

**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**El Uso Desmedido Por Parte Del Ministerio Público De La Prisión Preventiva Como Medida De Coerción Procesal Dentro Del Proceso Penal Peruano.**

**Trabajo De Suficiencia Profesional Para Obtener El Título De Abogada.**

**Autor:**

**Barrionuevo Méndez; Ivette Julia.**

**Asesor:**

**Dr. Quezada Tomas, Ángel.**

**Chimbote – Perú**  
**2018**

## **DEDICATORIA**

A mis padres, por su aliento y apoyo incondicional, el cual me ha permitido poder empezar esta nueva etapa de mi vida con el entusiasmo y dedicación que corresponde; A mis maestros, por sus enseñanzas las cuales me permitieron ser mejor no solo como persona, sino también como profesional; enseñanzas que sin duda alguna me llevarán al éxito.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por guiar mis pasos por el camino correcto; por ese impulso que siempre me brinda en mi camino a ser una profesional de éxito; A la Universidad San Pedro, que con su misión orientada a mejorar la calidad educativa hace posible este aporte profesional.

## PRESENTACIÓN

Hoy en día hablar acerca de la Prisión Preventiva se ha convertido en una constante; pues es un tema que queramos o no esta en las conversaciones diarios no solo de los operadores del derecho; sino también de los ciudadanos de a pie.

Es por eso, que, a través del presente trabajo Monográfico, daré a conocer todo lo concerniente a la Prisión Preventiva; poniendo mucho énfasis en los presupuestos que establece la Ley para que se pueda solicitar el requerimiento de Prisión Preventiva; y consecuentemente dictar la medida de Coerción de Prisión Preventiva.

Asimismo; a través del presente trabajo lo que se pretende es brindar un aporte acerca de la Legislación Comparada, exactamente referida a la Legislación Ecuatoriana; la cual le brinda un trato más complaciente a la Prisión preventiva; y además, se hace un análisis respecto al rol que juega la prensa, y cómo influye en los Representantes del Ministerio Público, y el Poder Judicial la presión que ejerce, no solo en los casos mediáticos, sino en los diferentes casos en que se está peleando un Requerimiento que pretende limitar los derechos de los imputados y/o investigados.

Por último, al finalizar el presente trabajo se pretende determinar si es que existe un ejercicio abusivo y desmedido del requerimiento de Prisión Preventiva por parte del Representante del Ministerio Público; teniendo en consideración los argumentos ya expuesto por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, los cual establecen que la Prisión Preventiva, debe ser usada solo como ultima ratio, es decir como última medida, solo si, las demás medidas no van a satisfacer la finalidad que se pretende.

**PALABRAS CLAVES**

<b>TEMA</b>	Prisión Preventiva
<b>ESPECIALIDAD</b>	Penal

**KEYWORD**

<b>Theme</b>	Preventive Prison
<b>Speciality</b>	Penal

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: ACORDE CON LAS LÍNEAS  
PRIORITARIAS DEL PLAN NACIONAL Y DE UNESCO**

56 Ciencias Jurídicas y Derecho

5605 Legislación y Leyes Nacionales

5605.05 Derecho Penal

## ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA .....	i
AGRADECIMIENTO .....	ii
PRESENTACIÓN .....	iii
PALABRAS CLAVES .....	iv
ÍNDICE GENERAL .....	v
RESUMEN .....	1
ANTECEDENTES .....	4
CAPÍTULO I .....	8
DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICA Y PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	8
1. DEFINICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	8
2. CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	10
2.1. ES EXCEPCIONAL .....	11
2.2. ES INSTRUMENTAL .....	12
2.3. ES APELABLE.....	12
2.4. ES UNA MEDIDA VARIABLE .....	12
2.5. ES FACULTATIVA .....	13
3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	13
3.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	14
3.2. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	15
3.3. PRINCIPIO DE NECESIDAD .....	15
3.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	16

3.5.	PRINCIPIO DE PRUEBA SUFICIENTE .....	16
3.6.	PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD O TEMPORALIDAD .....	17
3.7.	PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD .....	17
4.	CORRIENTES QUE SUSTENTAN LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	18
4.1.	CORRIENTE SUSTANTIVISTA .....	18
4.2.	CORRIENTE PROCESALISTA .....	19
CAPÍTULO II.....		20
DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....		20
1.	REGULACIÓN NORMATIVA .....	20
2.	PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	21
2.1.	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.....	22
2.2.	QUE LA SANCIÓN A IMPONERSE SEA SUPERIOR A CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD .....	24
2.3.	QUE EL IMPUTADO EN RAZÓN A SUS ANTECEDENTES Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO PARTICULAR, PERMITA COLEGIR RAZONABLEMENTE QUE TRATARA DE ELUDIR LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA (PELIGRO DE FUGA) U OBSTACULIZAR LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD (PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN) .....	26
2.3.1.	EL PELIGRO DE FUGA .....	27
2.3.1.1.	EL ARRAIGO EN EL PAÍS DEL IMPUTADO, DETERMINADO POR EL DOMICILIO, RESIDENCIA HABITUAL, ASIENTO DE LA FAMILIA Y DE SUS NEGOCIOS O TRABAJO Y LAS FACILIDADES PARA ABANDONAR .....	28
2.3.1.2.	LA GRAVEDAD DE LA PENA QUE SE ESPERA COMO	

RESULTADO DEL PROCESAMIENTO.....	30
2.3.1.3. LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO Y LA AUSENCIA DE UNA ACTITUD VOLUNTARIA DEL IMPUTADO PARA REPARARLO	31
2.3.1.4. 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.....	32
2.3.1.5. LA PERTENENCIA DEL IMPUTADO A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL O SU REINTEGRACIÓN A ESTAS.....	32
2.3.2. PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN .....	33
2.3.2.1. DESTRUIR, MODIFICAR, OCULTAR, SUPRIMIR O FALSIFICAR ELEMENTOS DE PRUEBA .....	35
2.3.2.2. INFLUIR PARA QUE COIMPUTADOS, TESTIGOS O PERITOS INFORMEN FALSAMENTE O SE COMPORTEM DE MANERA DESLEAL O RETICENTE.....	35
2.3.2.3. INDUCIRÁ A OTROS A REALIZAR TALES COMPORTAMIENTOS.....	36
CAPÍTULO III.....	37
LOS PLAZOS DE DURACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	37
1. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	37
2. ASPECTOS A TOMAR EN CUENTA PARA EL PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	39
21. LA CANTIDAD O COMPLEJIDAD DE DILIGENCIAS QUE FALTAN ACTUAR .....	39
22. CAUSAS PROPIAS DEL PROCESO.....	40
23. CAUSAS EXTERNAS DEL PROCESO .....	41
3. PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	42



4. CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	45
5. IMPUGNACIÓN DEL AUTO QUE RESUELVE EL PEDIDO DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	46
CAPÍTULO IV .....	48
PRISIÓN PREVENTIVA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y USO DESMEDIDO DE LA MEDIDA .....	48
1. PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	48
2. PRISIÓN PREVENTIVA Y LIBERTAD PERSONAL .....	50
3. PRISIÓN PREVENTIVA COMO REGLA EXCEPCIONAL.....	51
4. PRISIÓN PREVENTIVA Y PRENSA.....	53
5. EL USO DESMEDIDO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	55
CAPÍTULO V .....	59
LEGISLACIÓN NACIONAL .....	59
CAPÍTULO VI .....	71
JURISPRUDENCIAS O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES .....	71
CAPÍTULO VII.....	77
DERECHO COMPARADO .....	77
CONCLUSIONES .....	82
RECOMENDACIONES.....	84
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	85
ANEXOS .....	88

## RESUMEN

La Prisión Preventiva es aquella medida de naturaleza excepcional que tiene como finalidad privar de la libertad al imputado y/o investigado mientras duren las investigaciones; esto en aras a que este imputado no pueda entorpecer las diligencias programadas en aras de un correcto esclarecimiento de los hechos que se investigan.

Debemos de considerar a la Prisión Preventiva como una de las medidas de coerción procesal con las que cuenta nuestro ordenamiento Procesal Penal; y que esta medida supone privar de sus libertad personal a una persona que se le investiga por la presunta comisión de un ilícito penal; teniendo en cuenta que esta medida será aplicara solo si se tienen graves elementos de convicción que vinculen al investigado con el hecho punible; y que, será utilizada siempre que las otras medidas no satisfagan las finalidad que se persigue.

Como se sabes esta medida solo puede ser requerida por el Representante del Ministerio Público; dicho requerimiento será presentado ante el Juez de la Investigación preparatoria; y esta previa audiencia pública (según sea el caso) resolverá el pedido del Fiscal mediante auto debidamente motivado. Asimismo, se tiene que dicho auto que resuelve el requerimiento de prisión preventiva formulado por el Fiscal, puede ser objeto de apelación dentro del tercer día de notificado; una vez presentado el recurso de apelación; el juez evaluara si este reúne los requisitos que estable nuestra norma; de ser así, concederá el recurso de apelación con efecto devolutivo; y elevara el cuaderno a la sala penal de apelaciones, quien previa Audiencia de Vista de Causa se pronunciaría respecto a la apelación plateada. Esta apelación no suspende la ejecución del Auto que declaro fundado o infundado el recurso de apelación; es decir que si se declarado fundado el requerimiento de prisión preventiva; el imputado deberá de ser trasladado al establecimiento penitenciario que

corresponda; y si este fue declarado infundado; se deberá de dar inmediata libertad al imputado.

Hay que tener presente que, la Prisión Preventiva es un Medida de Coerción Procesal legalmente valida; cuya aplicación está legitimada y condicionada a la concurrencia de los presupuestos establecido en el artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal; que la sola falta de uno de los presupuestos allí establecidos; traerá consigo que le Juez de Investigación preparatoria declare infundado el requerimiento de Prisión preventiva presentado por el Representante del Ministerio Publico; y en su lugar dicte una medida menos grave, como por ejemplo la comparecencia simple y/o restringida; la misma que contendrá los apercibimientos que dicte el Juez. Siguiendo esta línea, el Juez de Investigación Preparatoria es quien decide si se dicta la medida de Prisión Preventiva o se Declara Infundado dicho requerimiento; la Sala Penal de Apelación se encarga de hacer un control de derecho a los autos materia de apelación referentes a la Prisión Preventiva.

Las distintas jurisprudencias emitidas tanto por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional han establecido que la Prisión preventiva no vulnera los derechos a la presunción de inocencia, pues no tiene una naturaleza punitiva; ni tampoco vulnera el derecho a la Libertad Personal; pues este al no tratarse de un Derecho Absoluto, puede estar sometido a diferentes restricciones, y una de ellas es la Prisión Preventiva.

Lo que sí puedo afirmar, es que existe un uso desmedido de la Prisión Preventiva; hemos dejado de lado aquella regla que establece que toda persona debe ser investigada en libertad; y solo en casos excepcionales se le privara de esta para poder realizar investigación; ahora las reglas del juego se han invertido, pues hemos pasado a convertir a la prisión preventiva en una regla general y el investigar en libertad como una simple excepción. La mayoría de audiencias don se va a debatir un

requerimiento de Prisión Preventiva, se han convertido en una especie de tortura, una suerte ya echada tanto para el investigado como para su abogado; pues la mayoría tiene la idea segura, de que están ingresando a una audiencia donde anticipadamente se sabe que se dictara Auto de Prisión preventiva.

## ANTECEDENTES

La historia nos dice que en un primer momento el Derecho Romano de la república permitió a los jueces penales acordar la prisión preventiva discrecionalmente, pero en vista de la degeneración en el uso abusivo de esta medida cautelar, fueron dictadas regulaciones y sanciones para contrarrestar dicha práctica, sin embargo, con la madures científica del derecho romano, contenido en la Ley de las Doce Tablas, y en atención al principio de igualdad de oportunidades, la libertad del acusado, en el transcurso de la causa penal, comienza a recibir un notable respeto, que terminó proscribiendo la prisión preventiva en la mayoría de casos, decretándose ésta solamente contra delitos relacionados a la seguridad del Estado, a las capturas en flagrancia, y a los reos confesos; estas afirmaciones son apoyadas en el siguiente texto:

“Durante la República, siglo V hasta el año 134, a. de J.C. y más precisamente bajo la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, es decir, a partir de mediados del siglo V (...) por lo general se prescindía del encarcelamiento, (...) Ya a partir de las Leges Iulia de vi publica et privata, año 17, a. de J.C., los ciudadanos romanos estaban exentos por prescripción legal de tal medida, tratándose de ciertos delitos. Tal situación se justificaba por el (...) principio de igualdad, (...) situación, que, en el sistema de judicicia publica, había desembocado en la supresión de la detención preventiva. Esta medida, sin embargo, era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión.”

En el siglo XVIII se lleva a cabo la separación nocturna de los presos, creándose la casa de corrección. El modelo de corrección, fue establecido en Roma, en el año de 1704, Clemente XI, allí los reclusos aprendían un oficio para trabajar en el día y en la noche se suministraba instrucción elemental y religiosa, bajo el silencio absoluto. Así

inicia el gran modelo de regeneración del individuo, puesto que nada se hace con apresar a una persona y no tratar de que aprenda algún oficio para devolverlo a la sociedad como una persona de bien arrepentida.

Para Von Henting, la prisión preventiva no se diferenció en cuanto a su aplicación de la prisión como pena, ya que todos los presos fueron sufriendo igual trato así en Europa como en los Estados Unidos de América, que, durante el siglo XVIII, la cárcel era prisión militar, manicomio y custodia de deudores, etc. A finales del siglo, en Walnut Street Jail no había ninguna separación entre presos, llegando hasta el aislamiento celular riguroso de principio del siglo XIX.

Los procesados estaban siempre junto con los condenados sufriendo las mismas consecuencias. Más tarde surge la fase correccionalista y moralizadora de los siglos XVIII y XIX, y por último el periodo reconciliador y readaptador del sistema penitenciario.

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

No obstante, dicha norma fue modificada por la Ley 27226 del 17 de diciembre de 1999 y la Ley 27753 del 09 de junio del 2002, esta modificatoria estableció el hecho que "no constituía elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado".

