



UNIVERSIDAD RICARDO PALMA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

*Problemas de interpretación del criterio de prognosis
de pena en materia de Prisión Preventiva, según
la casuística del distrito fiscal de Lima en el año 2017*

Tesis para optar por el título profesional
de Abogado

Autor: Javier Hector Pecho Ramirez

Asesor: Juan Elías Carrión Díaz

Lima – Perú
2019

*A mi abuelo Pedro Celestino Pecho Rafael,
mi abuela Rebeca Tenicela Navarro Vivas,
mi padre Javier Héctor Pecho Navarro
y mi madre Violeta Margarita Ramírez Chiong.*

“La vida, la dignidad y el amor son términos inefables”.

Javier H. Pecho Ramírez

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DEL CRITERIO DE PROGNOSIS DE PENA
EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA, SEGÚN LA CASUÍSTICA
DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA EN EL AÑO 2017

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	16
ASPECTOS METODOLÓGICOS	16
1.1. Planteamiento del problema	16
1.1.1. Descripción de la situación problemática	16
1.1.2. Importancia y justificación de la investigación	17
1.2. Formulación del problema	19
1.2.1. Pregunta general	19
1.2.2. Preguntas específicas	19
1.3. Objetivos	19
1.3.1. Objetivo general	19
1.3.2. Objetivos específicos	20
1.4. Hipótesis	20
1.4.1. Hipótesis general	20
1.4.2. Hipótesis específicas	21
1.5. Metodología	22
1.5.1. Diseño metodológico	22
1.5.2. Técnicas para el procesamiento de la información	23
1.5.3. Criterios éticos y de rigor científico	23

1.5.4.	Viabilidad de la investigación	24
1.5.5.	Limitaciones del estudio	24
CAPÍTULO II		25
SOBRE LA INTERPRETACIÓN.....		25
2.1.	Métodos de interpretación.....	25
2.1.1.	El método literal o gramatical	26
2.1.2.	El método teleológico	27
2.1.3.	El método histórico	28
2.1.4.	El método sistemático	29
2.2.	El principio <i>in dubio pro reo</i>	30
2.3.	La discrecionalidad del juez	32
2.4.	El principio de legalidad	34
2.4.1.	El principio de taxatividad.....	35
2.4.2.	Establecimiento de “ <i>numerus clausus</i> ”	37
CAPÍTULO III.....		38
EL DEBIDO PROCESO		38
3.1.	Definición	38
3.2.	El debido proceso en nuestra jurisprudencia	39
3.3.	El nuevo modelo del proceso penal peruano.....	44
3.4.	Algunos principios del proceso penal peruano que garantizan el debido proceso	46
3.4.1.	El principio de la presunción de inocencia.....	46
3.4.2.	El principio de contradicción.....	47

3.4.3. El principio de igualdad de armas	48
3.4.4. El principio acusatorio	51
3.4.5. El principio de inviolabilidad del derecho de defensa.....	52
3.4.6. El principio de oralidad	54
3.4.7. El principio del derecho a la prueba.....	55
CAPÍTULO IV	57
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PERÚ	57
4.1. Noción y naturaleza.....	58
4.2. Características	59
4.3. Presupuestos de la Prisión Preventiva.....	65
4.3.1. Fundados y graves elementos de convicción	65
4.3.2. Prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad.....	66
4.3.3. Peligro procesal.....	67
4.3.3.1. Peligro de fuga.....	67
4.3.3.2. Peligro de obstaculización	68
4.4. Jurisprudencia.....	68
4.4.1. Jurisprudencia peruana	68
4.4.2. Jurisprudencia internacional.....	78
4.4.3. Jurisprudencia de casos emblemáticos en Perú.....	83
CAPÍTULO V.....	95
PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DEL CRITERIO DE PROGNOSIS DE PENA	95

