni se le debe equiparar un trato igual a éste.

En ese sentido en su publicación “Las medidas Cautelares Personales” ORE GUARDIA¹⁴⁵, sobre el principio de proporcionalidad señala “Consideramos que resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de la libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de

¹⁴⁴ MAIRER, Julio, Derecho Procesal Penal, Editorial del Puerto Buenos Aires, Tomo I, p. 526, 1996.

¹⁴⁵ ORE GUARDIA, Arsenio: Las Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal Peruano; Edit. Reforma, Lima, Primera Edición, 2011, pp. 34

naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de la pena.”

En conclusión es uno de los principios de mayor jerarquía que limita la prisión preventiva en ese sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁶, sin contradecir ninguna jurisprudencia de la Corte Interamericana dio un contenido más preciso, sobre el principio de proporcionalidad, *“en virtud de la cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que un condenado ni se le debe deparar un trato igual a ésta, La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículos 5 .4 y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación del principio de inocencia y finalidad de la medida cautelar. No se trata de equivalencia. No se puede confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de la detención con la equiparación de su naturaleza”*

En el informe 35/07, la comisión tomó el criterio definido por la Corte Interamericana y estableció una pauta objetiva para instrumentar la inequivalencia o la desigualdad entre la medida cautelar y la pena.

Por otro lado la doctrina y los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional diferencian el presente principio en tres subprincipios¹⁴⁷:

c.1 Principio de necesidad

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor

¹⁴⁶ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 35/07, párr. 176.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 045-2004-PI/TC

intensidad. Se trata del análisis de una relación medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

c.2 Principio de idoneidad

La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio - fin.

c.3 Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación proyectada al análisis del objeto, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la esfera del derecho a la libertad del imputado.

d) Principio de legalidad

Este principio tiene una proyección general que abarca a todos los actos atribuibles del Estado en general, y diversas proyecciones particulares, dentro de las cuales encontramos al subprincipio de legalidad penal, que se proyecta en la conminación penal delito y consecuencia, el enjuiciamiento, las medidas

cautelares (si)obre este aspecto nos referimos más adelante), y la ejecución. Esta legalidad penal trae su origen en la doble necesidad de garantizar tanto la seguridad jurídica de los ciudadanos como la libertad frente a los abusos derivados de un ejercicio arbitrario del ius puniendi estatal¹⁴⁸

En latín se conoce como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es una conquista de carácter político, resultado del triunfo del proceso de conformación de los estados, en los albores de la sociedad moderna.

Exige que todo delito debe ser establecido por ley y que toda conducta prohibida debe estar claramente delimitada en la ley. Así lo consagra la constitución en su artículo 2 numeral 20 inciso "d": *"nadie será procesado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"*

¹⁴⁸ HUERTA TOCILIDO, Susana. "El derecho fundamental a la legalidad penal". En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 13, N°39, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993, p.83 De forma similar, y con anterioridad, Arroyo Zapatero ha anotado que: " el principio de legalidad penal tiene doble fundamentación, por una parte, carácter político, expresión de la idea de libertad y del estado, de la que deriva la exigencia de ley formal y de seguridad jurídica y, por otra, una fundamentación específicamente penal, expresión de la esencia o función social de la norma y sanción penal" En : Revista Española de Derecho Constitucional. Año 3 N° 8, Centro de Estudios Políticos y Cosntitucionales, Madrid 1983, p 12, citado por VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander " Detención y Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal", Gaceta Jurídica, primera Edición octubre de 2013.

En el proceso penal el principio de legalidad rige tanto para los actos procedimentales como para los sujetos que en el intervienen y que se reconducen al acatamiento a la ley anteriormente prevista.

e) Derecho a la libertad personal y la seguridad

La libertad personal y su correspondiente seguridad¹⁴⁹, como derecho fundamental de primer orden, es uno de los bienes jurídicos más preciados y de mayor categoría reconocido por la ley los tratados y la constitución, violentarla es el peor daño que se puede ocasionar y permitir su daño es la peor omisión que se puede hacer.

La descontrolada creación de nuevas figuras delictivas y las constantes agravaciones de las penas, llevadas a cabo por los poderes políticos de turno y sus respectivas políticas de seguridad nacional terminan en una situación de emergencia cuando este poder es manejado de manera improvisada, llevando la peor parte las personas involucradas en la comisión de un hecho delictivo. No se respeta que el disfrute de la libertad personal es la regla general y su privación es la excepción.

Las penas privativas de la libertad en general no son la vía idónea para el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana

f) Principio de independencia Judicial

¹⁴⁹ La Constitución Política del Estado en el inciso 24) del artículo 2º, señala: Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales.

En la teoría procesal que el principio de la independencia judicial comprende dos aspectos debidamente diferenciados.

Primero está referido al Poder Judicial. Poder del estado que concibe una institución estatal que no se encuentra subordinado algún otro poder del Estado.

En tanto que el segundo aspecto está referido al juez en particular o individual. Se exige la indisponibilidad del juez ante presiones u órdenes que promueven de otros poderes estatales, sujetos procesales o personas ajenas al proceso, tales como medios de comunicación, partidos políticos entre otros¹⁵⁰.

La independencia judicial significa que el juez en particular o individual. Se exige la indisponibilidad del juez ante presiones u órdenes que promuevan de otros poderes estatales, o personas ajenas al proceso, tales como medios de comunicación, partidos políticos, entre otros.¹⁵¹

3.8 Principios desarrollados por la Normativa Internacional y su Jurisprudencia

Como no ha existido una estandarización de todos los principios que deben ponderarse para imponer la prisión preventiva en el trabajo que se

¹⁵⁰ ORÉ GUARDIA, "Manual de Derecho Procesal Penal" Tomo I Reforma, Lima, 20011, p. 109

¹⁵¹ Ob. cit. p. 110

propone se pretende señalar los principios desarrollados por la normativa internacional y su jurisprudencia.

Tratándose de medidas restrictivas de libertad deben partir inevitablemente del principio de inocencia, no solo por el concepto de la dignidad humana sino por el cumplimiento de las bases normativas como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11° 1), El pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 14°.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹⁵², estableció tres principios esenciales para ser ponderados:

a) Principio del trato humano

Según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad inherente y sus derechos fundamentales¹⁵³. Es decir, que la reclusión de una persona no debe conllevar restricciones o sufrimientos que vayan más allá de aquellos que sean inherentes a la privación de libertad¹⁵⁴.

¹⁵² Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en la Américas, disponible en la web: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf> p. 17 y ss.

¹⁵³ CIDH. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008 citado en Informe del Uso de Prisión Preventiva en las Américas, p.15.

¹⁵⁴ *Ibidem* p. 15

El principio de trato humano está relacionado con todos los aspectos del tratamiento que da el Estado a las personas bajo su custodia, particularmente con las condiciones de reclusión y seguridad.

b) El principio de la posición Garante del Estado

Según el cual, el Estado al privar de libertad a una persona asume la una posición de garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida e integridad personal. Lo que implica que el ejercicio del poder de custodia lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos. En ese sentido es fundamental satisfacción de necesidades básicas de la población reclusa, relacionadas, por ejemplo, con los servicios médicos, alimentación, provisión de agua potable, y sobre todo de condiciones básicas de seguridad interna en los penales. Este principio está estrechamente relacionado con el principio del trato humano.

g) El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana¹⁵⁵

Esto significa, que el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización. La seguridad ciudadana es una de las dimensiones de la seguridad humana, y por lo tanto, del desarrollo humano, e involucra la interrelación de múltiples actores, condiciones y factores.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁶ reitera que las políticas públicas sobre seguridad ciudadana que implementen los Estados de la región deben contemplar, de manera prioritaria, acciones de prevención de la violencia y el delito en tres dimensiones:

1. *Prevención primaria*: programas de salud pública, educación, empleo, formación para el respeto de los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática.

¹⁵⁵ La Declaración de Salvador reafirma “la necesidad de respetar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en la prevención del delito y la administración de justicia [...]”; y reconoce que “un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basa en el compromiso de proteger los derechos humanos en la administración de justicia y en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia” citado en el informe de Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, p 15.

¹⁵⁶ CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, párr. 10; CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, párr. 155.

2. *Prevención secundaria*: medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito.

2. *Prevención terciaria*: acciones individualizadas y programas dirigidos a personas ya involucradas en conductas delictivas.

3.9. Prisión Preventiva en el Sistema Procesal Penal

Los sistemas procesales son producto de la evolución de los pueblos y del grado de madurez política y por consiguiente, las modificaciones que estos sistemas han venido sufriendo a través de la historia se deben a las transformaciones que han venido experimentando también las instituciones políticas del Estado y dando como razones la norma en que aparecieron y la vigencia que han tenido dentro del devenir de la historia de la humanidad.

En su publicación "Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Código Procesal Penal" sintetiza sobre sistema procesal ROSAS YATACO citando a CAFERATA NORES¹⁵⁷ (...) paradigma llamado "inquisitivo", "acusatorio" y pensando en la conveniencia de lograr una síntesis entre las virtudes de ambos, se desarrolló el proceso penal llamado *mixto*, o, con mayor precisión, "*inquisitivo mitigado*".

¹⁵⁷ CAFERATA NORES, José Ignacio, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, p.3, citado por ROSAS YATACO, Jorge Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Código Procesal Penal, Jurista Editores, primera edición, mayo 2009, p. 111.

El Código Procesal de 2004 adopta el sistema acusatorio garantista con rasgos adversativos, no siendo de inspiración anglosajona o norteamericana, sino es de inspiración anglosajona germano-italiana.

3.10. Fundamentos del Sistema Acusatorio Garantista

El aspecto garantista del Código Procesal Penal, radica en la vigencia de instituciones (principios y derechos) que avalan el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la persona, conteniendo estas instituciones tanto en el título preliminar, como también en otros apartados del mismo; pero ello por sí mismo no sería suficiente para afirmar que se trata de un modelo procesal garantista, pues el garantismo no puede quedar en un plano formal y meramente declarativo de los derechos y garantías procesales, sino que adicionalmente existe mecanismos procesales mecanismos procesales para asegurar el cumplimiento y respeto de los principios y derechos inmersos en el proceso.

Sistema que adopta el paradigma de la lógica cautelar

3.11. Prisión Preventiva en la Jurisprudencia

La Sala Penal Nacional de la Corte Suprema¹⁵⁸ define *“la prisión preventiva es una medida de coerción procesal de naturaleza personal que restringe la libertad individual de la persona, en su manifestación de su libertad ambulatoria, y que*

¹⁵⁸ Vid. Exp. N° 0085-2014; fundamento 3.2, Sala Penal Nacional Colegiado “F” en caso Víctor Alfredo Crespo Bragayrac”, Exp. N° 0085-2014; fundamento 3.2.

se encuentra regida, tal como enseña la doctrina por los principios de legalidad, variabilidad, instrumentalidad, proporcionalidad y excepcionalidad”.

La Comisión Interamericana entiende por “prisión o detención preventiva” ¹⁵⁹: “*todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme*”. Además el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos¹⁶⁰ precisó (i) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; (ii) los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; (iii) consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva de una persona; (iv) aún existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; (v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; (vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su procedencia; (vii) el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena; y (viii) en el caso de niños, niñas y adolescentes los criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor

¹⁵⁹ Vid Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Informe sobre la Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 30 de diciembre de 2013, p 13.

¹⁶⁰ *Ibíd*em p. 8

rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad; y cuando sea procedente deberá aplicarse durante el plazo más breve posible. (sic)

a) El Tribunal Constitucional¹⁶¹

El Tribunal Constitucional Peruano¹⁶² precisa *“la noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad”*.

El tribunal Constitucional sostiene que *“la detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación (...) Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional”*

La naturaleza cautelar y excepcional de la prisión preventiva imponen al juez una *“exigencia especial de motivación”¹⁶³, “más estricta”¹⁶⁴o una mayor o*

¹⁶¹ Vid. Tribunal Constitucional, Exp. N° 1567-2002-HCT/TC, Fundamento 8.

¹⁶² Vid Tribunal Constitucional, “Caso Municipalidad Distrital de Lurín” Sentencia del TC N° 0024 – 2003-AI/ TC –Lima; fundamento f y j.

¹⁶³ Vid. Tribunal Constitucional, Exp. 1260-2002-HC7TC, fundamento 7.

¹⁶⁴ Vid. Tribunal Constitucional, Exp. 791-2002-HC/TC, fundamento 15 y Exp N° 1091 – 2002-HC/TC, fundamento18.

una “mayor justificación”¹⁶⁵, siendo el peligro procesal el elemento determinante para su imposición.

b) Prisión Preventiva en el Precedente Constitucional Vinculante

El Tribunal Constitucional del Perú¹⁶⁶ señala “*el precedente vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que por ende deviene de parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.*”

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efecto similar a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”.

El precedente constitucional vinculante no tiene base Constitucional, es inexistente, el término precedente vinculante incorpora el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Fecha de publicación	Caso	Tema	Expediente
02-02-05	Miguel Cornelio Sánchez Calderón	Plazo razonable de la prisión preventiva	03771-2004-HC/TC
03-06-05	Eva Rosario Valencia Gutiérrez	Libertad personal, Detención	02496-2005-PHC/TC

¹⁶⁵ Vid. Tribunal Constitucional 02641 – 2012, fundamento 2.3

¹⁶⁶ Vid Tribunal Constitucional, “Caso Municipalidad Distrital de Lurín”, sentencia citada fundamento fyj.

		preventiva Principio <i>tempus</i> <i>regit actum</i>	
15-05-06	Enrique José Benavides Morales	Plazo del proceso y de detención en relación a la conducta obstruccionista del procesado	01257- 20050PHC/TC
08-01-10	Alí Guillermo Ruíz Dianderas	Duración de la prisión preventiva	06423- 2007/PHC/TC

Estos precedentes vinculantes abordan temas sobre prisión preventiva de manera general, en su mayoría el denominado mandato de detención establecida en el artículo 135 al 137 del Código Procesal Penal de 1991.

No existiendo precedente vinculante basado en el artículo 268 del CPP de 2004, sin embargo los precedentes vinculantes desarrollan la prisión preventiva conocida con la denominación mandato detención en el Código Procesal Penal de 2004.

c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁷

En la sentencia del caso Suárez vs Ecuador, Tibi vs Ecuador, Acosta Calderón Vs Ecuador señala, *“de lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la **prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva**”*.

Asimismo en la sentencia del caso Ricardo Canese Vs Paraguay¹⁶⁸ la Corte IDH, señala *“en ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia”*.

¹⁶⁷ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante (Corte IDH). Caso Suárez Vs Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997; en igual sentido; la Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador sentencia del 7 de setiembre de 2004, párr. 180; Corte IDH Caso Acosta Calderón Vs Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr.75.

¹⁶⁸ Vid. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.

Serie C No. 129. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Según la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos los límites de la prisión preventiva es la finalidad preventiva por tratarse criterios de derecho penal material y no procesal como señala en numeral 84 del informe 35/07 “se rechaza la posibilidad de fundamentar la prisión preventiva en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho al tratarse de criterios de derecho penal, propios de la respuesta punitiva”

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en caso López Álvares, acápite 69, sostiene que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismas, justificación suficiente de la prisión preventiva. Para la Corte IDH la reiteración delictiva no es considerada como peligro procesal.

En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige a los estados partes de no introducir la reiteración delictiva como peligro procesal en la motivación de los autos de prisión preventiva.

Prisión preventiva y presunción de inocencia

Acerca de la necesidad de diferenciar el ámbito de influencia de la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. Señala DEL RÍO LABARTHE¹⁶⁹ citando a RODRÍGUEZ LLOBERT (...) La prohibición de que la prisión preventiva sea una pena anticipada lleva a la diferenciación entre prisión preventiva y pena de prisión. Sin embargo, no se puede distinguir entre ambas de acuerdo con la intensidad de la

¹⁶⁹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional p. 102

privación de libertad, sino solamente podría partirse de los fines que se persiguen con una y otra. Por ello, como consecuencia de la presunción de inocencia la prisión preventiva no puede perseguir fines de naturaleza penal (prevención general y especial), sino solamente de carácter procesal (el aseguramiento del proceso y de la prueba) (...). Ello tiene importancia con respecto a las causales para el dictado de la prisión preventiva, no así en lo relativo a la sospecha de culpabilidad [fumus boni iuris] y al principio de proporcionalidad, como requisitos para el dictado de la prisión preventiva, los que nada tienen que ver con los fines de la prisión preventiva, sino con la determinación de los supuestos en los cuales una prisión preventiva compatible con la presunción de inocencia de acuerdo con los fines perseguidos por ella, no sería de acuerdo con el principio de proporcionalidad razonable [...]