Lo que en realidad se buscó con esta norma era determinar la responsabilidad penal personalísima, siendo que miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado, serán responsables en la medida que tengan una participación criminal en el hecho delictivo, solo si existen otros elementos que vinculen al imputado con la autoría del hecho delictivo; así mismo cerró el marco de amplitud respecto al peligro procesal, exigiendo en la determinación del peligro de fuga la existencia de "suficientes elementos probatorios que lo determinen", eliminando del texto originario "otras circunstancias".

Asimismo, mediante Ley 28726, publicada el 09 de mayo del 2006 modificó el Inc.2 del Art.135 del Código Procesal de 1991, en el que, para ordenar una detención preventiva, la pena probable debe superar a un año de pena privativa de libertad y ya no cuatro años; o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito.

Si bien la norma procesal penal anterior exigía la concurrencia de tres elementos para que se dicte un mandato de detención: la existencia de pruebas suficientes, que la pena a imponerse supere los 4 años y que hubiera peligro de fuga, con la ley 28726 se modificó sustancialmente el inciso 2 del artículo 135°, al establecer que se podía dictar detención cuando "la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito".

Sin embargo mediante Ley 29499 (19 de enero de 2010) se modificó el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 (vigente en los distritos judiciales donde no se aplicaba el NCPP) y se estableció como requisito de la detención preventiva, que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad (y ya no una pena probable superior a un año, como lo establecía la Ley 28726), con lo que se equiparó el marco de la prognosis de pena superior a cuatro años prevista para la

prisión preventiva en el art. 268 del NCPP, permitiendo que ambos ordenamientos tengan exigencias similares.

Ya finalmente, el Nuevo Código Procesal Penal; regula en su artículo 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; empero introduce en los Arts.269 y 270, pasos para determinar claramente en cada caso la existencia del peligro procesal de fuga o de perturbación de la actividad probatoria. (MARCELO , 2017)



## **CAPÍTULO I**

### **DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICA Y PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **1. DEFINICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA**

Puede definirse la prisión preventiva, regulada en Perú en los artículos 268-285 CPP, en términos propuestos por Gimeno Sendra, como la medida de coerción personal más gravosa del ordenamiento jurídico que surge como consecuencia de una resolución jurisdiccional, debidamente motivada, de carácter provisional y duración limitada, y que se adopta en el seno de un proceso penal, por la que se priva del derecho a la libertad personal, de ambulatoria más precisamente -que es un derecho fundamental de carácter preeminente-, fundada en la comisión de un delito grave y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que se ausentará a las actuaciones del proceso –que es el paradigma del *periculum libertatis*–, o un riesgo razonable de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba. Se requiere, como acota ASECIO MELLADO, la configuración de un peligro concreto y fundado de fuga o de obstrucción, explicitado en el auto judicial, de modo tal que sea instrumental del proceso al cual se pre ordena. (SAN MARTIN CASTRO, 2018)

Ossorio define a la prisión preventiva como aquella medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Como esta precaución es contraria en cierto modo al principio de que toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario, su adopción requiere determinadas condiciones de apreciación conjunta, sin las cuales la medida resultaría ilegal. Son ellas que la existencia del delito esté

justificada cuando menos por semiplena prueba; que al detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndoselo además impuesto de la causa de su prisión; que haya indicios suficientes para creer al imputado responsable del hecho. El juez podrá decretar la libertad provisional del encausado en los casos y en la forma que la ley determine. (OSORIO, 2010)

A este respecto, señala Peña Cabrera que la prisión preventiva es una medida de coerción procesal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación, que se encuentra taxativamente previsto en las normas que modulan. (PEÑA CABRERA, 2007)

Actualmente, como diría el doctor Duberlí Rodríguez Tineo, presidente del Poder Judicial, vivimos en una sociedad donde parecería que los jueces o fiscales, antes de resolver algún pedido de prisión preventiva, piensan primero en las repercusiones que le traería dicha resolución. El Estado tiene todo un arsenal de herramientas para capturar a una persona investigada en caso incumpla las restricciones propuestas. Pero no nos hagamos ilusiones: actualmente ante un hecho criminal la prensa está esperando el resultado para «cortar las cabezas» del juez o fiscal que se atreva a dar o pedir comparecencia. La cárcel desde ahora, y punto.

Por otro lado, algunos autores consideran que la prisión preventiva no implica un adelantamiento de pena, pues se impone la prisión preventiva no por razones de prevención general positiva o negativa, sino por razones de peligro procesal. De aquí colegimos que si la prisión preventiva se basa en algún fin de la pena se está violando el derecho a la presunción de inocencia. Tampoco se debería imponer la presión preventiva, porque el procesado posiblemente vaya a cometer otro delito (prevención). (BAZÁN CARRANZA, 2017)

Siguiendo estas definiciones; puedo definir a la prisión preventiva como aquella medida cautelar de carácter personal; a través de la cual se busca asegurar la presencia del investigado a lo largo del proceso penal; y que, además, esta medida cautelar será dictada a manera excepcional; siempre y cuando las demás medidas cautelares no satisfagan el objetivo que se pretende.

Asimismo; lo que se pretende conseguir mediante la adopción de medidas cautelares, más específicamente, a través de la prisión preventiva, consiste siempre en la evitación de la fuga del imputado a los efectos de asegurar su presencia a lo largo del proceso, así como impedir la obstaculización de la investigación y el hallazgo de elementos de prueba que podrían hacer frustrar la resolución definitiva que se haya de pronunciar.

Respecto a la prisión preventiva, Roxin Señala que esta tiene tres objetivos:

- a. Pretender asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.
- b. Pretender garantizar una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de persecución penal.
- c. Pretender asegurar la ejecución de la pena.

## **2. CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

La Prisión Preventiva, como medida de coerción procesal, presenta las siguientes características:

## 2.1. ES EXCEPCIONAL

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

Hay que recalcar que la Prisión Preventiva de acuerdo a la doctrina penal y de derechos humanos, tiene un carácter eminentemente excepcional, ella constituye una medida extrema, justamente porque lo que se pone en juego es uno de los derechos esenciales de la persona humana, como es la libertad; y puede dar lugar cuando está se prolonga demasiado, a que se atente contra el derecho constitucional de la Presunción de Inocencia, con lo que se pretende evitar que la Prisión Preventiva sin una sentencia condenatoria sea usada como un castigo.

Si bien a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no establece una disposición similar sobre este tema, dicha Convención ha señalado que la detención preventiva es una medida excepcional, que solo debe aplicarse en casos donde exista una sospecha razonable, no meras presunciones, de que el acusado podrá evadir la justicia o destruir la evidencia. En caso contrario se viola el principio el principio de inocencia y la libertad física del sindicado, protegidos en los artículos 5° y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (CASTILLO TICONA, 2015)

## **2.2. ES INSTRUMENTAL**

La Prisión Preventiva no constituye un fin en sí mismo, pues tiene por objeto evitar la frustración de un proceso por la fuga del procesado y asegurar la ejecución del fallo, de tal modo que se debe emitir por escrito, de manera motivada y fundamentada la boleta constitucional de encarcelamiento para la ejecución de esta medida. (CASTILLO TICONA, 2015)

## **2.3. ES APELABLE**

El auto que resuelve el requerimiento de Prisión Preventiva solicitado por el Fiscal, es apelable con efecto devolutivo; es decir que no se suspende la ejecución de la decisión tomada por el juez de investigación preparatoria; si el requerimiento de prisión preventiva es declarado fundado, será el procesado quien apelara el auto; y en caso dicho requerimiento sea declarado infundado, será el representante del Ministerio Público quien tenga la facultad de apelar el auto.

Ya concedido el recurso de apelación; el juez de investigación preparatoria elevará el incidente a la sala penal de apelaciones; para que esta, previa audiencia de vista, resolverá el recurso impugnatorio.

## **2.4. ES UNA MEDIDA VARIABLE**

Como toda medida cautelar, pues está sujeta a cambios; es decir, puede cesar si nuevos elementos de convicción demuestran que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulta necesario sustituirla por una medida de menos

gravedad. Esto se conoce como cesación de la prisión preventiva. Si nuevos elementos de convicción ponen en cuestión los primeros es evidente que la medida ya no resulta razonable mantenerla y debe ser sustituida. Para tal caso el Juez, debe tener en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.

## **2.5. ES FACULTATIVA**

El artículo 268 del NCPP no es una norma imperativa, sino facultativa y deja a criterio del juez para que, basado en la ley y los hechos, determine la imposición de la prisión preventiva, luego de un juicio de razonabilidad, en este proceso de decisión el juzgador tiene un gran margen de discrecionalidad, pero no puede establecer la prisión preventiva de modo antojadizo, sino únicamente cuando concurriendo los presupuestos establecidos en la normatividad sea estrictamente necesario su imposición. (MENDOZA BACA, 2015)

Es facultativa, más que todo, en relación al fiscal; porque nuestro ordenamiento establece que esta medida será solicitada a criterio del fiscal; esto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecido por Ley.

## **3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Como concepto inicial podemos señalar que «los principios son máximas que configuran las características esenciales de un proceso. Además, son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas

concretas y a falta de estas normas los principios deben resolver directamente los conflictos».

La ejecución o aplicación de cualquier medida cautelar —mucho más si es la prisión preventiva— debe estar guiada concretamente por preceptos generales o principios rectores que han de perseguirse con la adopción de estas medidas, ya que estas limitan los derechos del imputado. Resulta imprescindible rodear las medidas cautelares del máximo de garantías procesales, más aún cuando se trata de una materia de directa relevancia constitucional. (BAZÁN CARRANZA, 2017)

### **3.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La base de este principio está contenida en el artículo 2.24.b de la Constitución, que señala: “No está permitida forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la Ley”.

Por otro lado, el artículo 20°2 del CPP señala literalmente que: “Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

Por lo tanto, lo que protege este principio es que ni el fiscal solicite ni el juez imponga medidas cautelares que previamente no se encuentren reguladas en la norma procesal. (BAZÁN CARRANZA, 2017)

### **3.2. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Según Neyra Flores: la prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal, esto debido a que mediante la adopción de esta medida cautelar se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber todavía condenado se presume su inocencia. (NEYRA FLORES , 2015)

En ese sentido, siempre existirá en doctrina la discusión respecto a que la prisión preventiva constituye una afectación directa y flagrante al principio y derecho de presunción de inocencia con el que cuenta toda persona que es investigada en un proceso penal.

### **3.3. PRINCIPIO DE NECESIDAD**

El Tribunal Constitucional ha determinado sobre el principio de necesidad o de subsidiariedad: «El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva (prisión preventiva), se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado». (Caso Vicente Ignacio Silva Checa, 2002)



### **3.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Con respecto a la proporcionalidad, Del Río Labarthe sostiene que: si existe consenso en que la libertad personal puede restringirse con el propósito de asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal y que en este caso no afecta la presunción de inocencia, entonces es necesario un segundo nivel de análisis para establecer cuál es la medida necesaria, en el caso concreto, para neutralizar el peligro procesal que se presenta. Aquí opera el principio de proporcionalidad y la necesaria aplicación excepcional y subsidiaria de la privación cautelar de libertad. (DEL RIO LABARTHE, 2009)

Este principio ayuda a entender que cada caso es único. En ese sentido, se tiene que analizar los hechos y equilibrar la intensidad de la medida cautelar y la magnitud del peligro procesal existente.

### **3.5. PRINCIPIO DE PRUEBA SUFICIENTE**

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

La prueba suficiente hace referencia a que deben existir suficientes elementos probatorios que vinculen al imputado como autor del delito que se le atribuye (*fumus bonis iuris*) y que, a partir de esa suficiencia probatoria de responsabilidad penal, emerja la posibilidad latente de que el imputado, ante una inminente sentencia, pueda obstaculizar la averiguación de la verdad (*periculum in mora*). (BAZÁN CARRANZA, 2017)

### **3.6. PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD O TEMPORALIDAD**

Este principio supone que, básicamente, la prisión preventiva debe subsistir durante el tiempo estrictamente necesario y no puede ser definitiva. Tiene además carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a su adopción, se procederá a su revocación.

La temporalidad ofrece una garantía de seguridad jurídica, al informar al investigado que la limitación a su derecho fundamental tiene un inicio y un término temporal predeterminados por la ley. Ello evitará dilaciones indebidas. (CACERES JULCA, Roberto ; LUNA HERNÁNDEZ, Luis;, 2014)

### **3.7. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD**

En un sistema acusatorio garantista como el que establece el CPP la libertad de la persona es la base de todo: la presunción de inocencia debe primar, dentro de un proceso la regla es (o debiera ser) la libertad y la privación anticipada de la libertad debe ser la excepción. (BAZÁN CARRANZA, 2017)

#### **4. CORRIENTES QUE SUSTENTAN LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El tratadista CACERES JULCA nos indica sobre las corrientes que sustentan la prisión preventiva desde una perspectiva de la legitimidad, ante ellos existen dos corrientes de las cuales tenemos:

##### **4.1. CORRIENTE SUSTANTIVISTA**

Esta corriente afirma que la prisión preventiva es una sanción penal adelantada, reconoce por tanto el carácter de pena y como tal justifica su imposición en diversos fundamentos. ZAFFARONI identifica estos fundamentos cuando señala que los argumentos sustantivistas apelan a conceptos tales como la satisfacción de la opinión pública la necesidad de intimidación la urgencia de controlar la alarma social la disuasión la ejemplaridad social y hasta la readaptación. La prisión preventiva se impone, para esta corriente, como una pena y la presunción de inocencia se sacrifica a las necesidades del orden. El planteamiento es claro y autoritario, sin rodeos ni mayores discusiones: en la guerra contra el crimen es necesario imponer penas antes de la sentencia. Si alguno resulta recibiendo una pena que no le corresponde, el razonamiento es que en todas las guerras sufren también los inocentes. Los argumentos sustantivistas no han variado mucho hasta el presente (...). Algunas variantes más prudentes de este apelan a la pretensión de que la prisión preventiva no es una pena, sino una medida de seguridad, para ello extienden el concepto de coacción directa a través de la invención de necesidades. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

#### **4.2. CORRIENTE PROCESALISTA**

Esta corriente trata de establecer una asimilación con las medidas cautelares del proceso civil y con los fines que esta persigue que conjuga las opiniones doctrinales de los partidarios de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, afirmando que “cuando existan pruebas de la existencia del hecho y la participación del acusado, si fundadamente ninguna otra medida permitirá asegurar la producción de la prueba y asegurar la aplicación de la ley penal, siempre en forma limitada en el tiempo y condicionada a la subsistencia del interés que justifico su adopción y en todo caso no puede irrogar un padecimiento equivalente al de la pena de prisión”. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

## **CAPÍTULO II**

### **DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **1. REGULACIÓN NORMATIVA**

Respecto a la prisión preventiva, al igual que los Códigos Procesales Penales de otros países de la región, el CPP contiene los dos requisitos básicos para la procedencia de esta medida: a) indicios razonables de la vinculación del imputado con los hechos; y b) los componentes del peligro procesal: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización.