5.1. El problema de interpretación respecto al segundo presupuesto material de la Prisión Preventiva: la prognosis de pena superior a cuatro años.....	95
5.1.1. El elemento de la pena.....	96
5.1.2. La pena en abstracto y la pena en concreto	98
5.1.3. El cálculo de la prognosis de pena.....	100
5.1.4. Concretamente, ¿en qué consiste el problema de interpretación con relación a la prognosis de pena superior a cuatro años?	102
5.2. El problema de interpretación respecto al segundo criterio del peligro de fuga: la gravedad de la prognosis de pena	103
5.2.1. Criterios que determinan el peligro de fuga	103
5.2.1.1. El arraigo en el país del imputado.....	103
5.2.1.2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento	104
5.2.1.3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.....	105
5.2.1.4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior	106
5.2.1.5. La pertenencia del imputado a una organización criminal	107
5.2.2. Concretamente, ¿en qué consiste el problema de interpretación con relación a la gravedad de la prognosis de pena?	107
5.3. El problema de interpretación respecto al resto de criterios del peligro procesal: la incongruencia, inidoneidad y abuso del criterio de prognosis de pena.....	115
5.3.1. Todos los criterios que determinan la existencia del peligro procesal.....	115
5.3.2. Criterios que determinan el peligro de obstaculización.....	116

5.3.2.1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba	117
5.3.2.2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.....	117
5.3.2.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos	118
5.3.3. Concretamente, ¿en qué consiste el problema de interpretación con relación a la incongruencia, inidoneidad y abuso del criterio de pronóstico de pena?	119
CONCLUSIONES.....	122
RECOMENDACIONES (no excluyentes)	125
BIBLIOGRAFÍA.....	126
ANEXO N° 1: CASUÍSTICA DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA – REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA ELABORADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA EN EL AÑO 2017....	132
ANEXO N° 2: CONTENIDO ÍNTEGRO Y COMPLETO DE LOS REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA (34) PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA AL JUZGADO PENAL DE TURNO DE LIMA EN EL AÑO 2017 (SOPORTE CD-ROM).....	149

PROBLEMAS DE INTERPRECIÓN DEL CRITERIO DE PROGNOSIS
DE PENA EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA, SEGÚN
LA CASUÍSTICA DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA EN EL AÑO 2017

INTRODUCCIÓ

La filosofa es el real y genuino pensamiento del ser humano, porque es hermoso e increíble concebir la idea de que alguien pueda pensar algo que nunca antes en la vida, en absoluto, ha sido pensado por nadie en ningún tiempo y en ningún espacio del universo. Que ningún ente existente -o que haya existido- lo haya hecho antes en cualquier dimensión. Dicho esto, las mejores ideas de la presente investigación, quizá, no fueron nunca antes pensadas por un hombre de Caral, Pacaicassa, Chivateros, Lauricocha, Toquepala, Paiján, Guitarreros, Santo Domingo, Huaca Prieta, Kotosh, Kibish o Pekín; pero sí por un americano sureño en el siglo XXI. Eso es casi inefable.

Como lo sugiere el nombre de la obra de Gustavo Zagrebelsky (2016), “*El Derecho dúctil*”, no se equivocaba, pues quienes tenemos noción del Derecho podemos convenir y estar de acuerdo en que no se trata de una disciplina fija y estática, sino por el contrario, ésta tiende a ser cambiante en el tiempo y a moldearse a las diversas necesidades o realidades dentro de los grupos sociales existentes en el mundo. En ese sentido, como no podía ser de otra manera, nuestro país no es ajeno a dicho fenómeno, pues lo cierto y lo concreto es que en el año 2004 se promulgó¹ el Código Procesal Penal y desde aquella fecha su aplicación ha sido progresiva y paulatina en todo Perú.

El Código Procesal Penal, en la parte de las disposiciones complementarias, en la primera disposición final establece lo siguiente en sus primeros numerales: “*1. El Código Procesal Penal entrará en vigencia progresivamente en los diferentes Distritos Judiciales según un Calendario Oficial, aprobado por Decreto Supremo, dictado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo que establecerá las normas complementarias y de implementación del Código Procesal Penal. 2. El día 1 de julio de 2006 se pondrá en vigencia este Código en el Distrito Judicial designado por la Comisión Especial de*

¹ El Código Procesal Penal fue promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio del mismo año en el diario oficial “*El Peruano*”.