A) Presupuestos formales

Son el conjunto de formalidades a que debe someterse al procedimiento y la adopción de la decisión.

b) Legalidad

Lo establecido normativamente en el artículo 253 del NCPP es de observancia obligatoria, para el establecimiento de la prisión preventiva, que únicamente dentro del marco proceso penal, y si la ley lo permite y las garantías previstas en ella, podrá restringirse los derechos fundamentales, por lo tanto solo podrá adoptarse tomando en cuenta normas y bajo el procedimiento establecido en el NCPP



En el contenido del art. 253 del Código Procesal Penal, tal como sostiene ASENCIO MELLADO¹⁷⁰ dispone, *“la obligación de sometimiento a la ley para la restricción de cualquier derecho fundamental en un doble sentido: por un lado, exigiendo la autorización legal para que sea procedente su acuerdo; por otro lado, disponiendo que el desarrollo de cualquier limitación habrá de ajustarse a las determinaciones legales y a las garantías previstas en la norma”*

La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal para determinación como para imposición, por tanto la prisión preventiva sólo podrá imponerse en el proceso penal y respetándose el procedimiento acorde a su naturaleza acorde a las normas prevista de la Constitución y Código Procesal Penal.

c) Motivación

Según DÍAS CASTILLO¹⁷¹ motivar significa “en el ámbito jurisdiccional que el juez dé buenas razones para sustentar su decisión”.

Una motivación es clara cuando, según PRIETO SANCHÍS¹⁷²

La base normativa lo encontramos en el artículo 254 del Código Procesal Penal que a la razón establece que la resolución judicial debe estar especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado; el contenido de esta resolución motivada ha de contener los determinados

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹⁷¹ DÍAS CASTILLO, Jorge “La Casación Penal”, Gaceta Penal y Procesal Penal, primera Edición, 2014 p. 204

¹⁷² PRIETO SANCHÍS, Luis “Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho Penal” Palestra Editores, Lima, 2005, pp. 240 y 241

elementos, establecidos en el artículo 254 inciso 2, que son sancionados antes su inobservancia con la nulidad, así estos elementos son:

- a) La descripción sumaria del hecho con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidos.
- b) La exposición de las específicas de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.
- c) La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución.

El consejo Nacional de la Magistratura estableció un precedente vinculante¹⁷³ para evaluar la motivación de las decisiones de los fiscales y judiciales señalando tener en cuenta siguientes ítems para una adecuada motivación: i) Comprensión del problema jurídico y claridad de su exposición, ii) coherencia lógica y solidez de la argumentación; iii) congruencia procesal, iv) el manejo de jurisprudencia pertinente al caso, en la medida de las posibilidades de acceso a la misma.

d) Competencia

El artículo 255 de la CPP, afirma ASENSIO MELLADO, establece que cualquier medida cautelar penal exige la previa petición del Fiscal, así también establece que tanto el fiscal como al propio imputado les corresponden la competencia para solicitar la reforma, revocación o sustitución de dichas resoluciones cautelares.

¹⁷³ Exp. N° 120-2014-PCNM

Este presupuesto no puede entenderse cumplido ante la existencia de una resolución proveniente de cualquier orden judicial, sino solo cuando adopta el órgano jurisdiccional penal competente. Por tanto este presupuesto indica que el mandato judicial por el cual se restringe la libertad personal, solo puede ser dictado por autoridad judicial competente, es decir, que el juez predeterminado por la ley; siendo este el juez de investigación preparatoria o juez penal de turno por la ley 30076, según lo establecen los artículos 254 y 271 del CPP. Asimismo, el Título Preliminar y el artículo 268 del CPP, establece que nunca el fiscal o Policía podrán acordar una medida que afecta la libertad del imputado, esto quiere decir que no cabe delegación alguna de esta facultad.

e) Audiencia

El CPP en el artículo 271 inciso 1 establece la adopción de la audiencia como método de toma de decisiones. La finalidad de esta audiencia es determinar los elementos que se han de valorar para la adopción de la prisión preventiva, ya que el sistema acusatorio presente en el CPP, establece como rasgos característicos la inmediación, oralidad, publicidad y la contradicción; dichas características nos permiten determinar y valorar adecuadamente los elementos a que hacemos referencia, entre otros aspectos dicha audiencia sirve para control de ejercicio jurisdiccional tanto las partes y público asistente.

El artículo en mención señala:

“el Juez de la Investigación preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con

la concurrencia obligatoria del Fiscal. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio”

B) Presupuestos materiales

Establecía originariamente el art. 268 del Código Procesal Penal

Artículo 268. Presupuestos materiales

“1.- El juez podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

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

2 .También será presupuesto material para dictar prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertinencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o los otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

Sin embargo mediante la Ley N° 30076 (publicada el 19 de agosto de 2013 en diario oficial. *El peruano*, y su fe de erratas publicada al día siguiente) el citado artículo fue modificado suprimiéndose acertadamente el último párrafo, quedando, por lo tanto, redactado de la siguiente manera:

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

3.12 Duración de la prisión preventiva

Según el artículo 272 del CPP, La prisión preventiva no durará más de nueve meses y tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de nueve meses.

Los plazos de la prisión preventiva no son ilimitados, es por ello que todos los ordenamientos procesales del mundo contiene reglas que prescriben sus plazos máximos, conocidos también como ordinarios, si no se tuviera sería alta la probabilidad que los operadores podrían cometer arbitrariedades

El sistema Interamericano de los Derechos Humanos al momento de analizar la validez de la prisión preventiva, exige que esta se halle sometida a la observancia de dos órdenes de requisitos de fondo: por un lado, a las causales de justificación y por otro a la duración de la medida.

3.13 Audiencia de la prisión preventiva

Para que el juez programe una audiencia de la prisión preventiva debe existir una petición escrita del fiscal y antes de este requerimiento debe haberse formalizado obligatoriamente la investigación preparatoria por parte de la Fiscalía.

La Ley Procesal faculta al juez a realizar audiencia 48 horas, pero ello no significa que todas las audiencias de requerimiento de prisión preventiva tienen que programarse recién o para cuando estén por vencerse las 48 horas. Este término de 48 horas es el máximo y corresponde al de una detención judicial transitoria, al que debe recurrirse toda extensión sólo si es necesario y excepcional para casos donde el asunto sea complejo o donde exista pluralidad de requerimientos de prisión preventiva o exista pluralidad de requerimientos de prisión preventiva o exista una comprobada recarga procesal en la agenda judicial.

Considero que la audiencia de la prisión preventiva con imputados detenidos físicamente debe llevarse inmediatamente una vez recepcionado el requerimiento fiscal sólo con el tiempo prudente para revisar y evaluar las

copias de los actuados notificados previamente su abogado de confianza o defensor público.

No se apertura la audiencia sin la concurrencia de Juez, el fiscal y el defensor, la norma procesal ha previsto la inconcurrencia del defensor privado del imputado, quien puede ser reemplazado por el defensor público.

Según la Casación N° 01-2007¹⁷⁴ "(...) *no es absoluta la necesidad la presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva, el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso*".

Por el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal.

Considero oportuna que ha previsto la norma procesal que el defensor privado puede ser remplazado por otro o por el defensor de oficio en caso de no concurrir a la instalación de la audiencia.

En caso que el imputado no estuviera presente por justificado o injustificadas razones, se le debe notificar la decisión judicial por escrito dentro del plazo no mayor de 48 horas que se computan a partir de la hora en que concluye la audiencia.

En ese sentido la audiencia es obligatoria, no es jurídicamente válida en caso de imponerse prisión preventiva sin previa audiencia que tiene la finalidad de preservar el derecho a la defensa y el principio de contradicción y asimismo, regula determinadas consecuencias procesales para las partes que incumplan sus obligaciones durante el desarrollo del proceso.

¹⁷⁴ Casación N° 01-2007, fundamento séptimo.

3.14 Impugnación de la prisión preventiva

Como manifestación del derecho a la pluralidad de instancia, el CPP de 2004, regula en su artículo 278 el recurso de apelación, sosteniendo contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. Para lo cual tendrá un plazo de tres días. El Juez de la Investigación Preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo.

Según DEL RÍO LABARTHE¹⁷⁵ por efecto devolutivo se entiende el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Se atribuye la competencia funcional al órgano al órgano ad quem, y por tanto, produce la pérdida del órgano a que, sobre el punto objeto de la impugnación. En ese sentido, será Sala Penal quien se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar, dentro de los setenta y dos horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado. La decisión, debidamente motivada, se expedirá el día de la vista de la causa o dentro de las cuarenta y ocho horas, bajo responsabilidad.

Si la Saña declara la nulidad de auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo u otro juez dicte la resolución que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 271.

¹⁷⁵ Ibídem, La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal, p.97

3.15 La Incomunicación en la Prisión Preventiva

El artículo 280 del CPP de 2004 prevé la posibilidad de que la prisión preventiva pueda ser incomunicada, siempre y cuando fuera indispensable para el esclarecimiento de un delito grave, y hasta por un máximo de 10 días, al término de los cuales deberá cesar automáticamente.

Sin embargo, la norma, no señala qué delitos son considerados graves para la imposición de tal medida de incomunicación.

Cuando proceda la prisión preventivas incomunicada, igualmente y con mayor razón la autoridad está obligada por mandato constitucional (artículo 24 inciso 24, literal g) a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

Asimismo la incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el interno preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrá ser prohibidas.

3.16 Cesación de la prisión preventiva

La cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente, según el artículo 283 de CPP de 2004. La cesación de la prisión preventiva procederá en dos momentos:

a) Cuando existan nuevos elementos de convicción que demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición **es decir, la prisión preventiva debe cesar cuando se haya desvanecido la probabilidad de que**

el procesado eluda la acción de la justicia u obstaculice la actividad probatoria (el peligro procesal).

b) que resulte necesario sustituirla por una medida de comparecencia, la prisión preventiva es excepcional.

Para la determinación de la medida sustitutiva el juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado.

Discrepo con la regulación de la cesación de la prisión preventiva de CPP de 2004 porque la cesación debe responder exigencias que se le impuso el peligro procesal y no a *“características personales del imputado”*, es decir la *peligrosidad del imputado*, supuesto que descartó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Considero que la prisión preventiva no puede constituirse en una reacción represiva o neutralizadora de la presunta peligrosidad del imputado, criterio del derecho penal y no procesal penal en caso de valorarse este criterio se estaría anticipando a la pena y desnaturalizando su finalidad cautelar.

La norma procesal establece que debe tenerse en cuenta el tiempo transcurrido desde la privación de la libertad y estado de la causa. Resulta claro que el tiempo transcurrido tiene que ser antes del vencimiento máximo que la norma establece en el artículo 272 de CPP, es decir antes de los nueve meses en procesos comunes, y dieciocho meses en procesos complejos.

El juez también puede acudir al cese o variación de la prisión preventiva de oficio según el artículo 255. Numeral 2 del CPP *“los autos que se pronuncien sobre*

estas medidas son reformables, aún de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo” no es necesaria la petición del imputado o del fiscal, cualquier medida cautelar personal puede cesar o ser reformada por una menos gravosa en cualquier estado de la causa y sin contradicción previa.

Sub Capítulo II

Delitos Contra el Patrimonio

El título V del Libro II del Código Penal se refiere a los delitos contra el patrimonio. Nuestro legislador en el Código penal actual, mantiene la rúbrica del Código penal de 1924, ha sido consciente de todas las dificultades que conlleva el empleo del término de "propiedad", en la medida en tal concepto no abarca todos los comportamientos típicos acogidos bajo Título V, utilizándose en el ámbito penal y civil el término apropiado "patrimonio"

3.17. Bien Jurídico Protegido

Existen posiciones que señalan que el bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio son los derechos reales, como la posesión, la propiedad, entre otros.

Sin embargo, comparto la posición de GÁLVEZ VILLEGAS¹⁷⁶, que sostiene que el objeto de protección de un tipo penal está determinado por la estructura y contenido de la propia norma penal.

Por otro lado, entre la persona y un objeto apreciable pecuniariamente debe media una relación con el objeto, a contrario sensu no existiría patrimonio, sino media la vinculación entre la persona y cosa o entre la persona y el derecho

¹⁷⁶ GALVEZ VILLAGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walter Javier citado por PAREDES INFANZÓN, Jelio, Robo y Hurto, Gaceta Jurídica, Primera Edición, noviembre 2013, p. 635

3.18. Concepciones Jurídicas del patrimonio

Según teoría sólo son derechos patrimoniales aquellos reconocidos como derechos patrimoniales subjetivos por el Derecho privado o público, en la actualidad esta posición ha caído en desuso.

En ese sentido FERNÁNDEZ¹⁷⁷ expresa que esta concepción jurídica del patrimonio corresponde a una época ya superada del pan-civilismo en la que se quiso convertir al derecho en un ente acéfalo de carácter dependiente; actualmente esta tesis no tiene aceptación en la doctrina.

a) Concepción económica del patrimonio

El patrimonio viene a ser la suma de bienes de una persona que quedan tras el descuento de las obligaciones.

Para GALVEZ VILLEGAS Y DELGADO TOVAR¹⁷⁸ el concepto económico del patrimonio atiende al poder fáctico del sujeto y al valor económico de los bienes o situaciones. Desde este punto de vista, el patrimonio podría definirse como conjunto de valores económicos de los que, de hecho, dispone una persona.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ, Miguel, citado PEÑA CABERERA, Raúl. Tratado del Derechos Penal. Parte Especial Delitos Contra el Patrimonio. Tomo II –A, Ediciones Jurídicas, Lima 1995, pp. 50-51

¹⁷⁸ Ob. Cit, p.10

Hay autores que lo estiman como “conjunto de valores económicos que le corresponden a una persona”. En suma, todas las teorías económicas coinciden:

- a) Reconocimiento como parte del patrimonio de toda posesión que tenga valor económico al margen de que se derive un derecho o de la posibilidad de una constatación jurídica.
- b) La posibilidad de compensación por el daño sufrido patrimonialmente y del lucro cesante, claro está apelado a criterios económicos y objetivos.

Se critica esta concepción por la vaguedad de la noción de “valor económico”, de la cual parte, pues de cara a la norma penal, la inseguridad que ostenta lo hace desdeñable¹⁷⁹

b) Concepción patrimonial personal

Tesis mantenida por OTTO HARRO¹⁸⁰, según esta tesis, el concepto de patrimonio depende de la opinión del sujeto pasivo de la infracción. El autor sostiene lo que se pretende es asegurar y posibilitar el desarrollo de la personalidad del individuo.

El patrimonio es una garantía objetiva para el desarrollo subjetivo, destacando el valor del uso de las cosas sobre el valor económico.

¹⁷⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, citado por PAREDES INFANZÓN, Ob. Cit. p. 11

¹⁸⁰ OTTO HARRO, citado por BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto, Manual de Derecho Penal Parte Especial, 1994, pp. 284-285.

c) Concepción mixta o jurídica. Económica del patrimonio

Se considera que se incluyen en el patrimonio¹⁸¹ las cosas que revisten valor económico (concepción económica), siempre que se incorporen a su esfera de dominio o estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica lícita (concepción jurídica). Con ello se deja de lado las situaciones en las del sujeto detenta determinados bienes o cosas a raíz de una acción o situación ilícita, sobre todo delictiva, asimismo no se considera dentro del patrimonio a objetos o elementos con valor netamente subjetivo (sentimental o afectivo).

En ese sentido HUERTA TOCILDO¹⁸² señala como características de esta concepción lo siguiente:

1. Para ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa, sino que es preciso que esté relacionado con ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico.
2. Por el perjuicio patrimonial hay que entender toda disminución, económicamente valuable, del acervo patrimonial que, jurídicamente, corresponde a una persona.

Esta concepción es la que goza de mayor aceptación en la doctrina penal nacional como extranjera.

¹⁸¹ *Ibíd*em p.11

¹⁸² HUERTA TOCILDO citado por PAREDES INFANZÓN, Jelio, *Ob Cit*, p.12

3.19 Teoría de disponibilidad.

En nuestro país, el Pleno Jurisdiccional de Vocales de la Corte Suprema de la República emitió sentencia plenaria, vía precedente vinculante¹⁸³ fijando posición respecto al momento de la consumación en el delito de robo agravado.

El punto de partida de la referida sentencia fue la equivalencia estructural entre los delitos de hurto y robo, señalándose en el acápite de la decisión, que “(...) respecto a los delitos de robo agravado, que el momento consumativo requiere de disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída”

Nuestra Corte Suprema adhiriéndose a la teoría de disponibilidad, según esta teoría, el momento consumativo tiene lugar cuando el autor puede disponer de la cosa ajena, habiéndola sacado de la esfera de resguardo o custodia en la que se hallaba, es decir, cuando aquél pueda comportarse de una manera similar a la del propietario de la cosa. De manera tal que todo comportamiento anterior no se comprende dentro de la esfera de la consumación.

En las esferas de resguardo o de custodia concéntricas en los delitos de Hurto, como aquellos casos en los que el bien inmueble, no obstante encontrarse ubicado físicamente dentro de dos o más ámbitos de organización, normativamente se encuentra adscrito solamente a uno de ellos.