Sin embargo, de manera adicional, en el caso peruano se considera un tercer presupuesto de obligatoria observación para que proceda la prisión preventiva: que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad. Este presupuesto adicional en la legislación peruana, ha generado cuestionamientos en otros países de la región, inmersos también en procesos de reforma.

El artículo 268° del CPP regula los siguientes criterios para disponer la prisión preventiva:

- 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).

Conforme al CPP, también podrá dictarse esta medida: cuando existan 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.

A todos estos requisitos, el legislador peruano los denomina presupuestos materiales, sin mayor distinción entre la vinculación fáctica del procesado con los hechos y el peligro procesal en concreto. Además, el CPP establece que la sustentación de estos presupuestos debe hacerse de manera concurrente; lo que lleva a que, obligatoriamente en la audiencia, se tenga que hacer referencia al criterio de la pena probable superior a los 4 años. (LORENZO, Leticia; RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio;, 2011)

## **2. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Al momento de aplicar las medidas cautelares establecidas en el CPP se tiene que verificar su fundamento en cada caso concreto. Es decir, se debe apreciar la existencia y cumplimiento de ciertos presupuestos materiales que condicionan la interposición de dichas medidas. Un tema importante es que estos presupuestos tienen que encontrarse en forma copulativa; por lo tanto, ante la ausencia de uno solo de ellos, la prisión preventiva debe ser desestimada.

El artículo 268° del Código Procesal Penal establece los siguientes elementos:

**2.1. 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.**

Este primer presupuesto de la prisión preventiva tiene relación con el presupuesto denominado *fumus bonis iuris*; es decir, la apariencia de los indicios razonables de la comisión del delito los cuales deben vincular con el imputado como autor o partícipe de este, no bastando una mera sospecha sobre la culpabilidad, sino una credibilidad objetiva con medios de convicción útiles pertinentes y conducentes sobre la comisión del hecho punible dejando de lado todo aspectos subjetivos que pueda tener de los hechos. Al respecto, MELLADO ASECIO señala: “No basta, pues, aunque, la dificultad de la concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas. Se exigen, pues, elementos de convicción pruebas directas e indirectas que sean plurales, coincidentes y fundadas en un mismo resultado. Pero este debe de basar en un juicio de probabilidad razonable y asentad en criterios objetivos suficientes”.

Los indicios mínimos son aquellos que establecen la participación en el delito, entendidos como todo rastro de vestigio que nos permita presumir la participación del imputado sujeto a la acción penal. Estos indicios permiten establecer las circunstancias tácticas capaces de determinar la vinculación del imputado con el delito que se le atribuye. Sobre esto se constituye la imputación del ilícito con la teoría del caso que oportunamente –de ser el caso– será materia de juicio oral. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

Es de precisar que esta medida se instaure a solicitud del Ministerio Público, por medio de un requerimiento de prisión preventiva, en el cual se adjunta los elementos de convicción que sustentan el pedido ante juez de la investigación preparatoria, precisando que el juez no puede actuar de oficio, para imponer esta medida restrictiva de la libertad; sin embargo la norma, no nos indica cuales son los indicios que vincula al imputado con el delito, solo se limita a fijar sus elementos estructurales. El artículo 158.3 del Código Procesal Penal señala que la prueba por indicios requiere:

- a) Que el indicio este probado.
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

Al respecto la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ. Circular sobre la prisión preventiva, indica sobre este punto presupuesto: “Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la experiencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial– para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o participe del delito que es objeto del proceso penal (artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*”. Asimismo, es necesario contar con datos o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos– del material instructorio en su conjunto–, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)”. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

Por su parte, la mediante la Casación N° 626-2013, Moquegua ha quedado establecido que: Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la



ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos). (BAZÁN CARRANZA, 2017)

## **2.2. QUE LA SANCIÓN A IMPONERSE SEA SUPERIOR A CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.**

Este segundo presupuesto es llamado también la prognosis de la pena, está directamente relacionado con la sanción punitiva, pero no debe confundirse la pena abstracta prevista para cada tipo penal con la prognosis de la pena que se va a realizar al momento de resolver la prisión preventiva (pena concreta). Es decir, el juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad, para que el imputado es este estadio procesal –etapa de formalización y continuación de la investigación– merezca que el proceso sea llevado a cabo con esta medida de coerción personal.

La prisión preventiva está condicionada a la conminación legal en abstracto que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena está sujeta a una serie de variables, entre estas las circunstancias concomitantes a la realización del hecho punible. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

El 13 de setiembre del 2011, la Presidencia de la Corte Suprema dictó la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, que establece algunos criterios que debían tener en cuenta los magistrados a nivel nacional al momento de resolver un requerimiento de prisión preventiva. Dentro de estos criterios, se establecía que el peligro procesal

(peligro de fuga o de obstaculización) no podía ser superado con acreditar el arraigo domiciliario, familiar o laboral dada la gravedad de la pena o pronosis de pena para el delito imputado.

Por otro lado, el 21 de diciembre del 2015, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema emitió la Casación N° 631-2015, mediante la cual se establece que el criterio de la gravedad de la pena en un requerimiento de prisión preventiva pasa a un segundo lugar cuando se acredita el arraigo laboral, domiciliario y familiar; más aún si el peligro procesal tiene que ver con la moralidad del investigado, es decir, si carece de antecedentes penales y judiciales.

Ello no tendría nada de extraordinario si quien suscribe tanto la Resolución Administrativa N° 325-2011 como la Casación N° 631-2015 es el magistrado supremo César San Martín Castro, en su condición de presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Considero que mediante la resolución casatoria, el doctor San Martín ha subsanado los criterios «peligrosos» que fueron esgrimidos en la resolución administrativa respecto a que el arraigo, tanto laboral como familiar, no podría ser superado por la pronosis de pena que le esperaría al investigado, partiendo de que el temor subjetivo del investigado ante una elevada pronosis de pena elevada tendría como correlato el sustraerse de la justicia. Este cambio de criterio tendría como base la forma como tiende a actuar el Ministerio Público, realizando acusaciones con pluralidad de delitos (v.g. asociación ilícita para delinquir) con el único fin de aumentar la pronosis de pena y así darle mayor «fuerza» a su pedido de prisión preventiva. Esto último ha sido señalado tanto por el doctor Duberlí Rodríguez como por el magistrado Javier Villa Stein, cuando señalan que el delito «de moda» dentro del Ministerio Público es la asociación ilícita para delinquir. (BAZÁN CARRANZA, 2017)

Un ejemplo para este presupuesto, se tiene en el supuesto de delito de hurto agravado, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 186° del Código Penal, establece una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad, aquí si bien es cierto que la pena aparentemente supera los cuatro años de pena privativa de la libertad, el juez daría por admitida el requerimiento de prisión preventiva; sin embargo, el juzgado tiene el deber de evaluar si el pronóstico de la pena le corresponde efectivamente al imputado, por cuanto, en el presupuesto que el delito se tratase en el grado de tentativa artículo 16° del Código Penal por el cual indica al juez reducir prudencialmente la pena; por consiguiente no debería admitirse el requerimiento de prisión preventiva. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

**23. QUE EL IMPUTADO EN RAZÓN A SUS ANTECEDENTES Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO PARTICULAR, PERMITA COLEGIR RAZONABLEMENTE QUE TRATARA DE ELUDIR LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA (PELIGRO DE FUGA) U OBSTACULIZAR LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD (PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN).**

El *periculum in mora* o peligro procesal, cuya existencia se constituye en el elemento más importante de los presupuestos para admitir la prisión preventiva, por cuanto, se evalúa al imputado sus antecedentes, la particularidad del caso que es puesto en conocimiento al juez, circunstancia que ponga en alerta un daño “aparentemente efectivo” al bien jurídico protegido y que ponga en peligro la aplicación de una eventual sentencia condenatoria.

### 2.3.1. EL PELIGRO DE FUGA

El peligro o riesgo de fuga es la sospecha sobre la posibilidad del imputado que, en función de determinadas conductas en concreto, puedan evadir el proceso penal al que se encuentra sometido, de concurrir el peligro de fuga con otros presupuestos previstos por la ley, el imputado permanecerá encarcelado por el tiempo que determine el juez, por tanto, constituye uno de los elementos más importantes para la imposición de la prisión de manera preventiva.

Este presupuesto hace alusión al *peliculum in mora*, es decir, cuando existen indicios o evidencias razonables, de que el imputado no está dispuesto a someterse voluntariamente a la persecución penal, y se advierten ciertas particularidades y características personales del imputado como por ejemplo que el imputado es reincidente, es líder o cabecilla de una banda organizada, ha sido capturado en flagrancia delictiva, estos elementos que hacen presumir que existe un peligro de fuga. Dentro de la casuística se puede evidenciar que el imputado es sorprendido en plena flagrancia delictiva, este huye del lugar, lo que precisamente es argumento para solicitar la medida de prisión preventiva.

El peligro de fuga, implica la existencia de elementos concretos que llevan a presumir el riesgo muy probable de que el imputado pretenderá sustraerse al proceso penal, a la acción de la justicia y a su responsabilidad. Para poder tener indicadores objetivos de ello: el Artículo 269 del CPP, señala tener en cuenta aspectos muy puntuales, como son: nuevamente la gravedad de la pena establecida por ley, pero esta vez en relación a que una pena mayor significa un más alto riesgo de fuga o sustracción del imputado al proceso, la existencia o no de arraigo de parte del imputado, (entendida como asentamiento familiar, laboral, existencial), el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, la gravedad del hecho cometido (elemento nuevo, introducido por modificatoria

reciente del CPP que viene a reemplazar en forma mucho más clara y objetiva al anteriormente denominado: daño resarcible) (ORTIZ NISHIHARA, 2013)

Al respecto el artículo 269° del Código Procesal Penal establece ciertos presupuestos para calificar el peligro de fuga en un proceso penal, así tenemos los siguientes:

**23.1.1. EL ARRAIGO EN EL PAÍS DEL IMPUTADO, DETERMINADO POR EL DOMICILIO, RESIDENCIA HABITUAL, ASIENTO DE LA FAMILIA Y DE SUS NEGOCIOS O TRABAJO Y LAS FACILIDADES PARA ABANDONAR**

Por medio de este presupuesto, se trata de evaluar la capacidad de mantener el imputado una determinada ciudad o el país, por cuanto el arraigo es considerado como la vinculación del imputado en el país o la ciudad, para lo cual se debe determinar si efectivamente existe un domicilio estable donde el imputado pernocta, tiene sus ropas o alimentos, pues no se debe considerar como tal “al hecho que el imputado llegue en forma esporádica” donde mantiene, al respecto el Código Civil define lo que es el domicilio y en su artículo 33° el cual nos indica “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar”; asimismo, se debe considerar el asiento familiar, el cual está constituido por la familia misma del imputado –esposa, hijos, padres, hermanos, entre otros– lo que hace presumir que al tener una familia en la ciudad de los hechos y aunado a las actividades económicas del imputado, sería aparentemente más difícil evadirse de la ciudad o mantenerse oculto de las autoridades, por cuanto estos motivos personales determinantes para el mismo imputado.

El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. La falta de arraigo no comparte por sí mismo un peligro de obstrucción del imputado a la acción de la justicia. Pero permite

presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

El poder judicial ha indicado en la resolución Administrativa N° 325–2011–P–PJ, lo siguiente: “Es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del derecho procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto –que no lo es– sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado”.

En la sentencia casatoria de fecha 21 de diciembre de 2015, la corte suprema de la republica nos ha indicado “Los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitirá abandonar el país y refugiarse en su localidad cuando advierte peligro para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso. Si se tiene en cuenta que prima facie está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país tiene estatus de residente, su familia nuclear esta con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú solo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento, en su caso, la condena correspondiente. Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro

de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbre un sólido riesgo fundado de fuga”.

### **23.12. LA GRAVEDAD DE LA PENA QUE SE ESPERA COMO RESULTADO DEL PROCESAMIENTO**

Como se aprecia, la prognosis de la pena a imponerse tiene gran influencia, por cuanto, no es lo mismo una pena sancionada con una pena mínima de cinco años a una de veinticinco años, siendo que esta pena esta evidentemente relacionada con el bien jurídico vulnerado y la sociedad social.

Conocer la prognosis de la pena, le permitirá al juez saber en qué casos resultaría razonable disponer la prisión preventiva en función de la magnitud de la sanción, lo que no equivale a considerar que es procedente la restricción de la libertad del imputado, en función de la gravedad de la pena que solicita el Ministerio Público, el cual en un primer momento se tiene escasos datos de los hechos materia de investigación, que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo del delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que hayan conocido durante el proceso.

Si el delito se haya sancionado con una pena grave, es probable que el procesado se abstenga a comparecer al escenario del proceso penal, interviniendo únicamente su defensa técnica, lo que conlleva a determinar que no querrá estar presente si la prognosis de la pena es elevada por cuanto equivaliese a un encarcelamiento

adelantado, en tal sentido entre más alta es la pena, es más alta la posibilidad del peligro del imputado. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

El Tribunal Constitucional ha indicado con respecto a la gravedad: “En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede solo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicara a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”.