Implementación creada por el Decreto Legislativo N° 958. El Distrito Judicial de Lima será el Distrito Judicial que culminará la aplicación progresiva de este Código”.

Es por ello que mediante Decreto Supremo N° 007-2006-JUS, Decreto Supremo N° 005-2007-JUS, Decreto Supremo N° 016-2009-JUS, Decreto Supremo N° 016-2010-JUS, Decreto Supremo N° 004-2011-JUS, Decreto Supremo N° 019-2012-JUS, Decreto Supremo N° 003-2014-JUS y Decreto Supremo N° 002-2016-JUS se ha venido publicando el Calendario Oficial de Aplicación Progresiva del Código Procesal Penal en los distintos distritos judiciales de todo el país.

Finalmente, la última modificación del Calendario Oficial de Aplicación Progresiva del Código Procesal Penal se dio mediante Decreto Supremo N° 015-2017-JUS, el cual estableció que en los años 2017, 2018, 2019 y 2020 el Código Procesal Penal entra en vigencia el 01 de julio. En consecuencia, en el año 2017: El Callao; año 2018: Lima Norte; año 2019: Lima Este; y, año 2020: Lima Sur y Lima Centro.

Asimismo, resulta menester precisar que el reciente Decreto Supremo N° 012-2019-JUS, publicado el domingo 30 de junio de 2019 en el diario oficial “*El Peruano*”, ha prescrito que la fecha de entrada en vigencia del Código en la Corte Superior de Lima Este será el 1 de octubre de 2019. Igualmente, la misma norma ratifica que en los distritos judiciales de Lima Sur y de Lima Centro será el 1 de julio de 2020.

2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012			
PRIMERA FASE 1 de Julio	HUAURA	PRIMERA FASE 1 de Abril	TACNA	PRIMERA FASE 1 de Abril	TUMBES	CAJAMARCA	PRIMERA FASE - 15 de Enero	LIMA CENTRO	ANCASH
PRIMERA FASE 1 de Julio	LA LIBERTAD	AREQUIPA	LAMBAYEQUE	PRIMERA FASE 1 de Abril	LAMBAYEQUE	SAN MARTIN	LEY 29648 QUE MODIFICA LA DISPOSICION TRANSITORIA ÚNICA DE LA LEY NÚM. 29574.	LOS DEMÁS DISTRITOS DONDE AÚN NO SE IMPLEMENTA EL CÓDIGO	PASCO
			SEGUNDA FASE 1 de Octubre						
			TERCERA FASE 1 de Diciembre						
			ICA						
			CAÑETE						

2015	2016	2017	2018	2019	2020
PRIMERA FASE 1 de Abril	1 de mayo	1 de Julio	1 de Julio	1 de Octubre	1 de Julio
HUANGAVELICA					
AYACUCHO		CALLAO		LIMA ESTE	
JUNIN					LIMA SUR

Elaborado: Equipo Técnico de Implementación del NCPP

En la actualidad, el proceso penal peruano ha adoptado un modelo moderno e innovador denominado, por muchos juristas, acusatorio – adversarial; y, se caracteriza por ser más garantista y protector de los derechos fundamentales, en armonía con un Estado Democrático, Constitucional y Social de Derecho del siglo XXI. Por consiguiente, no cabe duda de que ello ha sido algo muy positivo y signo de evolución en estos tiempos como seguramente otrora lo fue el Código de Procedimientos Penales del año 1940. Asimismo, es menester mencionar que, aun encontrándonos en agosto de los corrientes, el Código Procesal Penal sigue surtiendo nuevos cambios en el sistema de justicia nacional, pues este nuevo modelo de proceso penal se viene adaptando e implementando por tramos en todo el país, lo que denota que ello significa un grandísimo cambio de las estructuras de las instituciones especializadas en lo penal y en el sistema de justicia estatal.