En ese sentido en su artículo “*La tipicidad de hurto: ¿es determinante “sustraer el bien del lugar” ¿Es necesaria la “disponibilidad potencial”?* PINEDO

¹⁸³ Sentencia plenaria de la Corte Suprema N° 01-2005/DJ-301-A, con fecha 30 de septiembre del año 2005.

SANDOVAL¹⁸⁴ señala que *“el delito patrimonial de apoderamiento, en las esferas de resguardo o de custodia concéntricas, puede configurarse cuando el agente, para obtener provecho, comienza a vulnerar el marco social de atribución existente entre la víctima y el bien (tentativa), o cuando lo usurpa de manera definitiva, privando a la víctima de la posibilidad de ejercer normalmente los derechos que le corresponden sobre el bien (consumación)”* }

Acreditación de la preexistencia de la cosa materia de delito

En el caso de los delitos contra el patrimonio, resulta sustancia acreditar la preexistencia de la cosa materia del delito, con la finalidad de poder determinar no solo la naturaleza y características de dicha cosa, sino además, establecer su valor y de esta manera poder cuantificar el daño ocasionado con la sustracción de la misma¹⁸⁵.

3.20 Hurto Agravado

Los delitos de hurto, en sus diversas modalidades, constituyen un atentado contra el patrimonio, concretamente afectan los derechos inherentes a la propiedad, que ha de mermar los actos de disponibilidad y uso, como como derechos reales que en el ordenamiento jurídico reconoce al propietario y/o legítimo poseedor del bien mueble; donde la configuración típica revela actos propios de apoderamiento, de sustracción del objeto, desplazamiento de un lugar a otro. Se dice, por tanto, que el hurto importa el empleo de cierta fuerza

¹⁸⁴ *Ibíd*em p.13

¹⁸⁵ Vid Exp. 841-2009 con fecha 23 de agosto de 2010, emitida por Corte Superior de Justicia de Lima Norte – Segunda Sala Especializada Penal de Reos en Cárce.

sobre las cosas; máxime cuando concurre alguna circunstancia previstas en el artículo 186° del Código Penal.¹⁸⁶

Significa actos de apoderamiento sobre el bien y está condiciona a que la valoración del bien inmueble supere un Remuneración Mínima Vital para el legislador.

En ese sentido GARCÍA CAVERO citado por PINEDO SANDOVAL¹⁸⁷ señala *“El tipo penal de hurto podrá atribuirse a la persona a que se le imputa haberse apoderado de un bien mueble al alejarlo sacando de la esfera de su titular”*

Para fines de la investigación se asume que el delito de hurto es definido como el apoderamiento intencional e ilegítimo, sin emplear violencia o amenaza contra la víctima, de un bien mueble ajeno, sustrayéndola del lugar en que se encuentra. Se agrava cuando concurre cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo 186 del Código Penal.

Descripción legal

Artículo 185. Hurto simple

El que para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

¹⁸⁶ Ob Cit, p. 222.

¹⁸⁷ PINENEDO SANDOVAL, Carlos, Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta jurídica, Tomo 61, julio 2014

Se equiparan a bien mueble y cualquier otra energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.¹⁸⁸

Artículo 186. Hurto Agravado

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. Durante la noche
2. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
3. Con Ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
4. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.
5. Mediante el concurso de dos o más personas.
6. La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido;:
 1. El inmueble habitado.
 2. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
 3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

¹⁸⁸ Artículo modificado por el Art. 29 del Decreto Legislativo N° 1084, del 28/06/2008.

4. Mediante la utilización de sistema de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación de claves secretas¹⁸⁹.
5. Colocando a la víctima a su familia en grave situación económica.
6. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.
7. Utilizando es espectro radioelectrónico para la transmisión de señales de telecomunicaciones ilegales.
8. Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima
9. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.
10. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.
11. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos.¹⁹⁰

a) Bien Jurídico Protegido

Se protege el patrimonio, específicamente la posesión, en el delito de hurto agravado concierne, no puede postularse la tutela de otros intereses jurídicos,

¹⁸⁹ Numeral derogado por Única Disposición Complementaria de la Ley N° 30096, publicado el 22/10/2013.

¹⁹⁰ Artículo modificado in fine, por Primera Disposición Complementaria Modificada de la Ley N° 30077, publicado al 20/08/2013.

sino se ponga en disvalor de en la calidad de la víctima en una circunstancia particular.

b) Tipicidad Objetiva

b.1) Sujeto activo

Puede ser cualquiera, a excepción del propietario del bien por disposición, asimismo pueden ser sujetos activos los condóminos y el copropietario respecto de la parte del bien que no le corresponde.

b.2) Sujeto pasivo

Puede ser cualquier persona, física y jurídica, que posea el bien mueble.

c) Comportamiento

El comportamiento consiste en apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra.

Por apoderarse se entiende toda acción de poner bajo su dominio y disposición inmediata de un bien que antes se encontraba en la esfera de custodia de otra persona.

Este apoderamiento tiene que realizarse mediante sustracción. Por sustracción se entiende toda acción que realiza el sujeto tendente a desplazar el bien del lugar donde se encuentra.

No se requiere una aprehensión manual o contacto material del autor con el bien, puesto que puede realizarse la sustracción por otros medios, por. El. Valiéndose de otra persona caso autoría medita, de animales o de procedimientos mecánicos¹⁹¹.

¹⁹¹ RODRÍGUEZ Devesa, Derecho penal español, España p. 418-419.

El objeto material sobre el que recae este delito es un bien mueble. Por bien inmueble hay que entender todo objeto de mundo exterior con valor económico, que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento¹⁹².

d) Tipicidad Subjetiva

Se requiere el dolo y, además, un elemento subjetivo de tipo, el ánimo de lucro, que comprende la intención de apropiarse del bien (disponer del bien como propietario) y la de obtener un beneficio o provecho.

e) Grados de Desarrollo del Delito

Determinar cuándo se produce el momento consumativo del delito hurto constituye uno de los temas de mayor discusión en la doctrina.

Según el artículo 185 del CP, se admite la consumación en el momento en que el sujeto activo tiene disponibilidad del bien mueble. Por tanto, no basta para que pueda entenderse consumado el hurto, que el sujeto activo haya tomado el bien y haya huido con él, sino que es preciso que haya tenido, siquiera en el curso de la huida, una mínima disponibilidad.

f) Pena

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto se comete en los agravantes del inciso 1 a 5.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el hurto es cometido en los agravantes establecidos en el segundo párrafo de los incisos 1 al 11.

¹⁹² *Ibidem*

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos¹⁹³

¹⁹³ Artículo modificado in fine, por la primera Disposición complementaria Modificado de la Ley 30077, publicado 20/08/2013.

Sub Capítulo III

Robo Agravado

3.21 Robo Agravado

La real academia española, define al robo como *“Delito que se comete apoderándose con ánimo de lucro de una cosa mueble ajena, empleándose violencia o intimidación sobre las personas, o fuerza en las cosas”*

Para PEÑA CABRERA¹⁹⁴ *“El delito de robo constituye un atentado contra el patrimonio, en contra de los derechos reales inherentes a la propiedad, cuando se produce el desapoderamiento del bien mueble, puede verse el plus de disvalor radica, en que la sustracción del bien se realiza mediando violencia y/o amenaza grave sobre las personas, por lo que la libertad, la vida, el cuerpo y la salud también son objeto de tutela en este tipo penal”*

El robo agravado SALINAS SICHA¹⁹⁵ en su publicación “Derecho Penal Parte especial” define *“aquella conducta por el cual el agente haciendo uso de la violencia o la amenaza sobre sus víctima, sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno y se apodera liegamente del mismo, con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, concurriendo en el accionar alguna o varias circunstancias agravantes previstas en el Código Penal”.*

Teniendo en cuenta el nomen iuris de esta figura “agravada”, se entiende que previamente debe verificarse la concurrencia de los elementos objetivos y

¹⁹⁴ *Ibíd*em p. 225

¹⁹⁵ SALINAS SICHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte especial, Primera Reimpresión, Editorial Idemsa, Lima, 2005, p.723.

subjetivos del tipo básico (robo simple)¹⁹⁶. Caso contrario no existe robo agravado. En otras palabras, “una vez establecido que el robo agravado descansa sobre los presupuestos de robo simple, puede afirmarse que el robo descansa sobre los presupuestos de robo simple, puede afirmarse que el robo agravado engloba todos los presupuestos exigidos para su calificación como agravado y por lo tanto se ha consumado el ilícito¹⁹⁷”

En tal sentido, el tipo básico de robo exige la concurrencia de violencia y/o amenaza como medios para la sustracción del bien mueble, por ello considero necesario explicar estos elementos descriptivos, pues son los que dan particularidad a esta figura delictiva.

La violencia física debe presentarse en la ejecución de la sustracción del bien mueble, y se entiende como “*la coacción física ejercida sobre una persona para vencer su voluntad y realizar algo que no quiere o a ceder en algo a lo que se opone (a que otro se apodere del bien o bienes muebles ajenos)*”¹⁹⁸ esta violencia es el medio para la sustracción y posterior apoderamiento del bien y no tiene un fin en sí misma, ejerciéndose sobre el cuerpo de la víctima (*vis copore afficcta*) para facilitar la sustracción del bien mueble de la que es detentadora, poseedora o propietaria.

¹⁹⁶ Ob Cit. P. 723.

¹⁹⁷ VILCAPOMA BAJAICO, Walter, La Calificación del delito de robo agravado, Primera edición, Grijley, Lima, 2003, p.63.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

Por otro lado, en relación con la “intimidación o amenaza”, esta “consiste en el anuncio o conminación de un mal inmediato grave, personal y posible que inspire al perjudicado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real imaginario, de suerte que la intimidación puede producirse de manera expresa mediante la exteriorización con palabras de la amenaza del mal o implícitamente cuando el comportamiento que proceda a la toma de las cosas o a la petición de las mismas para proceder a su apoderamiento haga perfectamente deducible el pronóstico de causar un mal si se opone resistencia a los deseos del agente”¹⁹⁹.

Considero que el robo es un delito pluriofensivo no solo lesiona el patrimonio, sino otros bienes jurídicos como el patrimonio, la libertad, la integridad física y la vida de la víctima, ilícito penal que requiere para su configuración de la concurrencia de la tipicidad objetiva, que consiste en que el sujeto activo ejecute actos de violencia física o amenaza cierta e inminente contra la integridad física o la vida de la víctima, a fin de reducir o eliminar su resistencia, con el propósito de apoderarse del bien, asimismo debe concurrir la tipicidad subjetiva, es decir el conocimiento y voluntad de su realización, es decir el dolo, así como el ánimo de lucro, comprende la intención de apoderarse del bien con la finalidad de obtener un determinado beneficio o provecho económico en sus circunstancias agravantes.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 67-68

El robo agravado se encuentra regulado en el artículo ciento ochenta y ocho como tipo base con la agravantes prevista en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo.

Para fines de la investigación se asume que el delito de robo consiste en el agente o agentes deberán con su comportamiento ilegítimo apoderarse mediante sustracción de un bien mueble ajeno o parcialmente ajeno para aprovecharse de él empleando violencia contra la persona o amenazándola con peligro inminente para su vida o integridad física.

a) Tipo penal

Para la configuración del delito de robo agravado se requiere la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo del delito de robo simple, así como también de cualquiera de los agravantes específicas previstas por la norma sustantiva, en ese orden de ideas, la hipótesis normativa del delito de robo agravado resulta de la concordancia de las prescripciones normativas de los artículos 188° y 189° de Código Penal.

Artículo. 188. Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo de lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro de inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años²⁰⁰.

²⁰⁰ Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley 27472 de 05/06/2001.

Circunstancias Agravantes

Artículo 189. Robo agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. El inmueble habitado
2. Durante la noche o en lugar desolado
3. A mano armada
4. Con el concurso de dos o más personas
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas fuentes de agua minero – medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
3. Colocando a la víctima a su familia en grave situación económica.
4. Sobre bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la Nación

La pena será de cadena perpetua cuando el agente en calidad de integrante de una organización criminal, como consecuencia del hecho, produce la muerte de la víctima o le causa lesiones graves a su integridad física mental.

b) Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido es el patrimonio, específicamente la posesión de un bien mueble, pero además, también la libertad, la vida, la integridad física de las personas, hecho que lo configura como delito pluriofensivo.²⁰¹

En ese sentido la Corte Superior de Justicia de Lima²⁰², señala citando a Ejecutoria Suprema del once de noviembre de mil novecientos noventa y nueve: “En el delito de robo, se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo hace de él un delito complejo, ello es más que un de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan disolublemente vinculados entre sí, formando un

²⁰¹ vid. Exp. N° 8976-2008 fundamento 2, Primera Sala para procesos con reos libres de la Corte Suprema de Justicia de Lima

²⁰² vid. Exp. 20374-2007 con fecha 11 de enero de 2012 evaluación jurídica (Báscones Gómez Velásquez), emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo penal para proceso con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial dará lugar a la destrucción del tipo”.

La diferencia entre el hurto y robo deriva del hecho de que éste requiere la presencia de la violencia contra la persona o de la amenaza de un peligro inminente para su vida, libertad o su integridad física. Es por ello, que en estos casos se pone en juego también la vida y la integridad física, comprometiéndose bienes jurídicos más importantes que el patrimonio.

C) Tipicidad Objetiva

Sujeto Activo

Puede ser cualquier persona, a excepción hecha del propietario.

Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona física o jurídica que disfrute de la posesión inmediata del bien mueble, cualquiera que sea el título por lo que dispone de dicha facultad.

d) Comportamiento

Consiste en apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en el que se encuentre, empleando violencia contra la persona y amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física.

d) Tipicidad Subjetiva

Conocimiento y voluntad de su realización, es decir requiere dolo, así como el ánimo de lucro, comprende la intención de apoderarse del bien con la finalidad de obtener un determinado beneficio o provecho económico.

e) Grados de Desarrollo del Delito

El robo es un delito de resultado pues este se consuma con el desapoderamiento del bien mueble, lo que sucede cuando el sujeto activo logra sustraer el bien mueble de la esfera de dominio del agraviado, llegando a consumarse cuando este sujeto tiene la posibilidad de hacer actos de dominio con el bien, siendo necesario para configurar el tipo penal que haya habido violencia o amenaza al momento de realizar este acto.

f) Pena

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.²⁰³

3.21 Jurisprudencia en delito de robo agravado

“Que la conducta imputada al acusado en el tipo penal contenido en el artículo ciento ochentiocho del Código Penal, con la concurrencia de circunstancias agravantes de comisión en casa habitada y con el concurso de más de dos personas, previstas en los incisos primero y cuarto del artículo ciento ochentinueve del cuerpo de leyes acotado”²⁰⁴

²⁰³ Artículo modificado por la primera Disposición modificada de la Ley 30077, publicado el 20/08/2013.

²⁰⁴ Ejecutoria Suprema del 22/11/00 Exp. 660-2000. Huaura. Jurisprudencia Penal. Taller de Dogmática, Jurista Editores 2005, p.462

“(...) la consumación del delito de robo agravado se produce cuando el agente se apodera mediante, violencia y amenaza de un bien total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico así como del ejercicio, privando al titular del bien jurídico así como del ejercicio de sus derechos de custodia y posición asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien (...)”²⁰⁵

“El agraviado sufrió lesiones en su integridad física a consecuencia del Robo agravado del que fue la víctima del que fue víctima, por lo que en este caso la conducta del procesado (...) se encuentra tipificada en el artículo ciento ochenta y nueve inciso octavo del Código Penal, modificado por el decreto Legislativo ochocientos noventa y seis”²⁰⁶.

3.22 Jurisprudencia Vinculante en los delitos contra el patrimonio

“6. La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189 del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes previstas en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto de coautoría o participación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continúa (...)”

²⁰⁵ Ejecutoria Suprema del 03/08/2000. Lima Jurisprudencia Penal, Taller de Dogmática Penal. Jurista Ediciones, 2005, p.468.

²⁰⁶ Ejecutoria Suprema del 22/5/00. Epx. 605-2000, Ica, Jurisprudencia Penal. Taller de Dogmática Penal. Jurista Editores 2005, p.455.

7.- En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de delitos patrimoniales no es ni abundante ni necesariamente plausible²⁰⁷, no obstante es apreciable el esfuerzo por discurrir el “áreas difíciles” y en las que la doctrina no guarda consenso. La tesista entiende por “plausible”, la solución adoptada en condiciones de impecabilidad reflexiva – analítica, que adquiere pretensión de credibilidad y fiabilidad.

Cuatro son las materias específicas sobre las cuales el pensamiento reflexivo de los magistrados supremos, vía acuerdos plenarios, ha sido expuesto en materia de delitos patrimoniales:

a) El momento consumativo de los delitos de hurto y robo;

El criterio de disponibilidad potencial es el mínimo requerido en suficiencia de consumación para los delitos de hurto y robo, de modo que tal momento consumativo de dichos delitos, no se reduce en exclusividad a dicha disponibilidad real.