### **23.13. LA MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO Y LA AUSENCIA DE UNA ACTITUD VOLUNTARIA DEL IMPUTADO PARA REPARARLO**

Está directamente relacionado con el bien jurídico protegido que ha sido vulnerado, la intensidad de la lesión y la pluralidad de víctimas como producto de los hechos; asimismo cabe evaluar la “reacción resarcitoria” que ha tenido el imputado frente al hecho; en la práctica son pocos casos que el imputado proceda a resarcir este daño económicamente; por cuanto, equivale a asumir responsabilidad de los hechos que se le imputan, en este contexto, mientras más grave es el daño causado, mayor probabilidad existe que el imputado considere que será sujeto de una sanción penal efectiva, este elemento adquiere una relevancia especial en los casos en que el daño ocasionado es irreparable o cuando siendo reparable, el costo de su recuperación implica un tratamiento largo, costoso o provoque en la víctima un sufrimiento excesivo. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)



#### **23.14. 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**

Constituye un criterio a considerar la conducta procesal positiva o negativa del imputado ante la actividad judicial en las diligencias de cualquier fase del proceso o en otros procesos. Por ello resulta importante y hasta estratégico para la defensa que el imputado se entregue en fase de investigación preliminar o preparatoria ante la autoridad policial o fiscal; o, caso contrario, que el imputado manifieste intento de fuga al momento de la intervención policial, incluso, repeliendo la intervención de la fuerza pública. (MEDINA CERVANTES, 2014)

Este comportamiento procesal está referido a la conducta procesal que tiene o ha tenido el imputado a lo largo de las diligencias preliminares, es decir, si cumple o no con asistir a las diligencias programadas como a su declaración, someterse a las evaluaciones médicas, psicológicas, exámenes periciales de extracción de muestras, entre otras diligencias o en su defecto trata de retardarlas lo que acarrea a determinar si el imputado tiene “buena o mala” conducta procesal. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

#### **23.15. LA PERTENENCIA DEL IMPUTADO A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL O SU REINTEGRACIÓN A ESTAS**

En este presupuesto, se aplica para casos cometidos por una organización criminal, al respecto la Ley N° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, define que es una organización criminal, y en el inciso 1 del artículo 2° nos indica “Para los efectos de la presente Ley se considera organización criminal 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 concentrada y coordinada con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3° de la presente Ley”.

La reintegración a una organización delictiva por parte del imputado es otro supuesto de “peligrosidad procesal”, que se sustenta en la posibilidad de que la organización criminal proporcione los medios para facilitar la fuga del imputado, al reingresar a sus ilícitas actividades, especialmente cuando el imputado tiene “esa jornada de vivir”. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

### **2.3.2. PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN**

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

“Esta función pretende evitar que una conducta positiva (ilícita) del imputado puede ocasionar la desaparición de futuras fuentes de prueba, o en su caso la alteración de su veracidad”<sup>116</sup>. Es de notar que se exige que la probable obstrucción probatoria sea relevante en términos de limitar o cuando menos hacer difícil el esclarecimiento de los hechos imputados por parte del Fiscal de la Investigación Preparatoria.

ASENCIO MELLADO apunta que “ha de diferenciarse en este caso entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es

fundamental valorar y concluir una capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta. En el caso de elementos de prueba personales habrá que apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El Juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso. Cuando de pruebas materiales se trate, el análisis judicial no ha de diferir mucho del anterior, y solo será procedente acordar la prisión provisional cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos. Es evidente que, si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse”. (CARRIÓN DIAZ, 2016)

La doctrina ha señalado que, para afirmar el peligro de obstaculización, es necesario que sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con indicar que el imputado tiene tal o cual cargo público para aseverar este requisito). El riesgo debe colegirse de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

El artículo 270° del Código Procesal Penal señala tres presupuestos para considerar que existe peligro de obstaculización, al respecto paso a analizar cada uno de ellos:

### **2321. DESTRUIR, MODIFICAR, OCULTAR, SUPRIMIR O FALSIFICAR ELEMENTOS DE PRUEBA**

En este presupuesto está referido a los elementos de pruebas, los cuales se recaban dentro del plazo de las diligencias preliminares y la formalización y continuación de las diligencias preliminares y están dirigidos a buscar la vinculación entre el imputado con el delito materia de investigación; la actitud obstruccionista –conforme se puede vislumbrar de este acápite– consisten en destruir , entiéndase total o parcialmente los elementos de prueba o en su defecto es modificar, ocultar, suprimir o falsificarlos, es decir, todo un conjunto de acciones que el imputado puede realizar estando en libertad. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

### **2322. INFLUIR PARA QUE COIMPUTADOS, TESTIGOS O PERITOS INFORMEN FALSAMENTE O SE COMPORTEN DE MANERA DESLEAL O RETICENTE**

Una de las pruebas que establece la norma procesal penal, es la declaración testimonial del agraviado, coimputado, testigos de los hechos conforme lo establece el artículo 166° del Código Procesal Penal. En este presupuesto, prevé que en el caso que imputado al estar en libertad puede influencias negativamente en el resultado del proceso, por cuanto, con las declaraciones de las personas “determinaría el grado de participación del imputado en el ilícito cometido”, en tal sentido, se debe fundamentar adecuadamente este presupuesto, siendo importante que el fiscal que sustente este presupuesto, hacerse y contestar la siguiente pregunta: ¿Cómo influirá en los coimputados, testigos o peritos el imputado si se encuentra libre?

Por otra parte, a la defensa del imputado le corresponde acreditar todo lo contrario, que no tendría ningún acercamiento con ningún testigo y, por el contrario, estando en libertad, tendrá la posibilidad material de preparar su defensa presentando sus

propios testigos que “van a contrarrestar a los testigos de cargo”, y precisamente por ello es que se solicita que esta última medida coercitiva no se aplique. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

### **2323. INDUCIRÁ A OTROS A REALIZAR TALES COMPORTAMIENTOS**

Este último presupuesto, está directamente relacionado con el anterior, por cuanto, en el presente caso el abanico de posibilidades de personas que el imputado pueda influir “negativamente para los fines del proceso”, es más amplia, por cuanto, se utiliza las palabras –inducir a otros–, esto significa que terceras personas ajenas al proceso puedan interferir en el desarrollo del proceso, por cualquier medio, incluso puede influir en las decisiones de algunos magistrados, efectivos policiales, personal jurisdiccional o fiscal y para dilatar el proceso que se viene ventilando. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

## **CAPÍTULO III**

### **LOS PLAZOS DE DURACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **1. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

La prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal está sujeta a los plazos establecido por Ley, en este caso por el Nuevo Código Procesal Penal; es así que a través de ultima modificatoria al mencionado Código en lo referente a los plazos de la prisión preventiva se estable que el plazo de prisión preventiva será de hasta 9 meses para los casos de proceso comunes, y que además estos se pueden prolongar hasta por 9 meses adicionales; para los denominados casos y/o delitos complejos es plazo de prisión preventiva es de 18 meses, prolongables hasta por 18 meses adicionales; y en el caso de crimen organizado el plazo de prisión preventiva será de hasta 36 meses; prolongables hasta por 12 meses adicionales.

Como toda pena es finita –incluyendo la cadena perpetua, en el caso peruano– más aun lo son las medidas cautelares; al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no ha indicado: “un límite de tiempo (que) tiene como objeto proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado. El estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema.

La determinación del plazo máximo de la detención en el caso deberá realizarse de conformidad con el derecho a la razonabilidad del plazo de la detención, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva meritar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. Asimismo, la determinación del plazo razonable de la detención no puede dejar de tomar en cuenta la especial obligación estatal de investigar y sancionar los procesos complejos, por lo que el plazo de detención se debe considerar cada uno de ellos por separado. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

La legitimidad material (constitucional) de la prisión preventiva está condicionada a la concurrencia de presupuestos materiales (*funus bonus iuris* y *periculum in mora*), formales (jurisdiccionalidad, motivación) y que se adopte la medida bajo las reglas del principio acusatorio. Empero, la legitimidad sustancial de la prisión preventiva supone también someter su duración en el tiempo al principio de provisionalidad. Los fines de la detención preventiva son de asegurar la pretensión punitiva estatal, que se materializan a través de la condena, así como de realizar una actividad probatoria que pueda reconstruir el hecho punible tal y como aconteció en realidad.

La prisión preventiva, entonces, para no vulnerar el principio de legalidad debe durar lo estrictamente necesario para alcanzar los fines propuestos en el proceso. Si esta rebasa el tiempo estrictamente razonable, la medida se convierte en arbitraria e inconstitucional. (ESQUIVEL MEZA, 2015)

## **2. ASPECTOS A TOMAR EN CUENTA PARA EL PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El Juez, al momento de emitir su decisión respecto al requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del Ministerio Público; se deberá de tener en cuenta los siguientes aspectos; los cuales influirán para que se tome una decisión respecto al plazo, lo más correcta posible. Estos aspectos a tener en cuenta son los siguientes:

### **2.1. LA CANTIDAD O COMPLEJIDAD DE DILIGENCIAS QUE FALTAN ACTUAR**

En efecto, al momento que el Fiscal sustenta el pedido de la prisión preventiva, deberá indicar que diligencias faltan realizar durante la formalización y continuación de las diligencias, mucho importa tener presente la complejidad de estas, por ejemplo: tenemos en el caso que se requiera exámenes de ADN, pericias contables, declaraciones de testigos que se encuentran en otras ciudades de donde se desarrolla la investigación, estas diligencias demandan cierto tiempo.

Con respecto a los casos complejos; la duración de la prisión preventiva sufre un incremento –hasta dieciocho meses– cuando se trata de casos complejos, en estos casos lo que se evalúa son factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, el alcance de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o imputados, la seguridad. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)



Hay que recordar que por medio de la casación N° 2 – 2008, no habla con respecto al plazo de diligencias preliminares no puede ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria de 120 días, aun cuando se trata de casos complejos, basando su argumentación; en que, si bien se ha establecido que la investigación preparatoria en casos complejos deberá de contar con un plazo mayor que aquellos que se denominan casos “ordinarios”, sin embargo, ello no obliga a que dicha distinción de plazos se efectuó también para las diligencias preliminares, por una sencilla razón, y es que la investigación preparatoria tiene por finalidad reunir todos los elementos de convicción de cargo y de descargo, los casos complejos si resulta de suma importancia un plazo más extenso –y no así ilimitado– para la investigación, nuestra normativa procesal penal considera casos complejos cuando:

- a. Requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación.
- b. Comprenda la investigación de numerosos delitos.
- c. Involucra una cantidad importante de imputados o agraviados.
- d. Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos.
- e. Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país.
- f. Involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales.
- g. Revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del estado.
- h. Comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de esta.

## **2.2. CAUSAS PROPIAS DEL PROCESO**

Al respecto, hay que tener presente las actuaciones dilatorias de la defensa del imputado; las reprogramaciones de las diligencias ya sea porque no se encuentra adecuadamente notificados las partes procesales por cualquier motivo.

Por circunstancias de “especial dificultad” o “especial prolongación de la investigación” pueden comprenderse cualesquiera que impida a terminación de la investigación o del proceso por causas no imputables al titular; búsqueda de testigos importantes o realización de diligencias necesarias surgidas al término de la investigación, la aparición de nuevos elementos de prueba o de descubrimiento de otro ilícito; o el advenimiento de algún desastre natural que dificulte la conclusión de la investigación. El retardo funcional de acumulación de despacho no constituye una de estas situaciones “especiales”.

Asimismo, también hay que tener presente que el plazo de la prisión preventiva comprende hasta que se emita sentencia en primera instancia, lo que significa que también comprende la etapa intermedia con el control de la eventual acusación fiscal y que, si bien es cierto el código procesal penal no establece el plazo máximo de tiempo para esta etapa intermedia, pero hay que tener presente que de conformidad con el artículo 351° de la norma adjetiva penal que el juez tiene un plazo no menor de cinco ni mayor de veinte para programar la audiencia correspondiente de control de acusación, una vez que se le ha corrido traslado a las partes con el requerimiento acusatorio y esta han absuelto lo que creen pertinente hecho que ne la practica ha quedado en el papel. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

### **2.3. CAUSAS EXTERNAS DEL PROCESO**

Son aquellas causas que son foráneas al proceso en sí, no depende de ninguna de las partes procesales o en su defecto pro cuestiones de la naturaleza, v. gr.: tenemos las huelgas tanto del Poder Judicial y del Ministerio Público, incendios en el local de juzgad, de la fiscalía, enfermedades repentinas de los magistrados, lo que trae como consecuencia el emplazamiento de las audiencias consecuentemente también el dilatamiento del proceso. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

### 3. PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Indudablemente hablar de las medidas de coerción personal en el país, es abordar un tema ciertamente muy relevante, toda vez que en forma reiterativa hemos escuchado y oído a diferentes juristas y magistrados que la libertad es la regla y la detención es la excepción, sin embargo, en la práctica no se cumple, porque aún existen jueces inquisitivos que no investigan para detener, sino detienen para investigar y eso es una mala práctica procesal.

En efecto conforme al Art. 274 del Código Procesal Penal, su evolución legislativa ha sido objeto de dos reformas legales, a través de la ley 30076 y el Decreto Legislativo 1307 del 30 de diciembre del 2016, relativo a la duración de la medida de prisión preventiva.

Según el Art. 272. inc. 2, ha dejado establecido que cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en la norma procesal.

El plazo de duración de la prisión preventiva en consecuencia se mantuvo igual para los procesos comunes –simples, no más de 09 meses y comunes complejo, no más de 18 meses, empero instituyó un tercer plazo de duración de la prisión preventiva, para los denominados procesos de criminalidad organizada, por lo que, desde una perspectiva dogmática, es de entender que la ley 30077, creó un proceso con especialidades procedimentales, no un proceso especial, no más de treinta y seis meses.