El Código Procesal Penal, entre varias cosas importantes, ha traído consigo e introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la medida cautelar de Prisión Preventiva. Se trata de una institución del derecho procesal penal nunca antes aplicada en nuestro país, la misma que ha reemplazado a la ya vetusta figura del Mandato de Detención. Ahora bien, el presente trabajo de investigación obedece a una cuestión muy recurrente e ineludible cuando la natural falibilidad de los operadores se deja entrever de cara a un novísimo instituto o figura legal.

En concreto, en este caso, al experimentar la aplicación de una institución del derecho adjetivo sin precedentes en Perú, forzosamente, a partir de ello se derivan algunos problemas hermenéuticos o de aplicación de la ley como el que será tratado en el presente trabajo de investigación. Dicho sea de paso, lo antes descrito de modo sucinto constituye la causa y, a su vez, eso mismo explicaría gran parte de la problemática que abordaremos, pues se ha logrado observar que la mayoría de los operadores jurídicos del sistema de justicia no llevan a cabo una interpretación del todo correcta y adecuada de las disposiciones legales, en específico, de las contenidas en el Código Procesal Penal de 2004.

Acerca de la Prisión Preventiva como tal se desprenden abundantes e innumerables temas de investigación importantes; empero, ¿en estricto, en qué consiste el presente trabajo de investigación que daremos a conocer? Básicamente, como sugiere el siguiente título: *“Problemas de interpretación del criterio de prognosis de pena en materia de Prisión Preventiva, según la casuística del distrito fiscal de Lima en el año 2017”*, nos avocaremos a

analizar de manera exhaustiva y profusa todo lo concerniente a uno de los grandes criterios a tener en cuenta para justificar y legitimar una Prisión Preventiva: la prognosis de pena.

En concreto, la prognosis de pena es el pronóstico del quantum de la pena que le será impuesta a un determinado procesado al final del proceso. Dicho de otra manera, en el marco de un proceso penal, no es otra cosa que la cantidad de años que le espera a un imputado por la comisión de algún delito. Este quantum o resultado se obtiene luego de haber realizado la subsunción, deteniéndose el operador en analizar la consecuencia jurídica del tipo penal -que es lo que más interesa para realizar el cálculo de años correspondiente-, las agravantes y las atenuantes particulares. Por lo tanto, consiste en conocer por anticipado la pena aplicable; o sea, los años de pena privativa de libertad al procesado en caso de que éste sea condenado.

De esta manera, cabe precisar que el criterio de la prognosis de pena se erige como solamente un único criterio entre tantos otros existentes que también han de ser analizados en su oportunidad. Sin embargo, sobre este punto también radica parte del problema en sí, debido a que una significativa mayoría entre los operadores jurídicos olvida lo mencionado líneas arriba y entienden, equivocados, además como consecuencia de una concepción inquisitiva caduca, que bastaría únicamente que un caso judicial verse sobre un delito con una prognosis de pena mediana o alta, prescindiendo *a priori* de la concurrencia del resto de criterios de igual valor para justificar una Prisión Preventiva; vale decir, que hacen una indebida sobrevaloración de un solo criterio y creen suficiente aislar este único criterio antes mencionado para así que fundamentar y justificar la medida de Prisión Preventiva sin la concurrencia de más criterios diferentes, lo que deviene en arbitrario, abusivo e injusto. Por consiguiente, siendo ello así, pues resultaría en la práctica que el “nuevo” Código quedaría como un texto meramente declarativo que difiere de lo que todos suponíamos serían normas que garanticen mejor –cuantitativa y cualitativamente hablando- la protección y vigencia de los derechos fundamentales. Dicho sea de paso, cabe mencionar que pese al error en que incurren varios autores, se debe aclarar que no existe un “nuevo” Código Procesal Penal, sino un nuevo modelo de proceso penal; y, además que, tampoco existió en nuestro país un “antiguo” Código Procesal Penal, sino el Código de Procedimientos Penales de 1940.