El criterio de disponibilidad, en tanto poder de hecho, es sobre el bien mueble ajeno o parcialmente ajeno. “La cosa” es una noción imprecisa que es usado el precedente con ligereza.

Asimismo se aprecia en el precedente vinculante su falibilidad, no se puede hablar de disponibilidad potencial (un análisis subjetivo de momento consumativo) para expresar el poder de hecho sobre el bien que necesita el

agente de robo y hurto para consumar el delito. La disponibilidad potencial es un concepto que no expresa poder. El poder de hecho tiene que ser real condicionado a probabilidades.

En la actualidad poco importa ya entonces los argumentos en los discursos académicos si hubo real potencial de disposición, el poder de disposición no se concilia con el poder condicionado, siempre será un dominio real incluso si es temporal o fragmentario en relación con los bienes sustraídos y apoderados.

En el caso de robo por la naturaleza del delito deben estar precedidas o conminadas por las acciones de violencia o grave amenaza para la vida o la integridad física de la víctima.

b) La naturaleza jurídica de la muerte como consecuencia de robo

La Corte Suprema definió la naturaleza jurídico penal de la muerte producida en el contexto del robo, es la muerte producida en el contexto de robo, es decir la muerte no deseada o no prevista como parte del plan de acción del agente. La Corte Suprema ha considerado que esta muerte tiene la calidad de un resultado previsible derivado de los actos de la fuerza o violencia propios del robo.

c) La diferente valoración jurídico –penal de las lesiones producidas en el robo

La Corte Suprema excluye muertes dolosas con dolo sobreviviente.

d) La importancia o irrelevancia del preferente patrimonial en los delitos de hurto agravado.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

Prisión preventiva en Costa Rica

CODIGO PROCESAL PENAL

Artículo 239. Procedencia de la prisión preventiva

El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él.*
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.*
- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.*
- d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo.*

Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Artículo 239 bis.- Otras causales de prisión preventiva

Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política :

- a) *Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.*
- b) *El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido **sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.***
- c) *Cuando se trate de **personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.***
- d) *Se trate de delincuencia organizada.*

Artículo 240. Peligro de fuga

Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente, las siguientes circunstancias:

- a) *Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar*

definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.

c) La magnitud del daño causado.

d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Artículo 241. Peligro de obstaculización

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.

b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate.”

En la legislación de Costa Rica se aprecia que la prisión preventiva es un instrumento de medida de seguridad ya que establece en los presupuestos materiales de la prisión preventiva la causal de peligro de reiteración delictiva como circunstancia que faculta el dictado de la prisión preventiva en Costa Rica, es sin duda polémica, sobre todo porque se ha insistido en que las causales cumplen una necesidad procesal, mientras que aquélla cumple una función de protección del orden jurídico, atendiendo más a consideraciones relacionadas con el interés de protección a la comunidad.

PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA

Código de Procedimiento Penal - Ley 906

“Artículo 306°: solicitud de imposición de medida de aseguramiento

El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público, y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

Artículo 307° Medidas de Aseguramiento

Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la Libertad

- a) Detención preventiva en establecimiento de reclusión*
- b) Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esta ubicación no obstaculice el juzgamiento.*

B. No Privativas de la Libertad (...)

Artículo 308°: Requisitos

El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el

imputado pueda ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. **Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.***
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”*

Artículo 310.- Peligro para la comunidad

Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales*
- 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
- 3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
- 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso preterintencional.*

Artículo 311. Peligro para la víctima

Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia y sus bienes.”

Colombia adopta un modelo acusatorio eficiente, en su legislación vigente, siendo esta el Código de Procedimiento Penal, Ley 906, de fecha 31 de agosto del 2004; y en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento, establece que procederá para: “Garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria”.

Esta legislación regula que la prisión preventiva puede ser requerida por el Fiscal cuando el Juez infiera razonablemente que existen elementos de convicción, siempre y cuando concurren alguno de los siguientes presupuestos: (i) peligro de obstaculización; (ii) peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; (iii) peligro de fuga; de los cuales nuestro país sólo adopta el peligro procesal de conformidad con en el artículo 268 literal c) del NCPP, sin que se tenga en cuenta el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, es decir, el peligro de reiteración delictiva del imputado, como un sustento para fundamentar la prisión preventiva.

Se evidencia que el legislador colombiano la normas procesales deben responder a las necesidades político criminales de seguridad ciudadana, no estando acorde con los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales.

PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE

CODIGO PROCESAL PENAL - LEY 19696

Artículo 139°. Procedencia de la prisión preventiva.

Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

Art. 140. Requisitos para ordenar la prisión preventiva.

Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

a) **Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y,**

b) *Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, **o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.***

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren

presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes."

Legislación chilena si bien señala la prisión preventiva como una medida excepcional que *"procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad"*

Regula el peligro procesal en sus dos dimensiones el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, no obstante regula la peligrosidad del imputado para ello debe valorarse la gravedad de la pena y la gravedad del delito, el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos además la prisión preventiva procederá para la seguridad de la sociedad convirtiéndose la medida cautelar en una medida de seguridad.

PRISIÓN PREVENTIVA EN BOLIVIA

Código De Procedimiento Penal

“Artículo 233º. Requisitos para la detención preventiva

Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima aunque no se hubiera constituido en querellante, cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.*
- 2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.*

Artículo 234º. Peligro de Fuga

Por peligro de fuga se entiende a toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.

Para decidir acerca de su concurrencia, se realizará una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta las siguientes:

- 1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;*
- 2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;*
- 3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga;*
- 4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo;*

5. *La actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible;*
6. *El haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso o haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia;*
7. *Habérsele aplicado alguna salida alternativa por delito doloso;*
8. *La existencia de actividad delictiva reiterada o anterior;*
9. *El pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales;*
10. *Peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante; y,*
11. *Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, que permita sostener fundadamente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga.*

Artículo 235º. Peligro de Obstaculización

Por peligro de obstaculización se entiende a toda circunstancia que permita sostener fundamentadamente, que el imputado con su comportamiento entorpecerá la averiguación de la verdad. Para decidir acerca de su concurrencia se realizará una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta las siguientes:

1. *Que el imputado destruya, modifique, oculte, suprima, y/o falsifique, elementos de prueba;*
2. *Que el imputado influya negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos, a objeto de que informen falsamente o se comporten de manera reticente;*
3. *Que el imputado influya ilegal o ilegítimamente en magistrados del Tribunal Supremo, magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, vocales,*

jueces técnicos, jueces ciudadanos, fiscales y/o en los funcionarios y empleados del sistema de administración de justicia;

- 4. Que el imputado induzca a otros a realizar las acciones descritas en los numerales 1, 2 y 3 del presente Artículo;*
- 5. Cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener fundadamente que el imputado, directa o indirectamente, obstaculizará la averiguación de la verdad.*

Artículo 235° bis. Peligro de Reincidencia

También se podrán aplicar medidas cautelares incluida la detención preventiva cuando el imputado haya sido condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada si no hubieran transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años.”

La legislación boliviana regula el peligro procesal el peligro de fuga y el peligro de obstaculización define el por peligro de fuga “*se entiende a toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia.*”, para valorarse en el peligro de fuga también se tendrá en cuenta el haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso o haber recibido condena privativa de libertad en primera instancia, la existencia de actividad delictiva reiterada o anterior; peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante e incluso regula el peligro de reincidencia imputado haya sido condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada si no hubieran transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años. Circunstancias propias del derecho penal y no

procesal penal, legislación que desnaturaliza su naturaleza cautelar de la prisión preventiva.

PRISIÓN PREVENTIVA EN ESPAÑA
LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículo 502

- 1. Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.*
- 2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.*
- 3. El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.*
- 4. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.*

Artículo 503.- *Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:*

1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran

sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las **circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.**

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.o del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad."

Esta legislación regula los presupuestos del peligro procesal en sus dos dimensiones reconocidos en el Perú el peligro de fuga y el peligro de obstaculización sin embargo también regula el presupuesto *de evitar el riesgo que el imputado cometa otros hechos delictivos*, desnaturalizando la medida cautelar y que también debe tomarse en cuenta los antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

De acuerdo con doctrinal mayoritario que comparto, al actuar como medio de defensa del orden social, destinado a garantizar la seguridad y la tranquilidad colectiva, la prisión preventiva pasa a cumplir una finalidad de prevención que nada tiene de cautelar, convirtiéndose así en una medida de internamiento o se seguridad que se basa en una presunción de culpabilidad.

PRISIÓN PREVENTIVA EN BRASIL

CODIGO PROCESAL PENAL

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (NR)

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).” (NR)

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (NR)”

La legislación brasileña está regulada en portugués, es necesaria la traducción realizar su traducción correspondiente al español, porque se establece lo siguiente:

“Artículo 282º

Las medidas cautelares previstas en el presente título se aplicarán de acuerdo a:

i. Necesidad de aplicación de la ley penal para la investigación o el enjuiciamiento y, cuando se disponga expresamente, para evitar la comisión de hechos delictivos;

- ii. Adecuación de la medida de la gravedad del delito, las circunstancias de hecho y de las circunstancias personales del condenado o acusado.
- iii. Las medidas cautelares pueden ser aplicadas individualmente o de forma acumulativa.
- iv. Las medidas cautelares serán decretadas por el tribunal de oficio o a petición de las partes o, cuando en el curso de una investigación penal por la autoridad policial o representación a petición de la acusación.
- v. De la excepción de los casos de urgencia o de peligro de la ineficacia de la medida, el juez, al recibir la solicitud de medidas cautelares, determinar la citación de la parte contraria, acompañada de una copia de la solicitud y las piezas necesarias, suspensión del procedimiento en los tribunales.
- vi. En caso de incumplimiento de alguna de sus obligaciones, el juez, de oficio o a petición del fiscal, su ayudante, o el demandante puede sustituir la medida, imponer otra en la superposición, o, en última instancia, aprobar detención
- vii. El juez podrá revocar la medida cautelar o sustituirla cuando se comprobó la falta de razón que persiste y volver a promulgar si sobrevienen razones que la justifican.
- viii. De la libertad condicional se determinará cuando no es conveniente sustituirlo por otro mandato judicial (art. 319).

Artículo 312º La detención preventiva puede ser obligado a garantizar el orden público, el orden económico, para la conveniencia de la investigación criminal, o para garantizar la aplicación del derecho penal, cuando hay evidencia de la existencia de indicios suficientes de delito y de la autoría.

Parágrafo Único. Libertad condicional también puede ser impuesta en caso de incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en virtud de otras medidas (art. 282, § 4 a).

Artículo 313º De conformidad con el art. 312 de este Código, serán aceptados para la adjudicación de la libertad condicional:

8.1.1. En delitos punibles con privación de libertad superior a cuatro (4) años;

8.1.2. Si ha sido condenado por otro delito grave, en sentencia firme, salvo lo dispuesto en la sección I de la parte introductoria del art. 64 del Decreto-ley en el 2848 del 7 de diciembre 1940 - Código Penal;

8.1.3. Si el delito involucró la violencia doméstica contra las mujeres, niña, adolescente, tercera edad, enfermos o discapacitados, para garantizar la aplicación de medidas de protección urgentes.

Parágrafo Único. También será admitido en prisión preventiva cuando existan dudas sobre la identidad o la condición de la persona cuando no presentó pruebas suficientes para aclarar que, el preso debe ser colocado inmediatamente puesto en libertad tras su identificación, a menos que otra hipótesis recomienda el mantenimiento de la medida.

Esta legislación establece que para dictar alguna medida cautelar que restringe la libertad ambulatoria de las personas se debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, evitar la comisión de nuevos delitos, que no es otra cosa que el peligro de reiteración delictiva, además de evaluar las circunstancias

personales del imputado, situaciones que en nuestra legislación no se encuentra regulada.

Asimismo, se hace referencia que esta medida la podrá adoptar el juez una vez probada la existencia del crimen y habiendo indicio suficiente de la autoría, con la finalidad de garantizar el orden público y económico, la investigación criminal y la aplicación del derecho penal; es decir, deja conceptos amplios y vagos, sin referencia a las situaciones capaces de caracterizarlo, las cuales nuestra legislación no las considera, pero es menester analizarlas.

La posibilidad de decretar la prisión preventiva con el objetivo de garantizar el orden público o el orden económico ha sido duramente criticada por la mayor parte de la doctrina brasileña.

Por ello se sostiene que al representar el orden público una situación o un estado de legalidad en el que las autoridades ejercen sus atribuciones y los ciudadanos las respetan sin protestar, son innumerables las situaciones que podrían considerarse, dada la falta de precisión de la expresión.

De tal manera que, para mayoría de la doctrina la prisión preventiva fundada en dichas situaciones constituye un verdadero abuso de autoridad y una innegable ofensa a la Constitución, ya que la expresión "orden público" resulta de una excesiva vaguedad; por lo que, "peligrosidad del imputado", "crimen perverso", "insensibilidad moral" "reiteradas divulgaciones por radio o televisión", es una expresión genérica de "orden público". En estos casos, la prisión preventiva no dejaría de ser una pena anticipada, ya que el imputado es condenado antes de ser juzgado.

En concreto, se sostiene que el concepto de orden público es impreciso y desprovisto de referencia semántica alguna. Por ello, tratándose de un concepto indeterminado, la determinación para garantizar el orden público va a depender de la mayor o menor sensibilidad del juez, de las ideas preconcebidas al respecto de las personas, sus concepciones sociales, morales, políticas, que le conducen a determinadas tendencias que lo orientan inconsistente en sus decisiones.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Entrevistas a jueces, encuestas practicadas a operadores jurídicos y autos de prisión preventiva.

POBLACIÓN DE ESTUDIO

Respecto a los autos de prisión preventiva, en el proyecto de investigación estuvo previsto 200 autos de prisión preventiva sin embargo al ejecutar la tesis se encontró solo 86 autos de prisión preventiva siendo analizada en su totalidad, que representa el 100% de la población.

Respecto a la entrevista de Jueces, se entrevistó 5 Jueces Penales de Huamanga (en la actualidad jueces liquidadores) de Huamanga (1°, 2°, 3°, 4°, 5° de una población de 6 Juzgados penales de Huamanga. El 2do Juzgado no se entrevistó por su competencia en solo en Derechos Humanos.

Respecto a encuestas practicadas a los operadores jurídicos, se encuestó Se encuestó complementariamente a 80 operadores jurídicos (fiscales, defensores públicos y abogados litigantes particulares) y asimismo se incluyó a los bachilleres y estudiantes del último años de la escuela de Formación Profesional de Derecho.

MÉTODO DE ESTIMACIÓN

Mayoría

TAMAÑO DE LA POBLACIÓN

El tamaño de la población constituye 86 autos sujetos a de prisión preventiva.

TAMAÑO DE MUESTRA

El tamaño de muestra es de 86 autos sujetos a la medida de prisión preventiva en el periodo 20 de agosto 2013 a 31 de junio de 2015 en los seis juzgados penales de Huamanga. Asimismo para complementar la investigación se entrevistó a los 5 jueces penales de Huamanga (en la actualidad jueces liquidadores) y a operadores jurídicos de la administración de la justicia.

ELECCIÓN DE LA MUESTRA

Se realizó 5 entrevistas a Jueces Penales de Huamanga, cumpliendo con la mayoría.

DELIMITACIÓN TEMPORAL

La investigación está delimitada en el periodo 20 de agosto 2013 a 31 de junio de 2015, es decir en la vigencia de la Ley 30076, no completándose a los dos años por la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 a partir de 01 de julio de 2015.

RECOLECCIÓN DE DATOS DURÓ 15 DÍAS

La recolección de datos duró quince días participó la tesista y una colaboradora (egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UNSCH) debidamente capacitada en el manejo de la herramienta utilizada.

EL PROCESAMIENTO DE DATOS

El procesamiento de los datos se realizó utilizando el programa estadístico Microsoft Excel en el cual se elaboró cuadros y gráficos descriptivos.

RESULTADO DE ENTREVISTAS A JUECES

JUSTIFICACIÓN

Se entrevistó a los Juzgados Especializados en lo Penal de Huamanga (1°, 3°, 4°, 5° y 6°). No se tomó en consideraciones 2° Juzgado por tener especialidad en Derechos Humanos.

PRIMERA PREGUNTA

¿Qué concepto tiene sobre la prisión preventiva y según Ud. cuál es la finalidad de la prisión preventiva?

La mayoría de los entrevistados conocen la naturaleza jurídica de la prisión preventiva que es una medida cautelar y concuerdan que la finalidad de la prisión preventiva es asegurar el éxito del proceso, sin embargo en el análisis no tienen claridad de los alcances e implicancias del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados.