En tal sentido el Acuerdo Plenario precisa que el canon legislativo respecto al plazo de duración de la prolongación preventiva, siguió parcialmente, la Ley 30076, hasta nueve meses adicionales en los procesos comunes simples y hasta dieciocho meses adicionales en los procesos complejos, empero para el caso de criminalidad organizada, no duplicó el plazo de duración precedente, solo estipuló un plazo de hasta doce meses adicionales, aunque es de llamar la atención que en estos procesos, el imputado puede estar como preso preventivo hasta un máximo de cuatro años. (CAMPOS BARRANZUELA , 2017)

Los presupuestos para que la prolongación de la prisión preventiva sea válidamente emitida son: que en el proceso existan circunstancias que importen una especial prolongación de la investigación; y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia (...) la especial dificultad, no está referido a la pluralidad de imputados o agraviados, circunstancias que determinan en la norma la aplicación del plazo especial de detención por complejidad del proceso. La especial dificultad o prolongación de la investigación puede entenderse referida por ejemplo a la necesidad de realizar informes periciales complejos e inusuales que ameriten recopilación abundante de muestras y multiplicidad de exámenes, o cuando para cumplir con el objeto del proceso sea necesario recabar información en el extranjero; situación que producen la necesidad de una considerable prolongación de la investigación judicial. (VASQUEZ VASQUEZ, 2001)

Esta prolongación –la cual debería de darse en forma excepcional– es por tiempo determinado y al vencimiento del nuevo plazo señalado sin haberse dictado sentencia de primera instancia procede la inmediata libertad del imputado o llamada también libertad procesal, por mandato judicial, sea de oficio o a pedido de la parte, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar la presencia del imputado a la sede judicial , las cuales son

medidas mucho menos gravosas que la prisión preventiva, dentro de las cuales pueden ser el impedimento de salida del país, la detención domiciliaria e incluso aquellas relativas a las restricciones como: obligación de no ausentarse de la localidad, prohibición de comunicarse o no comunicarse con personas determinadas, el pago de caución económica, entre otras. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

La resolución de prolongación de prisión preventiva está sometida a dos requisitos: primero, que sea motivado; es decir, con arreglo a la exigencia constitucional contenida en el artículo 139.5 de la Carta Magna indicando los fundamentos de hecho y de derecho que hagan viable la presencia de las causas de la prolongación exigidas por la ley, segundo, que, el fiscal solicita la prolongación y se adopte previa audiencia al imputado o sujeto pasivo de la medida. la prolongación no puede adoptarse de oficio por el Juez ni puede ser presentada por la parte agraviada o actor civil. En el supuesto en que el imputado hubiera sufrido condena, pero la sentencia se encuentra en apelación, estableciéndose que tal supuesto la prisión podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta.

Cabe precisar que no es posible solicitar la prolongación de la prolongación de la prisión preventiva basado en la actualidad negligente del órgano jurisdiccional, esta “inacción” simplemente materializa cuando se deja transcurrir el tiempo sin realizar actos propios de investigación, o, en su defecto cuando habiendo pronunciamiento el representante del Ministerio Público –requerimiento acusatorio– el juzgamiento no programa el inicio del juicio, lo que acarrea incluso una responsabilidad funcional. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

#### 4. CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Toda medida de coerción e incluso proceso, no pueden ser eternos, para el caso de la prisión preventiva conforme se desprende del artículo 283° se reconoce como “un derecho” del imputado que tiene esta medida coercitiva de la libertad, reo en cárcel, para solicitar al juez de la investigación preparatoria su libertad siempre y cuando en el decurso de la investigación existan nuevas elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinen su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia, es importante que esta solicitud la puede pedir el imputado las veces que lo considere pertinente. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

La cesación persigue que culmine la prisión preventiva, a través de la variación de la misma por alguna otra modalidad de comparecencia, esto es, comparecencia con restricción o comparecencia simple.

La cesación es consecuencia del principio de variabilidad, que exige cambiar la prisión preventiva, por otra cuya gravedad es menor, si las circunstancias fácticas que permitieron la imposición de la prisión preventiva se han modificado en el caso en concreto. (CARRIÓN DIAZ J. E., 2016)

La casación N° 391 – 2011 de fecha 18 de junio de 2013 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia establece que la cesación de la prisión preventiva requiere de una nueva evaluación, pero en base a la presencia de nuevos elementos que deberán ser legítimamente aportados por la parte solicitante, elementos que deben incidir en la modificación de la situación preexistente y con ello posibilitar su aplicación. Por tanto, si no se actúan nuevos elementos o los que se actuaron no fueron de fuerza suficiente para aquel propósito no podrá cesar la prisión preventiva. Ello lógicamente implica que la evaluación se deberá efectuar teniendo

en cuenta los requisitos generales para la procedencia de esta medida de coerción personal, temporal y mutable.

Cabe indicar que al declararse fundado el pedido de cesación de la prisión preventiva, el juez de investigación preparatoria conforme al numeral 4 del artículo 283° impondrá al imputado las correspondientes reglas de conductas necesarias a fin de garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesiones la finalidad de la medida.

El Juez tiene la obligación de poner en conocimiento de la Sala Penal correspondiente la orden de libertad decretada a favor del imputado, bajo responsabilidad.

## **5. IMPUGNACIÓN DEL AUTO QUE RESUELVE EL PEDIDO DE PRISIÓN PREVENTIVA**

La resolución judicial que aprueba o desaprueba la prisión preventiva contra el imputado, puede ser materia de recurso de apelación –tanto por el Ministerio Público o el imputado– dentro del plazo de tres días de notificados la interposición del recurso de apelación no impide la excarcelación del imputado en el caso que se haya amparado el requerimiento del fiscal, para lo cual el juez de la investigación preparatoria remitirá los actuados a la Sala Penal correspondiente dentro del plazo de 24 horas, conforme se desprende del inciso 1 del artículo 278°. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

El recurso de apelación procede contra los mandatos de detención injustos, vale decir, cuando el razonamiento judicial expuesto en el mandato de detención sobre la

base de las pruebas y a las exigencias jurídicas d la institución no se condice, a juicio del recurrente, con el mérito de lo actuado y de la ley. En este caso se estima que el auto de detención en un acto injusto –adecuado a la ley, pero alejado del ideal de justicia–, por lo que contra él no cabe un remedio como es la anulación y su tan solo rescisión, pues solo presenta defectos de juicios. (SAN MARTIN CASTRO C. , 2001)

Asimismo, el artículo 278° del Nuevo Código Procesal Penal establece que si la sala Penal de Apelaciones declara nulo el 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.



## **CAPÍTULO IV**

### **PRISIÓN PREVENTIVA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y USO DESMEDIDO DE LA MEDIDA**

#### **1. PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

La libertad es un derecho fundamental y, como regla general, toda persona debe ser procesada de manera libre. Pero dentro del poder persecutorio que tiene el estado se ha dado un tratamiento distinto, poniendo como una excepción a la regla para poder garantizar el proceso penal, restringiendo la libertad personal cuando se reúna los requisitos para otorgar la prisión preventiva, por lo que el juez debe ser muy cauteloso al momento de decidir.

En ese sentido, la presunción de inocencia se encuentra regulada en nuestra Constitución, artículo 2 del Título Preliminar del NCPP y los tratados internacionales. Puede ser definida como aquel derecho que tiene toda persona a no ser tratada como culpable, mientras no se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia firme condenatoria.

El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del imputado o acusado en los hechos constitutivos de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigentes. (ESPINOZA GUZMÁN , 2018)

Con el amplio paraguas de protección que el denominado principio de presunción de inocencia tiene, la prisión preventiva no puede ser utilizada como una pena anticipada, pues se estaría violando este principio y la Constitución misma. En el nuevo sistema procesal se garantiza la presunción de inocencia a través de diversos mecanismos.

En el caso de la prisión preventiva, la presunción de inocencia se resguarda a través de la audiencia previa pública, en escenario en el que el juez decidirá la aplicación o no de la medida. La imparcialidad del Juez se garantiza con la separación de roles, en donde ya no está contaminado con los perjuicios de la investigación, pues ya no tiene la carga de la prueba. Además, la decisión del Juez se toma previo argumento del Fiscal y previo conocimiento de lo alegado en debate por las partes, y ya no de oficio como se acostumbraba con el anterior código. (LOZA AVALOS , 2013)

Es entonces; que la prisión preventiva – a opinión personal –, no atenta contra el precepto constitucional de presunción de inocencia; muy aparte de que esta no tiene una naturaleza punitiva, sino solo una naturaleza cautelar; se garantiza la presunción de inocencia, puesto que la prisión preventiva se dicta con la colaboración de los graves y elementos de convicción que el Ministerio Público acompaña a su requerimiento que presenta al Juez de la Investigación preparatoria; y además es este Juez, quien se encarga de determinar si estos elementos de convicción tienen la característica de ser graves y fundados, pues es en base a estos que el juez decidirá si dicta o no el auto de prisión preventiva. Asimismo, debe tenerse en cuenta que esta medida excepcional, es dictada por el juez, cuando existe un alto grado de certeza en la vinculación del hecho punible con el investigado.

La presunción de inocencia está garantizada porque, la prisión preventiva es utilizada con fines estrictamente cautelares. No debe ser tratada como una pena anticipada.

Respecto a la presunción de inocencia dentro de la prisión preventiva; el tribunal constitucional ha señalado lo siguiente: En la medida en que la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad [...].

## **2. PRISIÓN PREVENTIVA Y LIBERTAD PERSONAL**

El derecho a la libertad personal es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución que puede limitarse siempre y cuando confluyan ciertos parámetros. En el proceso penal se admite –excepcionalmente y bajo ciertas reglas– que este derecho sea restringido antes que se expida la sentencia. En este contexto, es el principio de proporcionalidad la pieza clave en esta regulación. El juez debe ponderar adecuadamente la medida que limita la libertad para investigar y concluir una imputación de contenido penal. El TC ha dicho claramente que se debe optar por la medida menos gravosa para esta última.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue uno de los primeros órganos de la jurisdicción supranacional que trató este tema. En el caso *Gangaram vs. Surinam* sentenció que “...nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– pueden reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas,

irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”. (OTAROLA PEÑARANDA, 2018)

Respecto a la Libertad Personal, el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias ha establecido un criterio determinado; es así, que a través de la Sentencia de fecha 14 de julio de 2014, perteneciente al Expediente N° 01133 – 2014-PHC/TC; en su Fundamento 6 establece lo siguiente: El derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto: el artículo 2° , inciso 24), literales a) y b), de la Constitución Política del Perú establece que está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante Ley. Por ello, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y, legalmente, se justifica, siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado.

Es así que, el propio Tribunal Constitucional, se ha encargado de establecer y/o determinar que la prisión preventiva no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal; por cuanto, la libertad personal no es un derecho absoluto; y al no ser un derecho absoluto, este puede tener restricciones, como es el caso de la prisión preventiva; además de que la prisión preventiva goza está protegida por el principio de legalidad, es decir que solo puede ser dictada por la autoridad judicial competente.

### **3. PRISIÓN PREVENTIVA COMO REGLA EXCEPCIONAL**

se ha dicho ya hasta el cansancio que la prisión preventiva es una medida cautelar de naturaleza excepcional; que su aplicación se dará siempre y cuando las demás medidas estipuladas en nuestro ordenamiento procesal penal cumplan la finalidad que se busca; esto es lograr que el investigado coadyuve en el esclarecimiento de los

hechos; y siempre será aplicada cuando la menos grave no sea ideal para la consecución de los fines del ministerio público.

La prisión preventiva no es una pena adelantada o una sanción penal que provenga de una sentencia. Por el contrario, es una medida excepcional que, a pedido fiscal, puede ser dictada por un juez para que el investigado, a pesar de no haber sido condenado, ingrese a la cárcel y permanezca allí durante el tiempo que dure el proceso. Así se garantiza su presencia frente a una eventual condena que disponga su internamiento definitivo en un penal.

Ahora; de la experiencia no solo que brinda el trabajo, sino también del conocimiento que se toma por medio de la prensa se tiene que se ha desvirtuado totalmente el carácter excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva; dejando ser esta un excepción para convertirse en una regla general; siendo que en los diversos casos en que se presentan el Ministerio Público casi siempre ha formulado su requerimiento de prisión preventiva; dándole a este un uso habitual dejando de la lado a aquel precepto que indica que a toda persona se le debe de investigar en libertad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 9, numeral 3, expresa la excepcionalidad de la prisión preventiva: *“(...) La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*.

Asimismo, la doctrina de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, establece: “que la prisión preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya sospecha razonable de que el acusado podrá

evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencias”.

En nuestro sistema procesal, el Juez tiene una serie de medidas alternativas a la prisión preventiva, como, por ejemplo, la detención domiciliaria, la comparecencia simple o restringida del país, la caución, el impedimento de salida. (LOZA AVALOS , 2013)

#### **4. PRISIÓN PREVENTIVA Y PRENSA**

no cabe duda que el desarrollo de un proceso investigatorio penal, existen ciertos “intereses”, por parte del investigado que tratara de abstraerse de la acción de la justicia o en su defecto tratando de demostrar de inocencia, del agraviado exigiendo justicia y la reparación del daño causado, del tercero civilmente responsable preocupado con respecto a sus bienes, del fiscal tratando de recabar los elementos de convicción para asegurar la posible acción; por cuanto, al estar el imputado con medida de prisión preventiva, prácticamente hay un pronunciamiento adelantado de la causa, y el interés del juez en tratar de pronunciarse sobre el caso concreto.

Sin embargo, existe otro tipo de interés externo del proceso penal que influye de gran manera sobre lo resultado ante el pedido de esta medida cautelar de carácter personal, este es el “interés social”, el cual es colocado a la palestra por los medios de comunicación, quienes ejercen presión mediática directa o indirectamente en el resultado de esta sentencia anticipada.

Los casos considerados como mediáticos, son los que generalmente sufren este tipo de “interés social”; por cuanto se trata de personas públicas, que ejercer cargo público, de influencia política, económica o social se ve envuelto en un proceso penal, por el contrario, a agraviados en esa condición, v. gra.: que diferencia sería procesar a cualquier ciudadano por un presunto delito de violación sexual que por ese mismo delito sea procesado un gobernador regional, para este segundo presupuesto lo que va a traer como consecuencia que precisamente que los medios de comunicación tengan gran interés de lo resuelto.