Una de la entrevistadas responde de manera automática que la prisión preventiva es una medida cautelar y su finalidad es garantizar el éxito del proceso, sin embargo en su análisis la entrevistada considera que la prisión preventiva es una medida de seguridad en ese sentido señala *"en los autos no invoco las sentencias de Corte Interamericana ni los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni a la doctrina porque puede decir cualquier cosa solo se toma en cuenta el Código Procesal Penal sobre prisión preventiva porque la realidad de Sudamérica es diferente hay delincuentes prontuarios de Huancayo, Ica y Trujillo que llegan a Ayacucho, en especial en*

fiestas, la prisión preventiva se impone para proteger la sociedad, si habrían cámaras no robarían porque sabrían que les está grabando, el plazo que estoy imponiendo para hurto agravado es de 9 meses y para robo agravado es 18 meses”.

Uno de los entrevistados señala “estamos siendo severos porque los delincuentes avezados que cometen delitos del norte del país estuvieron emigrando Ayacucho, todos ellos fueron sentenciados, la delincuencia ha crecido dicen que el Nuevo Código Procesal Penal es muy garantista, la delincuencia se cuenta pero si ven que los jueces son drásticos es un reflejo para ellos de prevención, ellos se dan cuenta leen diarios, sino no prosperaría tranquilidad, agrega que la prisión preventiva es disuasiva”.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Cuál de los presupuestos materiales establecidos en el CPP consideras que legitima la imposición de la prisión preventiva?

El presupuesto que legitima la prisión preventiva para la mayoría de los entrevistados consideran el presupuesto material que legitima es “los fundados y graves elementos de convicción,” mientras que la minoría considera el peligro procesal es el presupuesto que legitima la imposición de la prisión preventiva.

TERCERA PREGUNTA

¿Considera que la gravedad de la pena y el tipo de delito deben ser tomados en cuenta para para acreditar el peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria?

La mayoría de los entrevistados consideran que la gravedad de pena y el delito sí son tomados en cuenta para acreditar el peligro procesal.

Sin embargo la minoría de los entrevistados no toman en cuenta que la gravedad de los hechos que se le imputan y la gravedad de la pena consideran que solo referenciales y además deben ser ponderados conjuntamente con arraigo domiciliario, laboral, dos posibilidades de fuga o que permanezca oculto.

CUARTA PREGUNTA

¿Considera que los antecedentes penales por otro hecho delictivo vigente o rehabilitado o porque registra otras investigaciones a nivel de investigación fiscal (peligrosidad de imputado) es un indicador para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados?

La mayoría de los entrevistados, sí consideran que los antecedentes penales por otro hecho delictivo vigente o rehabilitado para acreditar el peligro procesal otros solo toman en cuenta solo los antecedentes penales y no los antecedentes penales ni judiciales mientras que la minoría de los encuestados no toman en cuenta los antecedentes penales por otro hecho delictivo vigente o rehabilitado o porque registra otras investigaciones a nivel de investigación fiscal (peligrosidad de imputado)

QUINTA PREGUNTA

¿Considera que la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional se debe tener en cuenta para imponer la prisión preventiva?

La mayoría de los entrevistados señalan tener en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. Sin embargo existiendo incoherencia al revisar

los autos de prisión preventiva porque la mayoría no fundamenta la jurisprudencia de TC respecto a la prisión preventiva adecuadamente, en los presupuestos materiales se identificó las citas del TC sobre el plazo de la prisión preventiva.

La minoría de los jueces señalan que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no deben tomar en cuenta solo son referenciales y solo se debe tomar en cuenta solo las jurisprudencias vinculantes.

SEXTA PREGUNTA

¿Considera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre prisión preventiva se debe aplicar en el derecho procesal interno?

La mayoría de los entrevistados considera que sí se debería aplicar las normas internacionales en el Derecho Procesal Interno ejerciendo el Control de Convencionalidad porque el estado peruano forma parte del Sistema Interamericano, sin embargo en resoluciones que emitieron para imponer la prisión preventiva la mayoría no tomaron en cuenta las jurisprudencias emitidas por el Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La mayoría de los jueces penales de Huamanga no conocen sobre los contenidos de los informes 12/1997, informe que inicialmente justificó la reiteración delictiva como finalidad de la prisión preventiva y 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe que la comisión ha variado su posición a partir de la jurisprudencia de Corte Interamericana y en especial a partir de la sentencia del Caso López Álvares, descartando la reiteración delictiva para imponer la prisión preventiva por apoyarse en criterios

de derecho penal material y no procesal, señala “se admite legitimidad de la medida cautelar solo cuando tienda a evitar los riesgos o peligros procesales” y asimismo exige a los Estados parte que cumplan con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

CUADRO DE RESULTADOS DE ENCUESTADOS A OPERADORES JURÍDICOS DE LA JUSTICIA

OPERADORES JURÍDICOS	Σ DE ENCUESTADOS
Fiscales	7
Asistentes en Función Fiscal	8
Especialistas legales	12
Abogados de Defensa Pública	7
Abogados litigantes particulares	21
Secristas y practicantes de Derecho	25
Total	80

JUSTIFICACIÓN

Se realizó la encuesta a los operadores de justicia con la finalidad de conocer la influencia del peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva en los juzgados penales de Huamanga y asimismo tener mejor panorama del conocimiento y aplicación de la norma, doctrina y jurisprudencia del tema investigado, en total encuestándose a un total de 80 operadores de la justicia, 7 (Fiscales Provinciales y Adjuntos Titulares) por su facultades que le confiere la ley el requerimiento de prisión preventiva, 8 (asistentes en Función Fiscal) en la práctica también proyectan requerimientos de prisión preventiva y a futuro son los que asumirán el cargo de Fiscal Provincial o Adjunto; 12 especialistas legales por la carga procesal también proyectaron resoluciones de autos de prisión preventiva; 7 (abogados de defensa pública) postura de

defensa fue importante conocer y asimismo también se encuestó 21 abogados de litigantes particulares aleatoriamente.

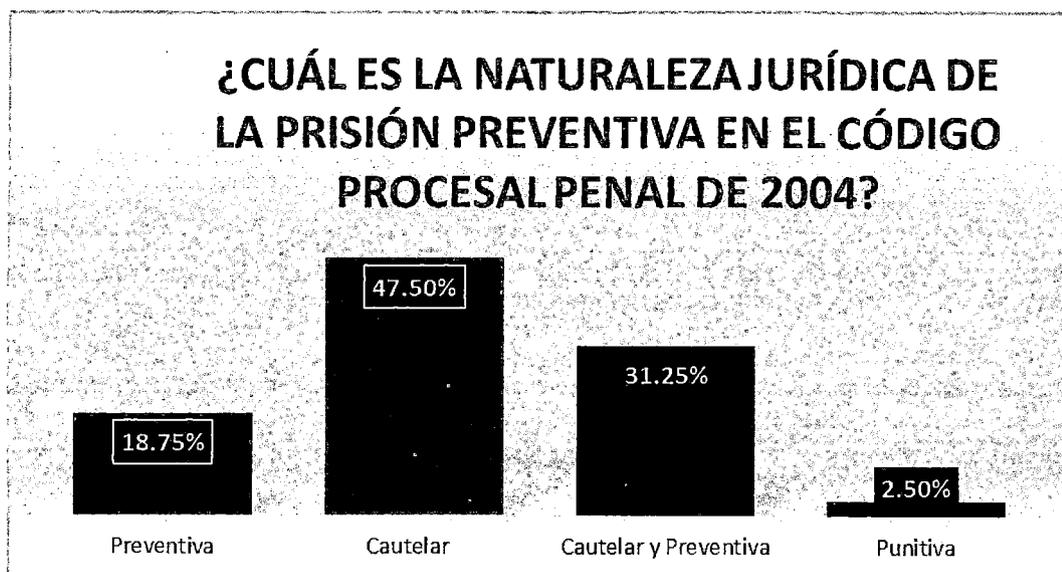
En ese sentido, también se consideró a 25 secgristas y practicantes de distintas universidades de la Ayacucho por su formación académica con el Código Procesal Penal de 2004.

RESULTADO DE ENCUESTA A OPERADORES JURÍDICOS DE LA JUSTICIA

PRIMERA PREGUNTA

¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004?

Naturaleza jurídica de Prisión	Σ	%
Preventiva		
Preventiva	15	18.75%
Cautelar	38	47.5%
Cautelar y Preventiva	25	31.25%
Punitiva	3	2.5%
Total	80	%100



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICO

De un total de 100% operadores jurídicos de justicia encuestados el 40.50% consideran que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004 es cautelar, sin embargo un alto porcentaje del 31.25% de encuestados consideran que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva es cautelar y preventiva.

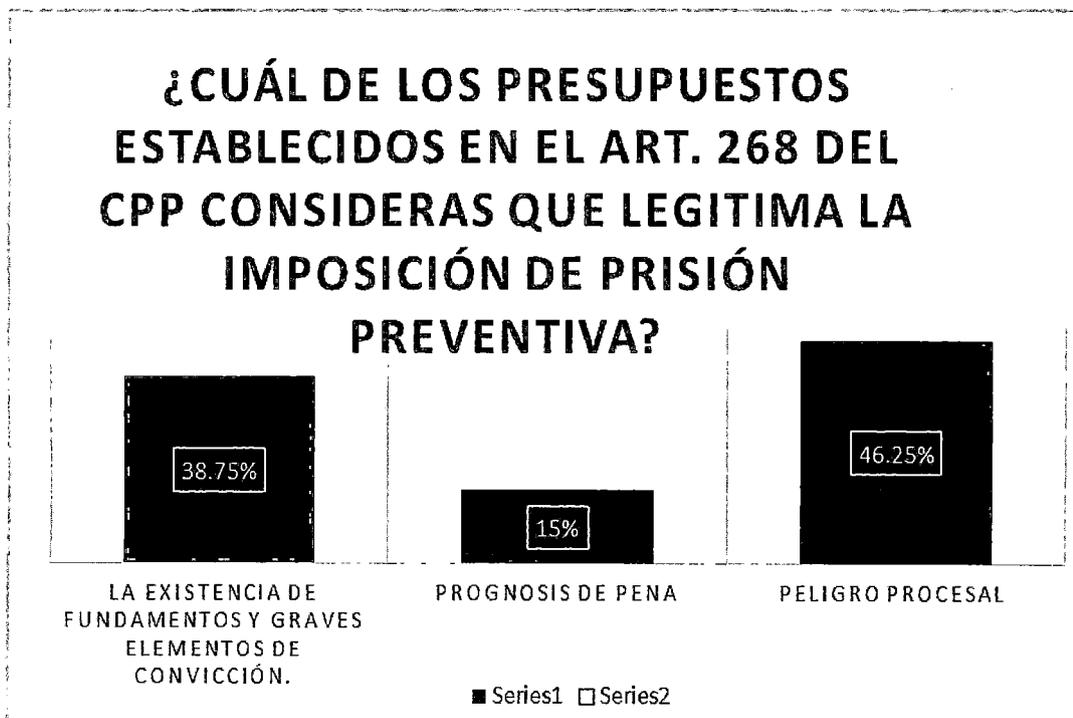
JUSTIFICACIÓN

Pregunta relacionada con el marco normativo de la investigación, que se demostró que la mayoría de encuestados sí tienen conocimiento de la naturaleza jurídica de la prisión preventiva en el Código Procesal de 2004.

SEGUNDA PREGUNTA

LA NORMA PROCESAL EXIGE LA CONCURRENCIA DE LOS TRES PRESUPUESTOS EN FORMA CONJUNTA PARA IMPONER LA PRISIÓN PREVENTIVA. ¿CUÁL DE LOS PRESUPUESTOS ESTABLECIDOS EN EL ART. 268 CONSIDERAS QUE LEGITIMA LA IMPOSICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA?

PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	Σ	%
La existencia de fundamentos y graves elementos de convicción.	31	38.75%
Prognosis de pena	12	15%
Peligro procesal	37	46.25%
Total	80	100%



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICO

La primera pregunta que se formuló en la encuesta ¿Cuál de los presupuestos establecidos en el art. 268 consideras que legitima la imposición de la prisión preventiva?, se tiene del 80 encuestados que representa el 100%, 37 encuestados que equivale a 46.25% consideran que el presupuesto material que legitima es la imposición la prisión preventiva es el peligro procesal, mientras que 31 de los encuestados equivalente a 38.5% respondieron que el presupuesto que legitima la prisión preventiva es la existencia la existencia de fundados y graves elementos de convicción y solo 12 de los encuestados que representa a 15% respondieron que el presupuesto que legitima la prisión preventiva es la prognosis de pena.

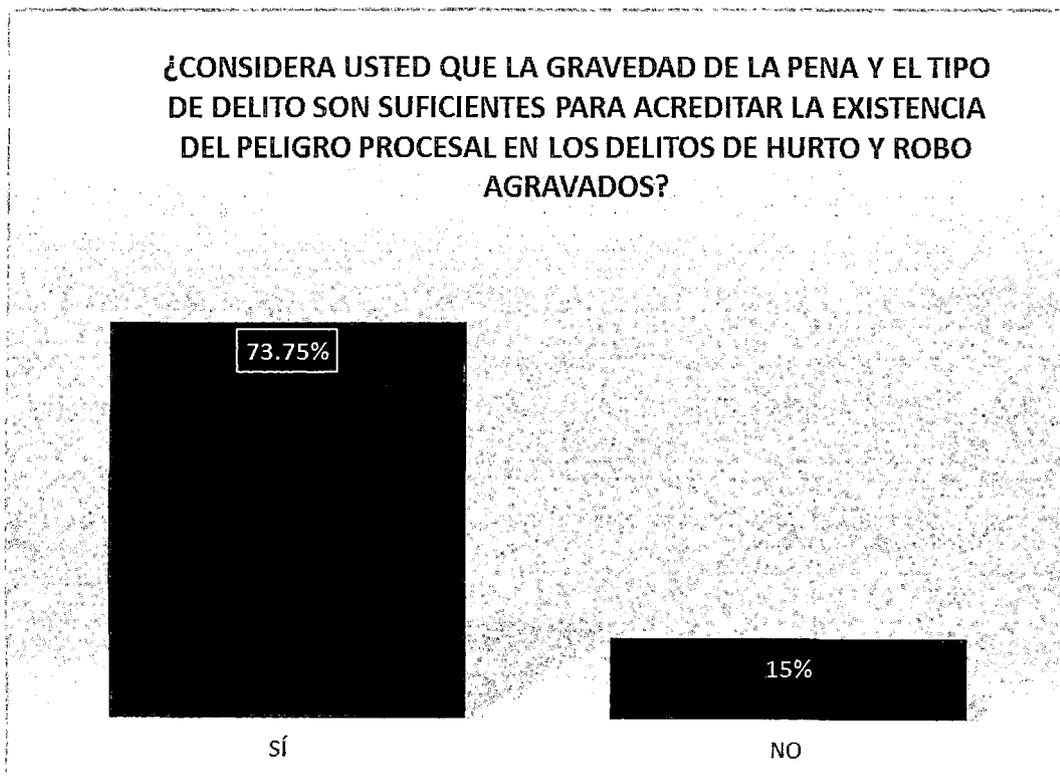
JUSTIFICACIÓN

Ante la pregunta planteada está relacionada con el marco normativo de la investigación, se demuestra la influencia del peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva, sin embargo también se demuestra que los fundados y graves elementos de convicción sí influye en la imposición de la prisión preventiva desnaturalizando la medida cautelar en su aplicación.

TERCERA PREGUNTA

¿CONSIDERA USTED LA GRAVEDAD DE LA PENA Y EL TIPO DE DELITO SON SUFICIENTES PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL PELIGRO PROCESAL EN LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO AGRAVADOS?

GRAVEDAD DE LA PENA Y EL TIPO DE DELITO	Σ	%
SÍ	59	73.75%
NO	21	15%
Total	80	100%



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICO

La tercera pregunta formulada en la encuesta ¿Considera usted que la gravedad de la pena y el tipo de delito son suficientes para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados?.

De un total de 80 encuestados equivalente al 100%, encuestados; 59 encuestados equivalente al 73.75% consideran que la gravedad de la pena y el tipo de delito son suficientes para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados, mientras que solo 21 equivalente 15% consideran que no son suficientes la gravedad de la pena y el tipo de delito para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de robo y hurto agravados.

JUSTIFICACIÓN

Pregunta relacionada con el marco normativo de la investigación, la gravedad de la pena tiene finalidad distinta al aseguramiento del proceso y naturaleza jurídica de la prisión preventiva sino con fine del derecho penal, un porcentaje muy alto de encuestados consideran que la imposición de la prisión preventiva influye la gravedad de la pena y el tipo de delito en este caso en los delitos de robo y hurto agravados, dejando de la lado la observación especial del peligro procesal en sus dos vertientes, entonces, la evaluación del peligro procesal esta condicionado a la gravedad de la pena y tipo de delito.

La gravedad de la pena no debe ser utilizada como circunstancia que determine la necesidad de imponer la prisión preventiva.

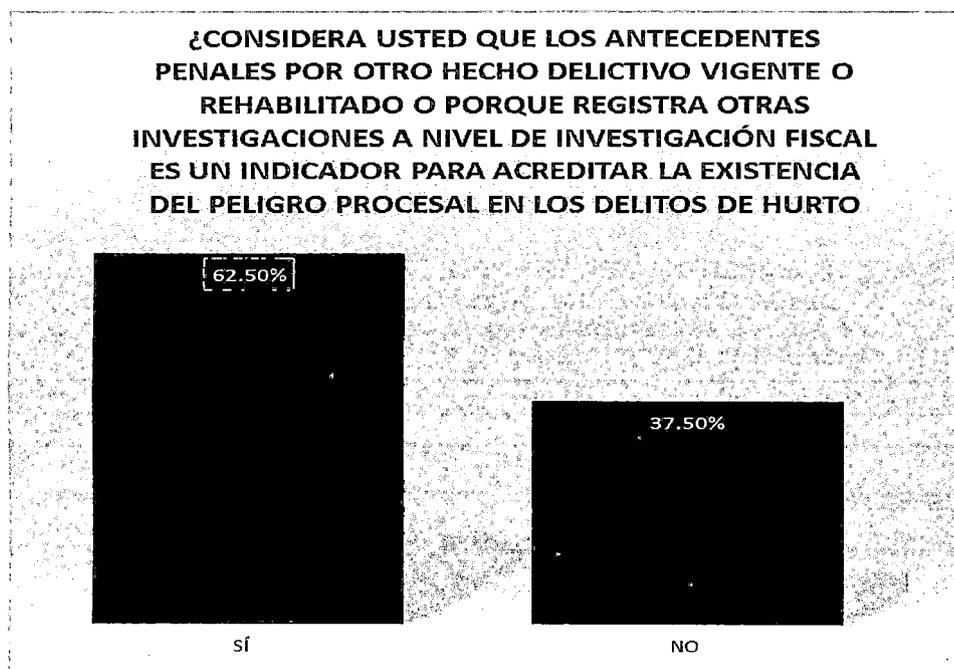
En el informe 35/07 se estableció en caso de tomarse en cuenta el monto de la pena para dictar la medida cautelar, los Estados se encuentran obligados a tomar en consideración el mínimo de la escala penal. En caso de tener en cuenta un monto de la pena que exceda el mínimo legal, ello resultaría contrario a la Convención Americana.

La pregunta formulada demuestra que el marco normativo sobre peligro procesal influye negativamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en el periodo de 20 de agosto de 2013 a 31 de junio de 2015.

CUARTA PREGUNTA

¿CONSIDERA USTED QUE LOS ANTECEDENTES PENALES POR OTRO HECHO DELICTIVO VIGENTE O REHABILITADO O PORQUE REGISTRA OTRAS INVESTIGACIONES A NIVEL DE INVESTIGACIÓN FISCAL ES UN INDICADOR PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL PELIGRO PROCESAL EN LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO AGRAVADOS?

ANTECEDENTES PENALES COMO INDICADOR PARA ACREDITAR PELIGRO PROCESAL EN DELITOS DE HURTO Y ROBO	Σ	%
SÍ	50	62.50%
NO	30	37.50%



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA

La cuarta pregunta formulada en la encuesta ¿Considera usted que los antecedentes penales por otro hecho delictivo vigente o rehabilitado o porque registra otras investigaciones a nivel de investigación fiscal es un indicador para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados?

De un total de 80 encuestados, 50 equivalente a 62.50% consideran que los antecedentes penales por otro hecho delictivo vigente o rehabilitado o porque registra otras investigaciones a nivel de investigación fiscal es un indicador para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados, mientras que solo 30 equivalente a 37.50% consideran que no es un indicador para acreditar la existencia del peligro procesal los antecedentes penales en los delitos de hurto y robo agravados.

JUSTIFICACIÓN

El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas, exigiendo que la prisión preventiva tenga exclusiva finalidad procesal, aplicándose sólo para garantizar la realización de los fines que el proceso penal y no para alcanzar la finalidad de la pena y siendo válida la prisión preventiva del imputado cuando se verifican todos sus requisitos y además, si se pretende garantizar la realización de los fines del proceso.

La Corte Interamericana Derechos Humanos en la jurisprudencia establece, las características personales del supuesto autor por sí mismos, no justifica la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

Comportamiento en este proceso u otro proceso, los antecedentes penales, evaluación personal profesional de la personalidad e incluso el carácter de imputado son criterios para justificar la prisión preventiva el peligro de reiteración delictiva, criterios del derecho penal material y no procesal.

Inicialmente la Comisión Interamericana en el informe 27/97 párr. 32 justificó la “reiteración delictiva” como finalidad de la prisión preventiva, que sostuvo:

“(...) Para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración delictiva debe ser real y tener en cuenta la historia personal de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

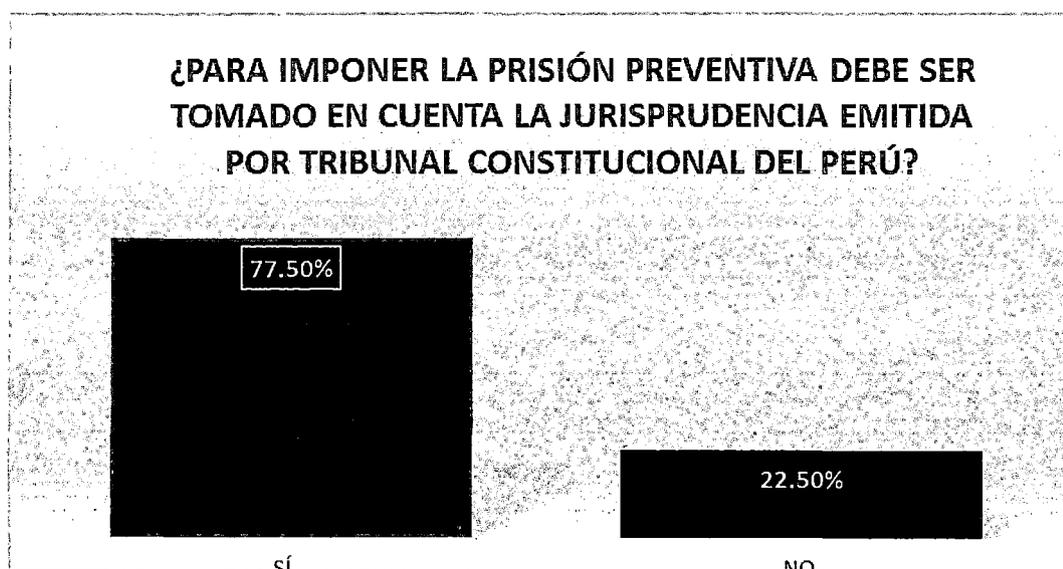
En la actualidad ha variado su posición la negando la posibilidad que se ordene la prisión preventiva para evitar que el imputado cometa nuevos hechos delictivos por basarse en criterios del derecho penal material y no procesal, instrumentalizada el informe 35/07 y poco difundida a la vez.

La pregunta formulada demuestra que el marco normativo sobre el peligro procesal influye negativamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los delitos de hurto y robo agravados en el periodo de 20 de agosto de 2013 a 31 de junio de 2013.

QUINTA PREGUNTA

¿PARA IMPONER LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE SER TOMADO EN CUENTA LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ?

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ	Σ	%
SÍ	62	77.50%
NO	18	22.50%



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA

Quinta pregunta formulada ¿Para imponer la prisión preventiva debe ser tomado en cuenta la jurisprudencia emitida del Tribunal Constitucional del Perú? De un total de 80 encuestados que equivale a 100%, respondieron 62 que equivalen al 77.50% que debe ser tomado en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú para imponer prisión preventiva, mientras que solo 18 equivalente a 22.50 % respondieron que no se debe tener en cuenta la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú.

JUSTIFICACIÓN

Pregunta relacionada con la jurisprudencia a nivel interno, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en una sentencia de carácter vinculante (caso Valencia Gutiérrez del 17 de mayo de 2005 en su Fundamento J.7 señala “la detención preventiva, hoy denominada prisión preventiva, tiene por finalidad *garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales y en su caso, asegurar la ejecución del fallo*”.

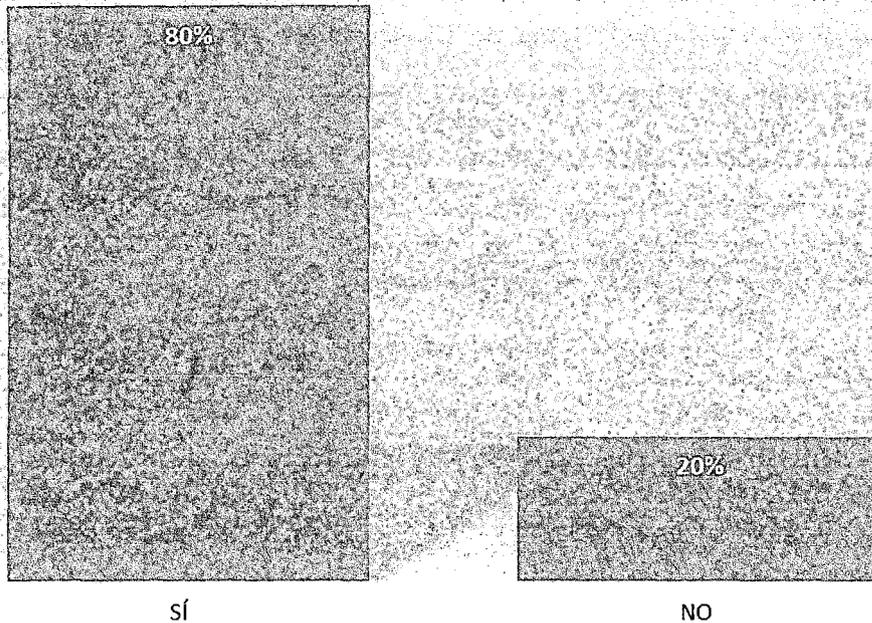
La pregunta formulada, demuestra que la jurisprudencia sobre el peligro procesal influye positivamente en la imposición de la prisión preventiva.

SEXTA PREGUNTA

¿CONSIDERA QUE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL PELIGRO PROCESAL, EL JUEZ DEBE APLICAR EN EL DERECHO PROCESAL PENAL INTERNO?

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	Σ	%
SÍ	64	80%
NO	16	20%
Total		100%

¿CONSIDERA QUE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL PELIGRO PROCESAL, EL JUEZ DEBE APLICAR EN EL DERECHO PROCESAL PENAL INTERNO?



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA

Sexta pregunta formulada ¿Considera que la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el peligro procesal, el juez debe aplicar en el Derecho Penal Interno?

Del total del 100% encuestado, el 80% consideran que se debe aplicar en el derecho penal interno la jurisprudencia sobre peligro procesal de Corte Interamericana de los Derechos Humanos, mientras que el 20% consideran que no se debe aplicar la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos.

JUSTIFICACIÓN

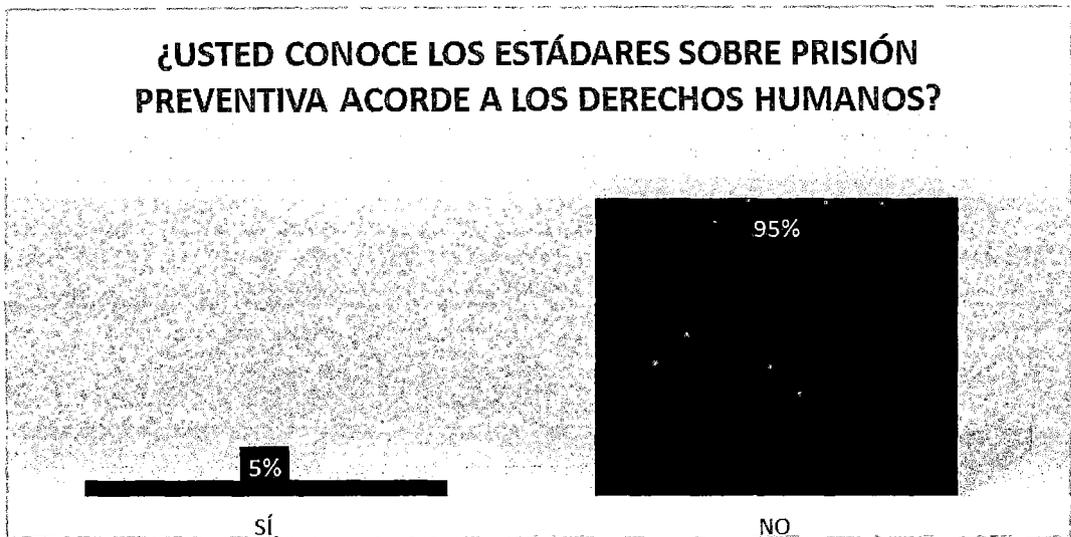
Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la única legitimidad en la imposición de la prisión preventiva es que tienda a evitar neutralizar los riesgos procesales. Para que resulte procedente su imposición, debe constatarse la existencia de riesgos y peligros procesales en el caso concreto.

La pregunta formulada está relacionada con el marco jurisprudencial que demuestra la jurisprudencia sobre peligro procesal influye positivamente en la aplicación del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados en los delitos de hurto y robo agravados en el periodo 20 de agosto de 2013 a 31 de junio de 2013.

SEPTIMA PREGUNTA

¿USTED CONOCE LOS ESTÁDARES SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA ACORDE A LOS DERECHOS HUMANOS?

ESTÁDARES SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA ACORDE A LOS DERECHOS HUMANOS	Σ	%
SÍ	4	5%
NO	76	95%
Total	80	100%



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA

La séptima pregunta formulada ¿usted conoce los estándares sobre prisión preventiva acorde a los Derechos Humanos?

Del total de 80 encuestados equivalente a 100%; 76 que equivale a 95% respondieron que no conocer los estándares de la prisión preventiva, mientras que 4 que equivale a 5% respondió que conocen sí los estándares de la prisión preventiva.

JUSTIFICACIÓN

Los estándares básicos señalados por la Corte IDH para imposición de la prisión preventiva se ha fijado que:

- * Debe ser la excepción y no la regla
- * La existencia de indicios de responsabilidad, no constituye razón suficiente para su imposición.
- * Los fines legítimos y permisibles deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga u obstaculización del proceso.
- * Se requiere que sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal.
- * Se requiere una resolución judicial debidamente motivada.
- * Se debe imponer por un tiempo necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos de su procedencia.
- * El mantenimiento debe sujetarse a un plazo razonable de modo que no equivalga a adelantar la pena.

En la pregunta sexta, si bien existe alto número de encuestados que consideran que debía aplicarse la Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Procesal interno, sin embargo se demuestra que la mayoría desconoce los estándares de la prisión preventiva, los operadores de la justicia al desconocer no exigen adecuada aplicación de la prisión preventiva acorde a los estándares a derechos humanos. Más aún cuando autores

reconocidos como Neira Flores, San Martín Castro en las últimas publicaciones no difunden el informe de la Comisión Interamericana 35/07 que instrumentaliza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la prisión preventiva desde la perspectiva lógica cautelar.

RESULTADO DE AUTOS ANALIZADOS SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA

De los autos analizados y visualizados de un total de 86; 65 imputados sujetos a la medida de prisión preventiva fueron declaradas fundadas y 21 fueron declaradas infundadas imponiéndose comparencias simples o restringidas en la mayoría fueron declarados infundados por falta de suficientes elementos de convicción, motivo por el cual se analizó con mayor minuciosidad los autos declarados fundados.

El marco normativo sobre el peligro procesal, en la imposición de la prisión preventiva; por los jueces penales de Huamanga la mayoría de autos de prisión preventiva (resoluciones y audiencias registradas) el peligro procesal más valorado, es artículo 269 de Código Procesal Penal referente al peligro de fuga y de los cinco criterios establecidos en la norma el más valorado es *el arraigo*, el Expediente 2167-2013 señala que *“en el peligro de fuga se debe examinarse el vínculo de familia, su profesión u oficio, esto es estabilidad laboral y si tiene domicilio fijo, la existencia de bienes propios y **todo objeto incluso su reputación que permita entender al juzgador que si los procesados rehúyan a la acción de la justicia**”*, el juzgador considera todo objeto incluso la reputación del procesado valoración subjetivo y con amplio margen de discrecionalidad en el peligro procesal.

Análisis erróneo no basado en el peligro procesal sino en el derecho penal sustantivo.

Gravedad de la pena como peligro de fuga, los jueces entrevistados sostuvieron casi en forma unánime que el factor predominante para imponer la prisión

preventiva es casi exclusivamente la gravedad del delito y gravedad de la posible pena remitiéndose al circular 325-2011.