Lamentablemente gran parte de los magistrados – jueces y fiscales – condicionan su actuación en el proceso a las expectativas y exigencias de la prensa que siempre trata de ser sensacionalista ante los hechos realizados, he incluso más allá de brindar una información imparcial, muchas veces se ve direccionada en determinado sentido, por ello la prensa debe formar la conciencia social, basada en valores positivos, no en criterios de venganza o de represión desmedida, debe tener mucho cuidado “en cómo se presenta la denuncia”. (CHIRINOS ÑASCO, 2016)

El periodista debe de evitar caer en maniobras que respondan a las campañas de sensación de inseguridad o las campañas de la ley y el orden. Ne Latinoamérica existe una tendencia muy fuerte a generar entre la población una sensación de inseguridad continua; se trasmite el mensaje de que “todos estamos en peligro”, de que en cualquier momento las ciudades van a ser invadidas por los delincuentes que habitan en los cinturones de la pobreza y que, por tanto, tenemos que encerrarnos en nuestras casas y poner candados y rejas por todos lados, transformándolos en pequeños castillos feudales. Frecuentemente, estaos hartos de este tipo de discurso porque, cada vez que viene alguien como mano dura, quedamos peor que como estábamos antes. Si no están alerta, pues, frente a este tipo de maniobras, el periodismo judicial puede convertirse en un canal de políticas más nefastas en nuestra sociedad. (BINDER , 1993)

Siguiendo estas líneas; hay que manifestar que estamos en una sociedad donde la mayoría de las actuaciones que realiza el ministerio público y el Poder Judicial se dejan llevar por la presión mediática de la Prensa; es tanta la presión que ejerce la prensa, que muchas veces el fiscal solicita sus requerimientos tomando en consideración lo escuchado o leído en la prensa. Es así, que, la prensa debe tomarse más en serio su rol informativo; debe de hacer un análisis más concienzudo de la información y opiniones que va a brindar; haciendo previamente un estudio del caso que informara; asimismo como hacer un estudio de los aspectos legales que se toman en los distintos casos.

## **5. EL USO DESMEDIDO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

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

Ordenar la prisión preventiva de cualquier persona es la decisión más compleja que le toca asumir a un Juez, incluso más difícil que la propia sentencia, pues, podría estar encarcelándose a un inocente. La necesidad de motivar rigurosamente dichas resoluciones, se convierte por ello en la fuente de su legitimidad. Pero los jueces no son los únicos protagonistas de este drama; como se sabe, actualmente es el fiscal quien, representando a la sociedad, debe solicitar y sustentar en audiencia pública



dicha medida. Pero qué debe hacer un Juez cuando la Fiscalía no logra sustentar consistentemente su pedido de prisión o, lo que es peor, solicita dicha medida sin que existan los presupuestos para disponerla, por ejemplo, los fundados y graves elementos de convicción de la comisión del delito. Es que antes de demandar prisiones efectivas se debe exigir investigaciones eficientes.

Por ello es que la ciudadanía en su conjunto, la clase política, los medios de comunicación y en general todo aquél que considere tener una opción responsable, debe reclamar que los encargados de realizar la justicia penal cumplan su rol dentro de los estándares que se exige dentro de un proceso penal en el que la prisión provisional no puede imponerse como pena anticipada. No es suficiente un procedimiento oral, más rápido y menos burocrático. De que nos sirve todo ello si es que prevalece la concepción autoritaria antes que la protección de la libertad; si es que el propio Estado alienta la prisión provisional con una legislación cada vez más severa sin medir el impacto de dicha política en la protección de la seguridad ciudadana. A más presos, ¿menos criminalidad?

El uso excesivo de la prisión preventiva se ve reflejado en los datos estadísticos del Instituto Nacional Penitenciario. Así, de los 71,913 internos a nivel nacional, sólo 36,111 se encuentran en calidad de sentenciados, en tanto que 35,802 internos están en calidad de procesados al haberseles dispuesto la medida cautelar de prisión preventiva. Es decir, que para la mitad de la población penitenciaria a nivel nacional el Estado aún no define su responsabilidad penal, sino que a pesar de encontrarse vigente la presunción de inocencia dichas personas se encuentra “preventivamente” privadas de su libertad. (UCHUYA DONAYRE, 2015)

Comparto la idea de que existe un uso desmedido del requerimiento de prisión preventiva; pues basta con que el fiscal revise la denuncia o parte policial para que

este de inmediato solicite al Juez de Investigación preparatorio su requerimiento de prisión preventiva; y el Juez, dicta el auto de prisión preventiva.

La mayoría de abogados van a las audiencias de prisión preventiva ya con la seguridad de que a su patrocinado se le dictara el mandato de prisión preventiva; no importa el descargo que haga el abogado del investigado, no importa el tiempo que se tome en sustentar su defensa, pues el juez poco o mucho puede tomar en cuenta, y resuelve el pedido del fiscal, dando fundado su pedido.

Como se desarrolló en puntos anteriores; la prisión preventiva a dejado de ser una regla de carácter excepcional para convertirse en una regla de carácter general; acreditamos esto cuando vemos los casos que se tramitan en el poder judicial, prensa; que del pedido de prisión preventiva que requiere el fiscal; la mayoría de estos son declarados fundados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señala que el uso excesivo de la prisión preventiva en la región, denota disfuncionalidad del sistema de justicia penal.

Agrega que el uso desmedido de la prisión se adjudica por “cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial”.

Parafraseando el Informe sobre Independencia Judicial Insuficiente y Prisión Preventiva Deformada, en el que se alude que la prisión preventiva está íntimamente relacionada con la independencia judicial, detectándose como hallazgo central, que, en cierto número de casos, se impone en razón de presiones contra el fiscal y juez,

que les impide actuar imparcialmente en uso de la independencia que es propia del cargo. (BATUN BETANCOURT, 2015)

## **CAPÍTULO V**

### **LEGISLACIÓN NACIONAL**

#### **NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL**

#### **DECRETO LEGISLATIVO N.º 957**

### **SECCIÓN III**

#### **LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL**

#### **TÍTULO I**

#### **PRECEPTOS GENERALES**

#### **Artículo 253.- Principios y finalidad.**

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

insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

**Artículo 254.- Requisitos y trámite del auto judicial.**

1. Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado. A los efectos del trámite rigen los numerales 2) y 4) del artículo 203.
2. El auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad:
  - a) La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.
  - b) La exposición 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.

**Artículo 255.- Legitimación y variabilidad.**

1. Las medidas establecidas en este Título, sin perjuicio de las reconocidas a la Policía y al Fiscal, sólo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal, salvo el embargo y la ministración provisional de posesión que también podrá solicitar el actor civil. La solicitud indicará las razones en que se fundamenta el pedido y, cuando corresponda, acompañará los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes.

2. Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.
3. Salvo lo dispuesto respecto del embargo y de la ministración provisional de posesión, corresponde al Ministerio Público y al imputado solicitar al Juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal, quien resolverá en el plazo de tres días, previa audiencia con citación de las partes.

#### **Artículo 256.- Sustitución o acumulación.**

La infracción de una medida impuesta por el Juez, determinará, de oficio o a solicitud de la parte legitimada, la sustitución o la acumulación con otra medida más grave, teniendo en consideración la entidad, los motivos y las circunstancias de la trasgresión, así como la entidad del delito imputado.

#### **Artículo 257.- Impugnación.**

1. Los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas previstas en esta Sección son impugnables por el Ministerio Público y el imputado.
2. El actor civil y el tercero civil sólo podrán recurrir respecto de las medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil.

#### **Artículo 258.- Intervención de los sujetos procesales.**

En el procedimiento de imposición de una medida prevista en esta sección seguido ante el Juez de la Investigación Preparatoria y en el procedimiento recursal, los demás sujetos procesales podrán intervenir presentando informes escritos o

formulando cualquier requerimiento, luego de iniciado el trámite. Esta intervención procederá siempre que no peligre la finalidad de la medida.

### **TÍTULO III**

#### **LA PRISIÓN PREVENTIVA**

##### **CAPÍTULO I**

#### **LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

##### **Artículo 268.- Presupuestos 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).

**Artículo 269.- Peligro de fuga**

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país 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;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

**Artículo 270.- Peligro de obstaculización.**

Para calificar el peligro de obstaculización 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 coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos

**Artículo 271 Audiencia y resolución. -**

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para



determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.

2. Rige en lo pertinente, para el trámite de la audiencia lo dispuesto en el artículo 8°, pero la resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El Juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal. El Fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si 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. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.
3. El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.
4. El Juez de la Investigación Preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso

## **CAPÍTULO II**

### **LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **Artículo 272.- Duración.**

1. La prisión preventiva no durará más de nueve (9) meses.
2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho (18) meses.

3. Para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses”.

#### **Artículo 273.- Libertad del imputado.**

Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288.

#### **Artículo 274.- Prolongación de la prisión preventiva**

1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, el plazo de la prisión preventiva podrá prolongarse:
  - a) Para los procesos comunes hasta por nueve (9) meses adicionales.
  - b) Para los procesos complejos hasta dieciocho (18) meses adicionales.
  - c) Para los procesos de criminalidad organizada hasta doce (12) meses adicionales.

En todos los casos, el fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento.

2. Excepcionalmente, el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal, podrá adecuar el plazo de prolongación de la prisión preventiva otorgado a los plazos establecidos en el numeral anterior, siempre que se presenten circunstancias de especial complejidad que no fueron advertidas en

el requerimiento inicial. Para el cómputo de la adecuación del plazo de prolongación se tomará en cuenta lo previsto en el artículo 275.

3. El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.
4. La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2 del artículo 278.
5. Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida.

**Artículo 275.- Cómputo del plazo de la prisión preventiva.**

1. No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa.
2. El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución.
3. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

**Artículo 276.- Revocatoria de la libertad.**

La libertad será revocada, inmediatamente, si el imputado no cumple con asistir, sin motivo legítimo, a la primera citación que se le formule cuando se considera necesaria su concurrencia. El Juez seguirá el trámite previsto en el numeral 2) del artículo 279.

**Artículo 277.- Conocimiento de la Sala.**

El Juez deberá poner en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación de la prisión preventiva.

**CAPÍTULO III****LA IMPUGNACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA****Artículo 278 Apelación.**

1. Contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es 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.
2. La Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar, dentro de las 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.
3. Si la Sala declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo u otro Juez dicte la resolución que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 271.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA REVOCATORIA DE LA COMPARECENCIA POR PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **Artículo 279.- Cambio de comparecencia por prisión preventiva.**

1. Si durante la investigación resultaren indicios delictivos fundados de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del artículo 268, el Juez a petición del Fiscal, podrá dictar auto de prisión preventiva.
2. El Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento Fiscal. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El Juez emitirá resolución inmediatamente o dentro de las cuarenta y ocho horas de su celebración.
3. Contra la resolución que se emita procede recurso de apelación, que se concederá con efecto devolutivo.

## **CAPÍTULO V**

### **LA INCOMUNICACIÓN**

#### **Artículo 280.- Incomunicación.**

La incomunicación del imputado con mandato de prisión preventiva procede si es indispensable para el establecimiento de un delito grave. No podrá exceder de diez días. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el Abogado Defensor y el preso preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrán

ser prohibidas. La resolución que la ordena se emitirá sin trámite alguno, será motivada y puesta en conocimiento a la Sala Penal. Contra ella procede recurso de apelación dentro del plazo de un día. La Sala Penal seguirá el trámite previsto en el artículo 267.

#### **Artículo 281.- Derechos.**

El incomunicado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión. Recibirá sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada.

#### **Artículo 282.- Cese.**

Vencido el término de la incomunicación señalada en la resolución, cesará automáticamente.

### **CAPÍTULO VI**

#### **LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **Artículo 283.- Cesación de la Prisión preventiva.**

1. El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.
2. El Juez de la Investigación Preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274.

3. La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.
4. El Juez impondrá las correspondientes reglas de conductas necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.

#### **Artículo 284.- Impugnación.**

1. El imputado y el Ministerio Público podrán interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de la prisión preventiva.
2. Rige lo dispuesto, en lo pertinente, en los numerales 1) y 2) del artículo 278.

#### **Artículo 285.- Revocatoria.**

La cesación de la prisión preventiva será revocada si el imputado infringe las reglas de conducta o no comparece a las diligencias del proceso sin excusa suficiente o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte auto de prisión preventiva en su contra. Asimismo, perderá la caución, si la hubiere pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración de justicia.

## CAPÍTULO VI

### JURISPRUDENCIAS O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

#### **CASACIÓN N° 391 – 2011 – PIURA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

##### **Fundamento 2.9.**

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

#### **CASACIÓN N ° 147-2016 – LIMA DE LA SALA PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

##### **Fundamento 2.2.4.**

En consecuencia, el requerimiento del Fiscal con la denominación de prorroga o ampliación no existe; por lo que, cuando se ha solicitado aquello, ante el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el



imputado deberá ser excarcelado, salvo que con arreglo al artículo 274° CPP, solicitare el Ministerio Público la prolongación del plazo de prisión preventiva.

#### **Fundamento 2.3.11.**

Por lo que, el cuestionamiento a la congruencia del pronunciamiento de segunda instancia no es tal, porque el órgano judicial contaba con la facultad de resolver de oficio por la naturaleza del tema, conforme al artículo 255° .3 del Código Procesal Penal, que señala sobre las medidas de coerción procesal, que los autos que se pronuncian sobre estas son reformables aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición.

#### **Fundamento 2.4.2.**

Esta institución está prevista en el numeral 1 del artículo 274° del Código Procesal Penal, el cual requiere acumulativamente dos presupuestos: i) Una, especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso. Por especial dificultad se entiende la concurrencia de circunstancias que obstaculizan la realización de determinada diligencia, la práctica de alguna pericia o alguna circunstancia propia de la conducta del imputado, elementos de juicio objetivos posteriores al dictado de la prisión preventiva primigenia y su impugnación. La ley no establece que deban excitar nuevos elementos o actos que sustenten este requisito, pues el juez al momento de determinar el plazo de prisión preventiva pudo no tener en cuenta en su real dimensión estas particularidades que le dan complejidad al caso. ii) Que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, que no se establece en función a un reexamen de lo ya resuelto en la prisión preventiva a propósito del peligro procesal, sino sobre la base del análisis sobre si dichas condiciones subsisten o se mantienen.

**CASACIÓN N° 626 – 2013 – MOQUEGUA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE A REPUBLICA**

**Fundamento vigésimo cuarto**

En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. el representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitara que la defensa lo examinen antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada uno de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasara al otro.

**Fundamento vigésimo séptimo**

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

**Fundamento vigésimo octavo**

Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria

Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce – dos mil nueve – Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco.

### **Fundamento vigésimo noveno**

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

### **Fundamento trigésimo primero**

El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código

Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

#### **Fundamento trigésimo segundo**

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

#### **Fundamento trigésimo noveno**

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

#### **Fundamento cuadragésimo**

Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

### **Fundamento cuadragésimo tercero**

Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

### **Fundamento cuadragésimo octavo**

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

### **Fundamentos cuadragésimo noveno**

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

### **Fundamento quincuagésimo**

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

## **CAPÍTULO VII**

### **DERECHO COMPARADO**

#### **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL – COIP**

##### **DE ECUADOR**

##### **PÁRRAFO TERCERO**

##### **PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **Artículo 534°.- Finalidad y Requisitos**

Para garantizar la comparecencia de la persona procesada a proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1.** Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
- 2.** Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
- 3.** Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o en el cumplimiento de la pena.
- 4.** Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.