Al analizar los expedientes y visualizar las audiencias, el segundo criterio más valorado es la gravedad de la pena que se espera al final del procedimiento, el expediente 16 – 2014 señala que, “(...) *la pena es grave lo que motivará al imputado a fugarse*”, en ese mismo sentido señala el expediente 1979 – 2014 “si bien es cierto que demuestran actividad laboral y domicilio conocido, (...) se *debe de tener en cuenta el interés de la sociedad frente a interés particular*, en este contexto por la **gravedad de la pena a imponerse** (...), hacen presumir al juzgador que en caso de que imputados asumirán el proceso penal en libertad podrían perturbar la actividad probatoria; podrían influir en los testigos o presentar testigos o presentar testigos para poder desviar las investigaciones, y podrían huir dejando ilusorio el derecho punitivo del Estado, cual es el de investigar en el proceso con el principio de contradicción y establecer responsabilidad. El juez Erróneamente presume el peligro procesal, el peligro procesal debe ser concreto y objetivo con la finalidad de no vulnerar el derecho a la libertad.

El criterio, colaboración del imputado con la investigación, se debe valorar el riesgo de fuga como el peligro de obstaculización, a partir del comportamiento del imputado. Si bien es analizada para evaluar el peligro de fuga, debe ser tomada en cuenta al evaluar el riesgo procesal desde su variante de obstaculización de la justicia, al analizar los autos y visualizar audios sí son fundamentadas por la defensa, no obstante son irrelevantes en su decisión del juzgador.

El criterio pertenencia a una organización delictiva, este criterio inicialmente fue considerado como presupuesto de la prisión preventiva, a partir de 20 de agosto 2013 por técnica legislativa se modificó a través de la ley 30076 como criterio de valoración de peligro de fuga, el juzgador valoró sólo en 4 casos.

Del análisis de los autos y videos de audiencia de prisión preventiva se advierte en los delitos de hurto agravado y robo gravados citan el artículo 253° inciso 3, la reiteración delictiva como finalidad de la medida de coerción procesal

Pese al informe 35/07 de la Comisión Americana de los Derechos Humanos que descarta la reiteración delictiva los ordenamientos jurídicos de la región, en los juzgados penales de Huamanga sí han establecido la reiteración delictiva como peligro procesal para imponer la prisión preventiva. Su aplicación no corresponden a la simple proyección de peligrosidad del imputado sino se sustenta en datos objetivos como en los antecedentes penales, detenciones anteriores, tipo de delincuencia, órdenes de captura previa, detenciones anteriores, comportamiento procesal, actitud mostrada hacia las víctimas, testigos, permiten un juicio futuro sobre probable comisión de futuras acciones delictivas. Además consideran erróneamente el plazo de prisión preventiva es para realizar diligencias en la etapa de investigación preparatoria, cuando el plazo debe ser considerado para asegurar el éxito del proceso.

Por otro lado en la minoría de audiencias, respecto al peligro procesal se limitan a los antecedentes penales o judiciales del imputado y a verificar si el domicilio real coincide con el domicilio consignado en el DNI, tal discusión no

aporta información relevante para acreditar la prognosis de pena y el peligro procesal.

Respecto al peligro de obstaculización incluso señala “el Ministerio Público solamente ha esbozado que el imputado podrá influir que el imputado en el testigo no sustentando circunstancia objetiva que permita verificar el peligro de fuga”.

Respecto a la Jurisprudencia en el Expediente 2141-2015 en el tercer considerando sobre el análisis de la prisión preventiva en la mayoría no consideran en los autos de prisión preventiva, mientras que en la minoría señala que “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el artículo 9 inciso 3, la restricción de la libertad de una persona sometida a un proceso, sólo puede deberse a la necesidad de asegurar “la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso para ejecución del fallo”; desde ese punto de vista, **el principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar es el peligro procesal inminente**, el mismo que deberá ser evaluado en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso pueden presentarse y en forma significativa, con los valores morales del procesado, su domicilio, su domicilio, ocupación, entorno familiar y social”

Asimismo acertadamente cita la Convención Americana de Derechos Humanos el artículo 7.5 y la jurisprudencia emitida por Corte Interamericana, para imponer la prisión preventiva analiza además la necesidad y proporcionalidad con la magnitud del peligro procesal.

Por otro lado en la audiencia de prisión preventiva la defensa técnica también se limita a argumentar el arraigo familiar, laboral y domiciliario en lo que corresponde al peligro procesal y no las otras circunstancias que prevé el artículo 269 del Código Procesal Penal como es la gravedad de la pena que se espera como resultado y la magnitud del daño causado y respecto al artículo 270 del Código Procesal Penal no demuestra elementos objetivos para demostrar peligro de obstaculización en sus distintas modalidades incluso erróneamente la defensa técnica argumenta inocencia en los cargos imputados, discusión que no corresponde en la audiencia de la medida cautelar.

El uso del peligro de obstaculización para averiguar la verdad el juzgador sustentó en los argumentos este riesgo: la posible manipulación o falsificará los elementos de prueba, influirá que los coimputados o testigos se comporten de manera desleal o reticente.

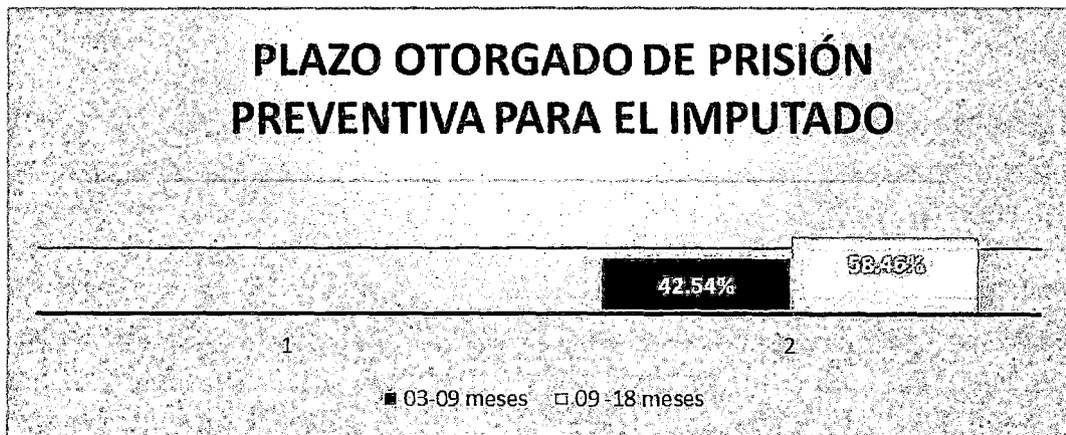
La mayoría de los autos de prisión preventiva en los juzgados penales de Huamanga en los delitos de hurto y robo agravados, limitaron su razonamiento a transcribir los presupuestos materiales de la prisión preventiva. El presupuesto material más importante para imponer la prisión preventiva es la concurrencia del peligro procesal, presupuesto que en la mayoría de los autos no fue considerado por el juez, quien en la práctica al referirse al peligro procesal no fundamentan adecuadamente limitándose a señalar los antecedentes penales, reiteración delictiva para acreditar el presupuesto de peligro procesal y no precisaron de manera objetiva las pruebas o indicios que se han actuado en la investigación que conlleve a la convicción de que el imputado va eludir de la

acción de la justicia y obstaculizar la actividad probatoria; así como consideraron el factor temporal, gravedad de la pena y el tipo de delito para acreditar el peligro procesal establecido en el circular de la prisión preventiva 325-2011.

Respecto a jurisprudencia y doctrina en los autos de prisión preventiva sobre el peligro procesal las citas fueron impertinentes no incidieron en su argumentación para imponer la prisión preventiva; mientras que en la minoría de autos sobre prisión preventiva, el juez sí valoró adecuadamente el peligro procesal respecto al peligro de fuga; valoró la calidad de arraigo, el comportamiento, la magnitud del daño acusado confrontando con la gravedad de pena que le espera al final del procedimiento penal y asimismo el peligro de obstaculización de acción de la justicia o actividad probatoria acredita elementos objetivos que permitirá destruir, modificar, ocultar y otros criterios establecidos en la norma y además fundamentaron el plazo de la prisión preventiva basados en el principio de necesidad y proporcionalidad con la magnitud del peligro procesal, citando adecuadamente jurisprudencias pertinentes de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Corte Suprema que influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.

PLAZO OTORGADO DE PRISIÓN PREVENTIVA DECLARADAS FUNDADAS

RANGO DE MESES	Σ	%
03-09	27	42.54%
09- 18	48	58.46%
Total	65	100 %



INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA

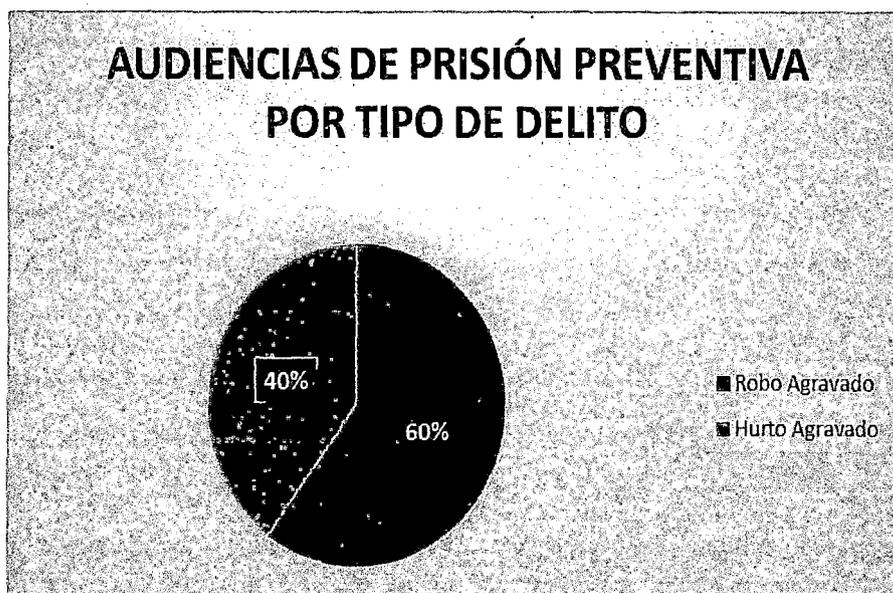
Del análisis de los autos y (registro de audiencias) el plazo otorgado de prisión preventiva que oscila entre 03 meses a 09 meses es el 58.46%, mientras el plazo otorgado de prisión preventiva que oscila entre 03 meses a 18 meses constituye el 42.54% en los delitos de hurto y robo agravados.

JUSTIFICACIÓN

El Juez impuso mayor plazo para los delitos de robo agravado amparados en la gravedad de la pena y mayores diligencias a realizarse en la investigación menor plazo para los delitos de hurto agravado.

AUDIENCIAS DE PRISIÓN PREVENTIVA POR TIPO DE DELITO

TIPO DE DELITO	Σ	%
Robo Agravado	39	60%
Hurto Agravado	26	40%
Total	65	100%



INTERPRETACION ESTADÍSTICA

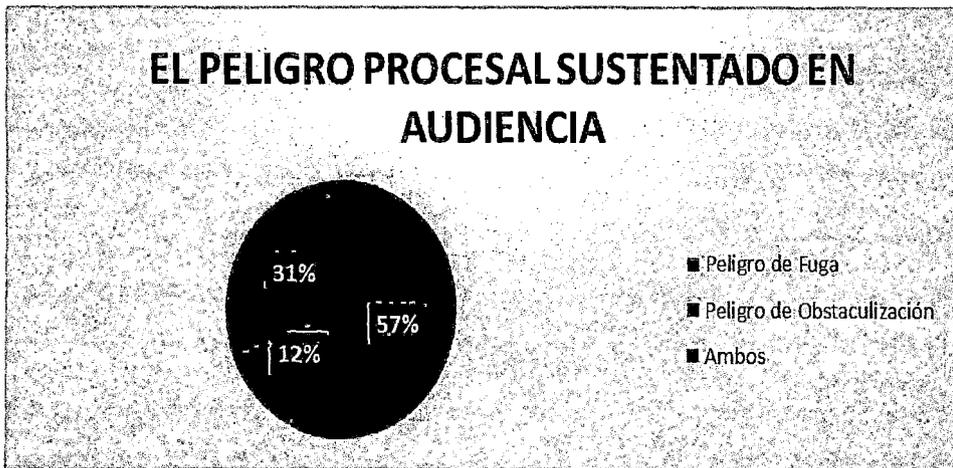
De un total de 65 equivalente a un 100% prisiones preventivas declaradas fundadas que se impuso a los delitos Contra el Patrimonio en la modalidad de robo agravado fueron 39 equivalente a un 60%, mientras que la prisión preventiva por los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado fueron 26 equivalente a un 40%.

FUSTIFICACIÓN

En el delito de robo agravado establecido en el artículo 189, la circunstancia agravante más aplicado fue los incisos 1 al 4; se produjo cuando el agente se apodera mediante violencia y amenaza de un bien total o parciamente ajeno, privando al titular del bien jurídico así como el ejercicio de sus derechos de custodia y posición de hecho; mientras que en hurto agravado establecido en el artículo 186, las circunstancias más concurrentes en su aplicación fueron 1y 5 del primer párrafo; inciso 2 y 9 del segundo párrafo y los otros con menor frecuencia. En los delitos de hurto agravado el juez tomó en cuenta con mayor frecuencia los antecedentes penales de los investigados, el concurso real de delitos para determinar la imposición de la prisión preventiva.

**EL PELIGRO PROCESAL SUSTENTADO EN EL AUTO DE PRISIÓN
PREVENTIVA**

MODALIDAD	Σ	%
Peligro de Fuga	37	56.92%
Peligro de Obstaculización	12	18.46%
Ambos	16	24.61%
Total	65	100%



INTERPRESTACIÓN ESTADÍSTICA

De un total del 100% autos de prisión preventiva delaradas fundadas; se sustentó en el peligro procesal en su dimensión de peligro de fuga 56.92% ; mientras que el peligro de obstaculización sustentado fue 18.46% y solo ambos fueron sustentados en un 24.61%.

JUSTIFICACION

En las resoluciones y audiencias visualizadas se observa alta utilización del peligro de fuga y el criterio más valorado fue el arraigo, seguida de la gravedad de la pena al momento de sustentar el peligro procesal e incluso los antecedentes penales, también se observó que la mayoría de los Magistrados suspendieron para emitir el auto posteriormente la prisión preventiva; mientras la minoría de los magistrados emitieron en el acto el auto de prisión preventiva.

CONCLUSIÓN

1. El marco normativo sobre el peligro procesal influye negativamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los juzgados penales de Huamanga en el periodo de 20 de agosto de 2013 a 31 de junio de 2015. El legislador nacional atribuyó a las medidas cautelares una finalidad propia de las penas, desnaturalizando la naturaleza jurídica, razón por el cual al fundamentar en los autos de prisión preventiva la reiteración delictiva durante el proceso deja ser una medida de aseguramiento del proceso y de garantía de la ejecución de la pena, convirtiéndose en una medida de internamiento preventivo o de seguridad basada en el principio de culpabilidad.

El Código Procesal Penal de 2004 si bien es cierto, señala para imponer prisión preventiva debe concurrir los tres presupuestos establecidos en los literales del Artículo 268, no obstante incorporó la reiteración delictiva si bien no como presupuesto material de la prisión preventiva, pero sí como finalidad de las medidas cautelares establecido en el artículo 253. Numeral 3: *“La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuera 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**”.*

El Circular de Prisión Preventiva 325 - 2011, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en fundamento sexto considera que fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde **apreciando únicamente el tipo penal y la gravedad de la pena** que conlleve, pues tales elementos pueden **colegirse los riesgos de fuga y/o entorpecimiento**, el circular al apreciar únicamente el tipo penal y la gravedad de la pena al evaluar el peligro procesal desnaturaliza la naturaleza jurídica de la prisión preventiva.

Asimismo en el artículo 268 literal c del Código Procesal Penal de 2014, referido al peligro procesal el legislador peruano insertó innecesariamente "Que el imputado en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); el juez al analizar el peligro procesal no debe limitarse a señalar los antecedentes delictivos del imputado sino el comportamiento del imputado con antecedentes penales cómo influye en el peligro de fuga u obstaculiza la actividad probatoria, porque los antecedentes en sí debe valorarse al momento determinar de la pena, en caso de haberse acreditado la responsabilidad penal, conforme señala el artículo 46° del Código Penal, incluso con la modificatoria de la Ley 30076 aparece expresamente como circunstancia que agrava la sanción penal, resultando impertinente al inicio de la redacción del presupuesto material del peligro procesal porque el legislador consideró dentro del criterio 4 del artículo 269.

2. El marco doctrinario influye positivamente sobre el peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los juzgados penales de Huamanga en el periodo de 20 de agosto de 2013 a 31 de junio de 2015; la doctrina mayoritaria considera que la prisión preventiva una medida de coerción personal de naturaleza cautelar y excepcional que contiene los dos presupuestos básicos y comunes para imponer la prisión preventiva siendo la apariencia del buen derecho y el peligro procesal, ésta última siendo el más importante que legitima la imposición, su mantenimiento y asimismo para toda la teoría cautelar dentro del proceso penal.