**Artículo 535°.- Revocatoria**

La prisión preventiva se revocará en los siguientes casos:

1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.
2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.
3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.
4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida.

**Artículo 536°.- Sustitución.**

La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de la libertad superior a cinco años.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejara sin efecto y en el mismo acto ordenara la prisión preventiva del procesado.

**Artículo 537°.- Casos Especiales**

Sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario y uso del dispositivo de vigilancia Electrónica, en los siguientes casos:

1. Cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentra hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrán extenderse hasta en un máximo de noventa días.
2. Cuando la persona procesada es mayor de sesenta y cinco años de edad.

3. Cuando la persona procesada presente una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara o huérfana que no le permita valerse por sí misma, que se justifique mediante la presentación de un certificado médico otorgado por la entidad pública correspondiente.

**Artículo 538°.- Suspensión.**

Se suspenderá la prisión preventiva cuando la persona procesada rinda caución.

**Artículo 539°.- Improcedencia.**

No se podrá ordenar la prisión preventiva, cuando:

1. Se trate de delitos de ejercicio privado de la acción.
2. Se trate de contravenciones.
3. Se trate de delitos sancionados con penas privativas de libertad que no excedan a un año.

**Artículo 540°.- Resolución de Prisión Preventiva.**

La aplicación, revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva, será adoptada por la o el juzgador en audiencia, oral, pública y contradictoria de manera motivada.

**Artículo 541°.- Caducidad.**

La caducidad de la prisión preventiva se regirá por las siguientes reglas:

1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.



2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años.
3. El plazo para que opere la caducidad se contara a partir de la fecha en que se hizo efectiva la orden de prisión preventiva. Dictada la sentencia, se interrumpirán estos plazos.
4. Para efectos de este código, de conformidad con la constitución, se entenderán como delitos de reclusión todos aquellos sancionados con pena privativa de libertad por más de cinco años y como delitos de prisión, los restantes.
5. La orden de prisión preventiva caducara y quedara sin efecto si se exceden los plazos señalados, por lo que la o el juzgador ordenara la inmediata libertad de la persona procesada y comunicara de este particular al Concejo de la Judicatura.
6. Si por cualquier medio, la persona procesada evade, retarda, evita o impide su juzgamiento mediante actos provocados a orientar su caducidad, este es, por causas no imputables a la administración de justicia la orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá de pleno derecho el decurso del plazo de la prisión preventiva.
7. Si la dilación produce la caducidad por acciones u omisiones de jueces, fiscales, defensores públicos o privados, peritos o personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina y ciencias forenses, se considerará que incurren en falta gravísima y deberán ser sancionados conforme a las normas legales correspondientes.
8. Para la determinación de dicho plazo tampoco se computará el tiempo que transcurra entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de las sentencias sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuantas estas sean negadas.
9. La o el juzgador en el mismo acto que declare la caducidad de la prisión preventiva, de considerarla necesario para garantizar la inmediación de la persona procesada con el proceso, podrá disponer la medida cautelar de presentarse periódicamente ante la o el juzgador o la prohibición de

ausentarse del país o ambas medidas. Además, podrá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

10. La persona procesada no quedara liberada del proceso ni de la pena por haberse hecho efectiva la caducidad de la prisión preventiva, debiendo continuarse con su sustanciación.

La o el Fiscal que solicite el inicio de una nueva causa penal por los mismos hechos, imputando otra infracción penal para evitar la caducidad de la prisión preventiva, cometerá una infracción grave de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial.

#### **Artículo 542º.- Incumplimiento de las Medidas.**

Si la persona procesada incumple la medida cautelar no privativa de libertad, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador una medida cautelar privativa de libertad. En el caso de mujeres embarazadas, cumplirán la medida cautelar privativa de libertad, en secciones separadas, en los centros de privación de libertad.

En caso de incumplimiento por parte del procesado de las medidas de protección impuestas, la o el juzgador remitirá los antecedentes a la Fiscalía para la investigación correspondiente.

## CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Conforme a lo estipulado en la casación N° 623 – 2013 Moquegua; el requerimiento de prisión preventiva, y el auto que resuelve el requerimiento de prisión preventiva, deben ser debidamente motivados; esto a fin de que la defensa del investigado pueda refutar los hechos y no se le cause indefensión.
2. La prisión preventiva, conforme lo establece la jurisprudencia, no vulnera el derecho a la presunción de inocencia; esto debido a que la prisión preventiva no tiene una naturaleza punitiva; es decir no está vista como una condena anticipada.
3. La aplicación de la Prisión Preventiva ha sufrido grandes e importantes modificaciones desde su aparición en el 2004 a través del Nuevo Código Procesal Penal; y que una de estas grandes e importantes modificatorias, se encuentra lo referente a la adecuación y prolongación de la Prisión Preventiva.
4. Respecto a los requisitos formales que ha establecido la Corte Suprema como es el fundamentar la proporcionalidad de la medida y la duración de ésta, no es otra cosa que una reiteración e invocación para que se tome en cuenta, que no se debe dejar de observar lo estipulado por los artículos VI del Título Preliminar, 203° y 253° del Código Procesal Penal, los cuales son concordantes, y que éstas últimas son normas rectoras del artículo 268 que establece los presupuestos materiales de la prisión preventiva.
5. Que, es el Fiscal quien tiene la carga de acreditar la existencia de los presupuestos para sustentar su requerimiento de Prisión Preventiva. El Investigado, solo asume una posición de defensa frente al requerimiento del Fiscal.

6. La prisión preventiva no es una sanción; es decir no constituye una medida punitiva; sino que es una medida excepcional de carácter precautoria, que no es duradera en el tiempo; es decir solo se aplica por un periodo de tiempo.

## RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se van a establecer son las siguientes:

1. Que, se debe de dejar de aplicar la prisión preventiva de forma abusiva; y que sea solo requerida cuando el caos lo amerita; pues si seguimos haciendo un uso desmedido de esta medida de coerción vamos a continuar sobrepoblado nuestros establecimientos penitenciarios.
2. El Ministerio Público debe de analizar el caso que llega a su despacho de forma aislada; y en consecuencia deberá de analizar sobre todo si va a plantear al requerimiento de prisión preventiva de forma concienzuda; pues en la mayoría de casos, se están dejando llevar por la presión mediática que ejercen los Medios de Comunicación.
3. Se debe de eliminar la presión mediática como argumento para hacer un uso desproporcionado de esta medida cautelar excepcional y que tiene como resultado a personas “investigadas” recluidas en un establecimiento penitenciario innecesariamente sin antes haber sido declarados culpables mediante sentencia firme incrementando de forma desmedida el hacinamiento carcelario de nuestro país.
4. El Representante del Ministerio Público debe de realizar una correcta motivación a su requerimiento de Prisión Preventiva; esto a fin de salvaguardar el debido proceso, y se realice un correcto derecho de defensa para la persona que se pretende privar de su libertad con esta medida.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATUN BETANCOURT, M. (25 de julio de 2015). *Siglo 21*. Obtenido de Siglo 21:  
<http://s21.gt/2017/07/25/uso-abusivo-prision-preventiva-parte-ii/>

BAZÁN CARRANZA, V. A. (31 de mayo de 2017). *Legis*. Obtenido de Legis:  
<https://legis.pe/la-prision-preventiva-otras-medidas-cautelares-codigo-procesal-penal/>

BINDER , A. (1993). La Importancia y Limites del Periodismo Judicial. *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 270 - 271 .

CACERES JULCA, Roberto ; LUNA HERNÁNDEZ, Luis;. (2014). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.

CAMPOS BARRANZUELA , E. (31 de octubre de 2017). *El Regional Piura*.  
 Obtenido de El Regional Piura:  
<http://www.elregionalpiura.com.pe/index.php/columnistas/178-edhin-campos-barranzuela/23972-la-prolongacion-y-adequacion-de-la-prision-preventiva-por-dr-edhin-campos-barranzuela>

CARRIÓN DIAZ, J. E. (23 de mayo de 2016). *REPOSITORIO AMAG*. Obtenido de REPOSITORIO AMAG:  
<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/685/MANUAL%20PRISION%20PREVENTIVA.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Caso Vicente Ignacio Silva Checa, 1091-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional 12 de agosto de 2002).

CASTILLO TICONA, O. (23 de agosto de 2015). *REPOSITORIO UPAO*. Obtenido de REPOSITORIO UPAO:  
[http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1824/1/RE\\_DERECHO\\_REVISION.PERIODICA.OFICIO.PRISION.PREVENTIVA.DERECHO.LIBERTAD\\_TESIS.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1824/1/RE_DERECHO_REVISION.PERIODICA.OFICIO.PRISION.PREVENTIVA.DERECHO.LIBERTAD_TESIS.pdf)

- CHIRINOS ÑASCO, J. L. (2016). *Medidas cautelares en el Código Procesal Penal*. Lima: Idemsa .
- DEL RIO LABARTHE, G. (2009). La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Penal 2008: Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 104.
- ESPINOZA GUZMÁN , N. (8 de mayo de 2018). *Legis* . Obtenido de Legis : <https://legis.pe/pena-anticipada-medida-cautelar-correlato-presuncion-inocencia-prision-preventiva-proceso-penal/>
- ESQUIVEL MEZA, J. E. (12 de enero de 2015). *MONOGRAFIAS*. Obtenido de MONOGRAFIAS: <http://www.monografias.com/trabajos70/prision-preventiva-cohesion-codigo-penal/prision-preventiva-cohesion-codigo-penal2.shtml#top>
- LORENZO, Leticia; RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio;. (2011). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Santiago de Chile : Alfabetas Artes Graficas.
- LOZA AVALOS , C. (12 de febrero de 2013). *PERSO.UNIFR*. Obtenido de PERSO.UNIFR: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20151008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf)
- MARCELO , V. (9 de enero de 2017). *Derecho 911*. Obtenido de Derecho 911: [http://derecho911.blogspot.pe/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#\\_Toc471752090](http://derecho911.blogspot.pe/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752090)
- MEDINA CERVANTES, Z. P. (12 de mayo de 2014). *Renati*. Obtenido de Renati: <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/4301/62.1143.D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- MENDOZA BACA, N. (13 de marzo de 2015). *REPOSITORIO UNSA*. Obtenido de REPOSITORIO UNSA:

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/2215/DEmeban.pdf?sequence=1>

- NEYRA FLORES , J. A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*.  
Lima: Idemsa.
- ORTIZ NISHIHARA, M. H. (17 de noviembre de 2013). *BLOG UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ*. Obtenido de BLOG UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2013/11/17/la-prision-preventiva/>
- OSORIO, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*.  
Buenos Aires: Eliasta.
- OTAROLA PEÑARANDA, L. A. (26 de marzo de 2018). *La República* . Obtenido de La República : <https://larepublica.pe/politica/1217255-la-prision-preventiva-en-el-tc>
- PEÑA CABRERA, A. R. (2007). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Rodhas.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2001). *Derecho Procesal Penal Tomo II* . Lima: Idemsa .
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2 de mayo de 2018). *Legis*. Obtenido de Legis: [https://legis.pe/prision\\_preventiva-prueba-cesar\\_san\\_martin\\_castro/](https://legis.pe/prision_preventiva-prueba-cesar_san_martin_castro/)
- UCHUYA DONAYRE, F. (19 de mayo de 2015). *La Ley* . Obtenido de La Ley : <http://laley.pe/not/2483/el-uso-y-abuso-de-la-prision-preventiva/>
- VASQUEZ VASQUEZ, M. (2001). Plazo y Suspensión de la Detención Judicial . *Revista Actualidad Juridica* , 73.



# ANEXOS



## **PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES**

**EXPEDIENTE** : 00545-2017-98-2501-JR-PE-07  
**IMPUTADO** : **GAMBOA SOLANO, JUAN CARLOS**  
                  **DE LA CRUZ MARTINEZ, MIGUEL ANGEL**  
**DELITO** : USO DE ARMA DE FUEGO, HOMICIDIO –TENTATIVA  
**AGRAVIADO** : LOLOY HERNANDEZ, MARCO ANTONIO  
                  EL ESTADO  
**PROCEDENCIA** : Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria  
**PONENTE** : Frey Mesías Tolentino Cruz

### **RESOLUCIÓN NUMERO: SEIS**

Chimbote, diecisiete de marzo  
Del año dos mil diecisiete. -

**AUTOS Y OÍDOS:** Escuchados los argumentos del Representante del Ministerio Público y defensa técnica de los imputados agotado el debate contradictorio; la causa quedó al voto, difiriéndose para ser resuelta por escrito. Asimismo, se deja constancia que se está expidiendo la resolución en el día de la fecha debido a: 1.- la carga procesal con la que cuenta la Primera Sala Penal de Apelaciones; 2.- A que el suscrito en su calidad de Tercer Juez Superior, viene siendo llamada para integrar la Segunda Sala Penal de Apelaciones por impedimentos, licencias y otros, 3.- Que, el suscrito ha venido integrando el Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial de la Corte del Santa, en los procesos en los cuales ha sido ponente.

### **I.- ANTECEDENTES DEL DEBATE:**

- A. El Ministerio Público, con su escrito de fecha 23 de enero del 2017, requirió prisión preventiva contra los imputados: **JUAN CARLOS GAMBOA SOLANO** y **MIGUEL ANGEL DE LA CRUZ MARTINEZ**, por la presunta comisión del delito contra la

seguridad pública en la modalidad **Uso de Arma, Tenencia de Munición y Facilitación de Arma de Fuego**, en agravio del Estado, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de **Homicidio en grado de Tentativa**, n agravio de Marco Antonio Loloy Hernández.

- B.** Que, el Señor Juez del Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chimbote, mediante resolución número dos, de fecha veinticinco de enero del año dos mil diecisiete, resolvió declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva, formulado por la Fiscalía Mixta de Santa, contra los imputados : JUAN CARLOS GAMBOA SOLANO y MIGUEL ANGEL DE LA CRUZ MARTINEZ, por la presunta comisión de los delitos de Uso de Arma de Fuego, Tenencia de Munición y Facilitación de Arma de Fuego, en agravio del Estado y por el delito de Homicidio en grado de Tentativa, en agravio de Marco Antonio Loloy Hernández.

#### **Y CONSIDERANDO:**

#### **Fundamentos de la defensa técnica del imputado Miguel Ángel de la Cruz Martínez:**

**1.-** Señala que el A-quo no ha tenido en cuenta los presupuestos del artículo 268º del Código Procesal Penal, toda vez que en los elementos de convicción ha considerado el Acta de Intervención Policial, en el cual no ha participado el Ministerio Público, así como el Acta de Registro personal en el cual no le ha encontrado especies que lo vinculen con el delito, y que lo único que existe es la declaración de su coimputado la misma que es incoherente y desconoce los motivos por el cual involucra a su patrocinado.

**2.-** Asimismo, señala que el A-quo no ha tenido en cuenta los tres menores hijos de su patrocinado, los mismos que dependen económicamente de él, así como que tiene arraigo laboral puesto que trabaja en el sector agrícola en el terreno de sus padres, solicitando se revoque la venida en grado.

**Fundamentos de la defensa técnica del imputado Juan Carlos Gamboa Solano:**

**3.-** Señala que su patrocinado se encontraba en estado etílico, y que no ha estado en posesión del arma, el obtuvo el arma de manera momentánea, la misma que fue proporcionada por su coimputado y que junto al grado de alcohol que tenía en el organismo, salió haciendo disparos al aire, perdiendo la lucidez de lo que hacía; y encontrándose su patrocinado en un estado de embriaguez fortuita debe excluirse de la responsabilidad penal.

**4.-** Asimismo, señala que su patrocinado tiene dos hijos, trabaja en el campo y carece de antecedentes penales, solicitando se revoque la prisión preventiva dada en primera instancia.

**Fundamentos del Fiscal Superior:**

**5.-** Que los hechos se suscitan, con fecha 22 de enero de 2017, a las 19:00 hrs, cuando el Sub Oficial PNP Erick Mestanza Vargas a bordo de una móvil de la PNP estaba en estacionamiento táctico ubicado en la Panamericana Norte y Jr. Yaravi – Santa, en esas circunstancias escucharon tres disparos a una distancia aproximada de cien metros, lo que hizo que se acercaran a este lugar donde provinieron el sonido de los disparos y llegaron a local chancalata denominado “Norris”, en donde se constató que en l parte posterior había un grupo de personas de sexo masculino participando de una gresca, desde una corta distancia observa que un individuo empieza a correr con un arma en la mano, es así que empiezan a seguirlo y este individuo en vez de pararse continua disparando incluso contra el vehículo policial, lo persiguieron y en el trayecto al verse cercado arrojó el arma sobre un inmueble, es así que la PNP proceden a registrar el inmueble y encuentran el arma de fuego sobre un juguete, asimismo la policía da cuenta de que en el momento que llega al lugar esta tendido un persona Marco Antonio Loloy Hernández, quien fue herido por arma de fuego en el abdomen.

**6.-** Que, respecto al primer supuesto del artículo 268º del Código Procesal Penal, se encuentra sustentado con el acta de intervención policial en el cual se consigna por referencias de los lugareños que el

imputado Miguel Ángel de la Cruz fue quien proporciono el arma de fuego a Juan Carlos Gamboa Solano, acta de registro domiciliario donde se encontró el arma de fuego, registro personal al imputado Juan Carlos Gamboa Solano en el cual se le encontró en posesión de dos municiones.

7.- Indica además respecto a los argumentos de los abogados de los imputados, que lo que se está viendo es una solicitud de prisión preventiva que ha sido declarado fundado, no se está valorando responsabilidad penal, que la valoración de pruebas para determinar si son o no autores del delito será materia en juicio oral y no en este estadio.

8.- Indica además que, respecto al peligro de obstaculización, si bien la defensa alega que imputado De La Cruz Martínez tiene tres menores hijos, y arraigo laboral, para el Ministerio Público habría peligro de fuga debido a que las penas a imponerse por ser concurso real de delitos superarían los cuatro años de pena privativa de la libertad, de igual forma para Juan Carlos Gamboa Solano, el hecho de que tenga hijos no lo releva de responsabilidad penal, solicitando se confirme la venida en grado.

## II.- PRONUNCIAMIENTO DEL COLEGIADO:

### ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

9.- Que, en lo respecta al cuestionamiento de la defensa técnica del **Miguel Ángel de Cruz Cortijo** en relación al acta de intervención policial no debe ser considerada por cuanto no ha participado el representante del Ministerio Público, así como de las actas de registro personal y registro domiciliario no se le ha encontrado especie ilícita alguna; sin embargo, este Colegiado considera que se trata de diligencias urgentes, y dichas actas deben ser valoradas en forma conjunta con los demás elementos de convicción y con ello analizar si existen elementos suficientes de la comisión del delito, ante ello, se tiene la declaración de su co imputado Juan Carlos Gamboa Solano, quien ha referido que se encontró con su amigo Miguel Ángel De La Cruz Martínez y con quien se fue al local Coveñas hasta las cinco y treinta de la tarde, para luego ir al local Norris, es ahí donde se

suscita una gresca entre el agraviado y otros muchachos cuando su co procesado le proporciona el arma y se dirige a donde estaba peleando realizando disparos al aire; versión que es corroborada con la declaración testimonial del PNP Jean Pierre Vásquez Palomino quien ha referido que se encontraba en estacionamiento tácito cuando escucho tres disparos y al llegar al lugar se percató de un grupo de personas que estaban peleando y en eso observa a un sujeto que empieza a correr llevando en su mano un arma de fuego, motivo por el cual lo siguieron y al verse aprehendido arrojó el arma, asimismo señala que también fue intervenido la persona de Miguel Ángel De la Cruz Martínez quien había sido sindicado por los lugareños como la persona que le entrego el arma a Juan Carlos Gamboa Solano, refiriendo además que en el piso se encontraba tirada una persona que responde al nombre de Marco Antonio Loloy Hernández, quien se encontraba herido; heridas que han sido corroborados con el certificado médico legal N° 00637-VM que concluye el agraviado presenta diagnósticos de shock hipovolémico, trauma abdominal por arma de fuego y perforación múltiple de intestino delgado, hechos que también se encuentran corroborados con el dictamen pericial de balística que concluye que el arma de fuego se encuentra en buen estado de conservación y funcionamiento con características de haber efectuado disparos; por otro lado respecto a lo alegado por la defensa que su patrocinado desconoce porque su coprocesado Gamboa Solano lo sindicó, hay que tener en cuenta que ambos coprocesadores son amigos, tal como se advierte de la declaración de Gamboa Solano, la misma que es coherente, ha referido que cuando el agraviado fue a buscar la pelea, su coprocesado De La Cruz Martínez salió en su defensa, descartando cualquier motivo de odio o rencilla con el fin de perjudicarlo; con lo que se verifica que conforme lo ha indicado el Ministerio Público y el Juez de primera instancia, si existen fundados y graves elementos de convicción que vinculan al imputado con la comisión del delito el mandato de prisión preventiva está debidamente sustentado en los artículos 268, 269 y 270 de CPP, y asimismo se cumplen con los estándares de motivación, para dictar un mandato de prisión preventiva.

**10.-** Con respecto al cuestionamiento de la defensa técnica del imputado **Juan Carlos Gamboa Solano**, que su patrocinado se encontraba en total estado de embriaguez y debido a la adrenalina realizó disparos al aire, no siendo consciente de sus actos, por lo que debe excluirse de responsabilidad penal; debe tenerse en cuenta los elementos de convicción de la comisión del delito, esto es, el acta de intervención policial, en el cual se relata la forma y circunstancia en

el que fue intervenido por efectivos policiales, el acta de registro domiciliario, hallazgo y recojo en el inmueble Mza. A Lte. 04 P.J. San Juan – Santa, donde se encuentra el arma que fue arrojada por este, acta de registro personal en el cual se le encuentra en posesión de dos municiones calibre 38, certificado médico legal practicado al agraviado Marco Antonio Loloy Hernández que concluye que el agraviado Presenta diagnósticos de shock hipovolémico, trauma abdominal por arma de fuego y perforación múltiple de intestino delgado, y aunado a ello su declaración en la cual acepta haber realizado disparos al aire; elementos de convicción que vinculan al imputado con la comisión del delito, y que si bien la defensa alega el estado de ebriedad de su patrocinado , ello será materia de valoración en juicio oral y no en este estadio procesal; por lo que el mandato de prisión preventiva está debidamente sustentado en los artículo 268, 269 y 270 del CPP, y cumplen con los estándares de motivación, para dictar un mandato de prisión preventiva.

**11.-** Que, en lo que respecta a la **prognosis de la pena**, nos encontramos ante un concurso real de delitos, entre los cuales tenemos los delitos de uso de arma de fuego y homicidio en grado de tentativa, por lo que, de aplicarse una pena, esta sería superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

**12.-** Con respecto **al peligro procesal**; de los actuados se advierte que los imputados cuentan con hijos menores de edad y ambos trabajan el área agrícola, uno como sembrado y otro como chofer de carga en la chacra, este colegiado ratifica la apreciación del A Quo en el sentido que ese arraigo no es de calidad, aunado que las declaraciones juradas presentadas no son documentos idóneos para acreditar el arraigo laboral y además, el arraigo por sí mismo no es garantía de que no va a eludir a acción de la justicia, más aun si la gravedad de la pena privativa de la libertad a imponerse, en este caso, es superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad.

**13.- Del test de proporcionalidad<sup>1</sup>:** Que como se puede colegir de lo anotado precedentemente, en lo que respecta al investigado, debe

---

<sup>1</sup> Volveremos a llamar la atención a la Juez de la resolución, con el fin de que la motivación en la determinación de esta medida, también considere el test de proporcionalidad y no solo el de legalidad. Tener presente test de proporcionalidad

confirmarse la decisión del Juez, ya que en efecto concurren los tres presupuestos de la norma procesal invocada- principio de legalidad-; ahora bien, con el fin de armonizar la limitación al derecho fundamental, verificaremos si la medida resulta eficaz, necesaria y proporcional. Al respecto, el colegiado al advertir que existen elementos fundados y graves de convicción del delito y su vinculación con los imputados como presuntos autores; la pena probable en caso de condena sería mayor de cuatro años de pena privativa de la libertad y asimismo se advierte la presencia de peligro procesal, por tanto la medida cautelar personal dispuesta es la **adecuada** ante las otras medidas que ofrece nuestro ordenamiento procesal, como la solicitada por la defensa técnica; además, resulta **necesaria** para los fines del proceso, dado que existe una alta probabilidad que otra medida podría poner en riesgo la culminación con éxito del proceso, tomando en cuenta que nos encontramos ante la imputación de existencia de una organización criminal. Así mismo, también es proporcional la medida, ante la comisión delitos dolosos, como son el delito de tenencia ilegal de armas y tentativa de homicidio; por tanto, ponderando el interés general de lograr que finalice un proceso por la comisión de delitos que generan alarma social, al particular de estar en libertad; la medida dispuesta es legal y supera el test de proporcionalidad, por lo que, corresponde declarar infundado el recurso de apelación y confirmar la medida impugnada.

---

para determinar si la misma resulta ilegítima o puede ser justificada en el marco de un Estado de Derecho; **EXP. N. ° 00815-2007-PHC/TC**, STC Exp. 0045-2004-AI/TC, Exp. 4677-2004-AA/TC, fundamento 26. **Examen de idoneidad:** implica que la medida restrictiva del derecho fundamental debe ser adecuada para la realización del fin propuesto. En ese sentido, dado que los actos de investigación corporal buscan determinar hechos que son indispensables para el éxito del proceso penal, su objetivo último lo constituye el no dejar imputar la comisión de un delito, y, en consecuencia, garantizar el interés público en la investigación del delito, bien jurídico que en definitiva merece atención por parte del Estado. **Examen de necesidad:** supone que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deberá ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente, idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en con el respetivo bien constitucional, entonces, la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional. **Examen de proporcionalidad en sentido estricto:** la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a esta: “cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.



**14.- Fundamentos jurídicos:** Por estas consideraciones, conforme a lo prescrito en el artículo 278° del Código Procesal Penal –norma que regula el procedimiento del recurso de apelación en Segunda Instancia; la Primera Sala Penal de Apelaciones de esta Corte Superior, por unanimidad resolvemos:

### III.- DECISIÓN:

- a) **DECLARAR: INFUNDADO** el recurso de apelación formulado por los abogados defensores de los imputados Juan Carlos Gamboa Solano y Miguel Ángel De La Cruz Martínez, contra la resolución número dos, de fecha veinticinco de enero del año dos mil diecisiete, emitida por el Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chimbote, en el extremo que resuelve declarar **FUNDADO EL REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA POR EL PLAZO DE NUEVE MESES**, solicitado por el Representante del Ministerio Público contra los imputados **JUAN CARLOS GAMBOA SOLANO Y MIGUEL ÁNGEL DE LA CRUZ MARTÍNEZ**, por la presunta comisión de los delitos de Uso de Arma de Fuego, Tenencia de Munición y Facilitación de Arma de Fuego, en agravio del Estado y por el delito de Homicidio en grado de Tentativa, en agravio de Marco Antonio Loloy Hernández.
- b) **CONFIRMARON:** la resolución número resolución número Dos, de fecha veinticinco de enero del año dos mil diecisiete, emitida por el Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chimbote, en el extremo que resuelve declarar **FUNDADO EL REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA POREL PLAZO DE NUEVE MESES**, solicitado por el Representante del Ministerio Público contra los imputados **JUAN CARLOS GAMBOA SOLANO Y MIGUEL ÁNGEL DE LA CRUZ MARTÍNEZ**, por la presunta comisión de los delitos de Uso de Arma de Fuego, Tenencia de Munición y Facilitación de Arma de Fuego, en agravio del Estado y por el delito de Homicidio en grado de Tentativa, en agravio de Marco Antonio Loloy Hernández.

- c) **MANDARON: DEVOLVER** los actuados al Juzgado de origen.  
Juez Director de debates y ponente: Tolentino Cruz.

SS  
VANINI CHANG  
MANZO VILLANUEVA  
**TOLENTINO CRUZ**