El peligro procesal es aquella aptitud y actitud del imputado para materializar el peligro de fuga u obstaculización la actividad probatoria, teniendo elementos constitutivos el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas, exigiendo que la prisión preventiva tenga exclusiva finalidad procesal, aplicándose sólo para garantizar la realización de los fines que el proceso penal y no para alcanzar la finalidad de la pena y siendo válida la prisión preventiva del imputado cuando se verifican todos sus requisitos y además, si se pretende garantizar la realización de los fines del proceso.

Por otro lado las teorías y corrientes internacionales aún desconocen que la reiteración delictiva para imponer la prisión preventiva en la actualidad se

encuentra deslegitimada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, admitiendo la legitimidad de la prisión preventiva sólo cuando tienda evitar los riesgos o peligros procesales.

3. El marco jurisprudencial influye positivamente sobre el peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los juzgados penales de Huamanga en el periodo de 20 de agosto de 2013 a 31 de junio de 2015; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el peligro procesal como el presupuesto más importante que legitima la imposición de la prisión preventiva; no puede residir en fines preventivos atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, *el peligro procesal en sus dos dimensiones: El peligro de fuga y peligro obstaculización*. Los antecedentes penales, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito, tipo de delito que se le imputa no siendo por sí mismos, justificación suficiente para acreditar el peligro procesal y a la vez debe ser limitada por los principios de presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad indispensables en una sociedad democrática. Sin embargo a pesar de las obligaciones internacionales el estado peruano no regula legislativamente las exigencias y estándares del sistema interamericano de Derechos Humanos sobre la prisión preventiva; razón por el cual incumpliendo la Convención americana de los Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional del Perú también reconoce al peligro procesal como presupuesto material más importante que se exigen para una imposición legítima

de la prisión preventiva, Sin embargo la Corte Suprema no existe uniformidad respecto al peligro procesal.

RECOMENDACIONES

1. La prisión peventiva es la última medida cautelar a imponer, y que su único propósito es el aseguramiento del proceso y de la futura pena según su naturaleza jurídica, es decir asegurar el éxito del proceso. Al imponer la prisión preventiva el juez debe analizar el peligro procesal, en ese sentido se recomienda se suprima la última parte del artículo 253 del Código Procesal Penal numeral 3 (...) "y evitar la reitaración delictiva" como finalidad de la medidas cautelares por tener fundamento en el derecho penal material y no procesal y asimismo se recomienda suprimir el texto establecido en el artículo 268 literal c, referido al peligro procesal "Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular" redacción considerado innecesariamente criterio que se debe valorar en el criterio de comportamiento en el Artículo 269 , por otro lado también respecto al factor temporal que se basa en el "tipo de delito" y "la gravedad de la pena" para acreditar el peligro procesal, establecida en el circular de la prisión preventiva 325-2011, debe inaplicarse por desnaturalizar la lógica cautelar de la prisión preventiva adoptada en el Código Procesal Penal de 2004 en armonía de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. La doctrina que asume la posición restrictiva, considera que legitima la prisión preventiva solo cuando existe el riesgo o peligro procesal en caso concreto, razón por el los jueces penales de Huamanga deben analizar y aplicar la prisión preventiva solo con la finalidad de garantizar el éxito del proceso

conforme su naturaleza cautelar para no vulnerar el derecho a la libertad y los derechos conexos de los imputados sujetos a esta medida porque en un Estado democrático, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva es anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo del proceso, cualquier función que no sea estrictamente procesal cautelar es ilegítima.

3. La Jurisprudencia nacional e internacional reconoce el peligro procesal como el presupuesto más importante que legitima la imposición de la prisión preventiva, en ese sentido estado peruano por haber firmado y ratificado diversos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos con carácter obligatorio, convenios y declaraciones que regulan derechos y garantías inherentes al ser humano como principio de presunción de inocencia y asimismo ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a su acatamiento y aplicación. Por tanto nuestra legislación debe ser armonizada conforme con los estándares internacionales del sistema interamericano conforme la Convención de Viena, instrumento internacional que establece en los artículos 26° y 27° que los Estados signatarios estarán obligados a incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos aquellas normas necesarias para la implementación de los tratados.

SUGERENCIA LEGISLATIVA

CÓDIGO PROCESAL PENAL - DECRETO LEGISLATIVO N° 957

Texto Actual:

Artículo 253 Finalidad de Medida de Coerción Personal

(...)

3. “La restricción de un derecho fundamental solo 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**”.

Texto Alternativo:

Artículo 253 Finalidad de Medida de Coerción Personal

(...)

3. *“La restricción de un derecho fundamental solo 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”.*

Texto Actual:

“Artículo 268 Presupuesto Materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

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

Texto Alternativo:

“Artículo 268 Presupuesto Materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*

- b) *Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y*
- c) ***Que el imputado permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)."***

BIBLIOGRAFÍA

1. AMORETTI PACHAS, Mario, "Prisión Preventiva", Magna ediciones, Primera Edición, 2008.
2. Alfredo Tecla J. y Alberto Garza R. (1974). Teoría, métodos y técnicas en la investigación social. México: Ediciones Cultura Popular S.A.
3. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto, Manual del Derecho Penal, Editorial San Marcos, 1994.
4. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico, 2da Edición T, VI, revisada, actualizada y ampliada, Editorial Heliasta.
5. DE LA JARA, Ernesto, CHÁVEZ TAFUR, Gabriel y otros, La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Primera Edición 2013
6. FERNÁNDEZ, Miguel, Tratado del Derechos Penal. Parte Especial Delitos Contra el Patrimonio. Tomo II –A, Ediciones Jurídicas, Lima 1995
7. FRISANCHO APARICIO, Manuel, "Manual para la Aplicación de Código Procesal Penal", Editorial Rodhas SAC, 2da Edición julio 2012.
8. Hernández Sampieri Roberto, Fernandez-Collado Carlos y Baptista Lucio Pilar. (2006). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. Iztapalapa - México : Mc Graw-Hill/Interamericana Editores.
9. MONTOYA CALLE, Segundo Mariano, Peligro Procesal y Proceso Debido Editorial San Marcos, Edición 2010.
10. MIRANDA ABURTO Elder Jaime, "Prisión Preventiva, Comparecencia, Restringida y Arresto Domiciliario en la Jurisprudencia de Tribunal

Constitucional y Corte Suprema”, Gaceta Jurídica, Primera Edición, febrero 2014.

11. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander” Detención y Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal”, Gaceta Jurídica, primera Edición octubre de 2013.
12. PAREDES INFANZÓN, Jelio, Robo y Hurto, Gaceta Jurídica, Primera Edición, noviembre 2013.
13. PALOMINO RAMIREZ, Walter, Legislación de Emergencia como respuesta a la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana, Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Tomo 52, octubre de 2013.
14. CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales. Palestra, Lima, 2005.
15. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, En busca de la Prisión Preventiva. Jurista Editores, Primera Edición Setiembre 2006
16. RIEGO Chistián y DUCE Mauricio, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, abril 2009.
17. ROSAS YATACO, Jorge “Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Código Procesal Penal”, Jurista Editores, primera edición, mayo 2009.
18. SANCHEZ VELARDE, Pablo. Introducción al nuevo Código Procesal Penal. 1° edición, 1° reimpresión idemsa, Lima, 2006
19. Informe sobre Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, OEA/Ser.LV/II.Doc. 46/13, idioma Español publicado 30 diciembre 2013.

20. Sistema de peticiones y Casos, Folleto informativo, Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2012

Tesis.

21. AMORETTI PACHAS, Víctor Mario, *"Las Violaciones de los derechos fundamentales de los procesados, internos en los centros penitenciarios de reos primarios "San Jorge" y "San Pedro" de la ciudad de Lima, por los jueces penales al decretar su detención preventiva y el exceso de permanencia de esta medida"* tesis para optar grado académico de Doctor.

22. CASTILLO CASTILLO, César Gabriel *"La violación del principio de presunción de inocencia a través de la prisión preventiva"*, tesis para optar licenciado en Derecho, 2014.

23. MONZÓN GONZALES, Raúl, titulada *"Prisión Preventiva y después de la reforma constitucional de 2008"*, tesis para obtener licenciado en Derecho, 2012.

24. ÁLVAREZ CAMACHO, Carlos, *"Nuevo Marco Constitucional de Prisión Preventiva"* tesis para optar grado académico de licenciado en Derecho, Santa Cruz Actalán México, Junio 2012.

25. SANTAMARÍA PLIEGO, Francisco José, *"Prisión Preventiva y Presunción de Inocencia, ¿conflicto de normas?"* tesis para optar grado académico licenciado en Derecho, Junio 2012

26. JUÁRES FABELA, Omar, "Prisión Preventiva en el sistema acusatorio. Propuesta para reformar el artículo 19 constitucional para ajustar el sistema acusatorio", tesis para optar grado académico licenciado en Derecho, 2011.

Sitios web:

27. Biblioteca de Universidad Nacional de México: www.uam.com
28. <http://www.cidh.org>
29. www.derechoycambiosocial.com
30. <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf>
31. http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/d_prision_preventiva_orellana.pdf
32. Convención Americana: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
33. Sentencias de la Corte: <http://corteidh.or.cr/casos.cfm>
34. Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte: <http://corteidh.or.cr/supervision.cfm>
35. Fechas de las sesiones de la Corte: <http://corteidh.or.cr/fechas.cfm> -
Reglamento de la Comisión Interamericana: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos10.htm>
36. Estatuto de la Comisión Interamericana: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos9.htm>
37. Información sobre la Comisión Interamericana: <http://www.cidh.oas.org/Default.htm> 16

38. ASECIO MELLADO, José María “Regulación de la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal del Perú” disponible en la pág. Web: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf>

ANEXO



Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela Formación Profesional de Derecho

ENTREVISTA A JUECES PENALES DE HUAMANGA

1. ¿Qué concepto tiene sobre la prisión preventiva y según Ud. cuál es la finalidad de la prisión preventiva?
2. ¿Cuál de los presupuestos materiales establecidos en el Código Procesal legitima la imposición de la prisión preventiva?
3. ¿Considera que la gravedad de la pena y el tipo de delito deben ser tomados en cuenta para acreditar el peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria?
4. ¿Considera que los antecedentes penales por otro hecho delictivo vigente o rehabilitado o porque registra otras investigaciones a nivel de investigación fiscal (peligrosidad de imputado) es un indicador para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados?
5. ¿Considera que la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional se debe tener en cuenta para imponer la prisión preventiva?
6. ¿Considera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre prisión preventiva se debe aplicar en el derecho procesal interno?



Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela Formación Profesional de Derecho

ENCUESTA OPERADORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La influencia del peligro procesal en la imposición de la prisión preventiva en los Delitos de Hurto y Robo Agravados en el periodo agosto de 2013 a junio de 2015.

Ministerio Público: Fiscal Provincial Titular () Fiscal Adjunto Titular ()

Asistente en Función Fiscal ()

Poder Judicial: Especialista Legal en el Juzgado Penal ()

Defensa: Abogado de defensa pública en área penal () Abogado litigante particular ()

Secigrista () Practicante ()

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004?

a) Preventiva () b) Cautelar () c) Punitiva () d) a y b () e) b y c ()

2. ¿Cuál de los presupuestos establecidos en el art. 268 consideras que legitima la imposición de prisión preventiva?

a) La existencia de fundamentos y graves elementos de convicción suficientes que vinculen al imputado con la comisión del delito investigado.

b) La sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad.

c) Peligro procesal que presenta dos supuestos: La intención del imputado de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) y la intención de perturbar la actividad probatoria (peligro de obstaculización)

3. ¿Considera usted la gravedad de la pena y el tipo de delito son suficientes para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados?

Sí () No ()

4. ¿Considera usted que los antecedentes penales por otro hecho delictivo vigente o rehabilitado o porque registra otras investigaciones a nivel de investigación fiscal es un indicador para acreditar la existencia del peligro procesal en los delitos de hurto y robo agravados?

Sí () No ()

5. ¿Para imponer la prisión preventiva debe ser tomado en cuenta la jurisprudencia emitida por tribunal constitucional del Perú?

Sí () No ()

6. ¿Considera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sí () No ()

TÍTULO: "INFLUENCIA DEL PELIGRO PROCESAL EN LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO AGRAVADO"

Problema	Objetivo	Hipótesis	Variables e Indicadores	Estrategia
<p>Problema Principal.</p> <p>¿En qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de Hurto y Robo Agravados en lo Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto 2013 a agosto 2015?</p> <p>Problemas</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Determinar en qué medida el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravado en los Juzgados Penales en el periodo agosto 2013 a agosto 2015.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>Oe1 = Determinar en qué medida el marco normativo sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva.</p> <p>Oe2 = Establecer en qué medida a doctrina sobre el peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva.</p> <p>Oe3 = Determinar en qué medida la jurisprudencia sobre el peligro</p>	<p>HIPÓTESIS PRINCIPAL:</p> <p>El peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravado en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto 2013 y agosto de 2015.</p> <p>HIPÓTESIS SECUNDARIA</p> <p>HE1 = El marco normativo sobre peligro procesal influye negativamente en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.</p> <p>HE2 = La doctrina sobre peligro procesal influye</p>	<p>a) Marco Normativo</p> <ul style="list-style-type: none"> - Constitución Política del Perú - Código de procedimientos penales de 1940. - Código Procesal Penal de 1991. - Código Procesal Penal de 2004. - Peligro Procesal como presupuesto material de la prisión preventiva (Art. 268 CPP). - El peligro de fuga del imputado (Art. 269 CPP). <p>a) Arraigo</p> <p>b) La gravedad de la pena</p> <p>c) La magnitud del daño resarcible y ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.</p> <p>d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior.</p>	<p>Tipo y Nivel de la Investigación.</p> <p>Tipo de la investigación: Básico</p> <p>Nivel de la Investigación: Descripción – Correlacional.</p> <p>Método y Diseño de la Investigación.</p> <p>Método de la investigación: Análisis y Síntesis</p> <p>Diseño de la Investigación: Descriptivo</p> <p>Uso, Población y Muestra:</p> <p>Universo: Expedientes judiciales sujetos a prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados.</p>

<p>secundarios.</p> <p>¿En qué medida el marco normativo sobre peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto de 2013 a agosto 2015?</p> <p>¿En qué medida la doctrina sobre peligro procesal influye en la imposición de la prisión</p>	<p>procesal influye en la imposición de la prisión preventiva.</p>	<p>positivamente en la imposición de la prisión preventiva en los delito de hurto y robo agravado.</p> <p>HE3 = La jurisprudencia sobre peligro procesal influye positivamente en la imposición de la prisión preventiva en los delito de hurto y robo agravado</p>	<p>e) Pertenencia o reintegración a una organización delictiva.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Peligro de obstaculización (Art. 270 de CPP) <ul style="list-style-type: none"> a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. b. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. c. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. d. Circular sobre prisión preventiva (Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ). <p>b) Doctrina</p> <ul style="list-style-type: none"> - Finalidad - Alcances - La verificación del peligro procesal para fundamentar la 	<p>Población:</p> <p>200 expedientes judiciales sujetos a prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados penales de Huamanga.</p> <p>Muestra:</p> <p>80 autos de prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados penales de Huamanga.</p> <p>Técnica, instrumentos y Fuentes de Recolección de datos:</p> <p>Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Recopilación y análisis documental. - Observación - Entrevista - Encuesta - Cuestionario - Internet
---	--	--	--	--

<p>preventiva en los delitos de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto de 2013 a agosto 2015?</p> <p>¿ En qué medida la jurisprudencia sobre peligro procesal influye en la imposición de la prisión preventiva en los delito de hurto y robo agravados en los Juzgados Penales de Huamanga en el periodo agosto de 2013 a agosto 2015?</p>			<p>prisión preventiva.</p> <p>c) Jurisprudencia</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concepto - Descripción legal - Circunstancias agravantes - Bien jurídico protegido - Tipicidad objetiva - Tipicidad subjetiva - Grados de desarrollo del delito. <p>SUB CAPÍTULO III</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Robo Agravado b) Concepto c) Descripción legal d) Circunstancias agravantes e) Bien Jurídico Protegido f) Tipicidad Objetiva g) Tipicidad Subjetiva h) Grados de Desarrollo del Delito i) Pena <p>SUB CAPÍTULO IV</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Tratamiento de la Prisión Preventiva desde los Derechos Humanos b) Convención Americana de Derechos Humanos c) Corte Interamericana de Derechos 	<p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ficha de Resumen • Ficha documental • Entrevista a Jueces • Entrevista a Fiscales • Registro de ingresos al INPE <p>Fuentes:</p> <p>Documentales</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Libros ❖ Revistas ❖ Expedientes Judiciales, autos de Prisión preventiva y materiales audiovisuales. <p>Electrónicos</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Internet. <p>Técnicas de procesamiento y Análisis de Datos Recolectados.</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Análisis de datos estadísticos. ○ Análisis normativo.
--	---	--	--	--

				Humanos d) Comisión Americana Derechos Humanos e) Tribunal Europea de Derechos Humanos	o Análisis documental.
--	--	--	--	--	------------------------