El presente trabajo de investigación se divide en cinco capítulos. El primer capítulo está referido a la metodología que se ha empleado a lo largo de toda la investigación y a la descripción integral y global de la problemática materia de estudio.

Luego, del segundo al cuarto capítulo, la investigación se enfoca en describir y explicar todo lo relacionado al problema de forma directa, pero tangencial. El segundo capítulo, “*Sobre la interpretación*”, es muy importante porque da luces sobre lo que debe entenderse por una interpretación válida y correcta, en todo momento, de la ley sustantiva y procesal; considerando, además, la peculiaridad que existe sobre la interpretación de la ley en materia penal. El tercer capítulo, “*El debido proceso*”, resalta la importancia y el valor de este grande y complejísimo derecho fundamental, toda vez que es el principal derecho que se ve vulnerado o afectado como consecuencia de llevar a cabo una interpretación inválida y errónea de la ley. A continuación, a través del cuarto capítulo, “*La Prisión Preventiva en Perú*”, conoceremos más a fondo la institución jurídica propiamente dicha, según la doctrina y la jurisprudencia; y, asimismo, cabe mencionar que sobre esta medida cautelar es que se presentan los problemas de interpretación en torno a uno de sus presupuestos materiales o grandes criterios como es la prognosis de pena.

Por último, en el quinto capítulo la investigación se centra en abordar el problema de fondo, de forma directa y específica sobre los problemas de interpretación del criterio de prognosis de pena. Puntualmente, son tres los problemas de interpretación que serán objeto de estudio; a saber, “*El problema de interpretación respecto al segundo presupuesto material de la Prisión Preventiva: la prognosis de pena superior a cuatro años*”, el cual está referido al problema de que los operadores jurídicos no saben determinar correctamente la pena que le corresponde a cada procesado en particular, porque se alejan de los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de la República para esos efectos. “*El problema de interpretación respecto al segundo criterio del peligro de fuga: la gravedad de la prognosis de pena*” está referido a que no se logra diferenciar con meridiana claridad el criterio para determinar el peligro de fuga relacionado a la prognosis de pena (numeral 2 del artículo 269° del Código Procesal Penal) y el presupuesto material de que la prognosis de pena debe superar los cuatro años de pena privativa de libertad (literal B del artículo 268° del Código Procesal Penal). Finalmente, “*El problema de interpretación respecto al resto de criterios del peligro procesal: la incongruencia, inidoneidad y abuso del criterio de prognosis de pena*”,

está referido a que alegando la concurrencia de pronosis de pena alta o elevada es que se pretende justificar cualquier otro criterio en materia de Prisión Preventiva a pesar de que no guarde ninguna relación, por lo que este tipo de argumentación deviene en incongruente e inidónea.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Planteamiento del problema

1.1.1. Descripción de la situación problemática

En la actualidad, en nuestro país se viene aplicando y ejecutando la Prisión Preventiva, una medida cautelar de carácter personal dictada por los jueces y que recae sobre el procesado a solicitud del representante del Ministerio Público en el marco de un proceso penal. Sobre este nuevo mecanismo se pueden desprender diferentes temáticas susceptibles de estudio o investigación. Éstas van desde cuestionar si la Prisión Preventiva se concibe como una desfavorable pena anticipada; si la Prisión Preventiva debe ser la última ratio y no la regla; si los elementos de convicción que motivan la apertura de un proceso penal alcanzan a tener la misma suficiencia y gravedad para justificar la Prisión Preventiva; cuáles son las pautas o nuevos criterios para determinar la existencia del peligro procesal en la Prisión Preventiva; si resulta imprescindible o no la presencia del procesado en la audiencia de Prisión Preventiva; entre otras. Y cada una de ellas ligadas, de forma directa o indirecta, a cada presupuesto material contemplado en la ley procesal, vale decir, a criterios generales recogidos en el artículo 268° del Código Procesal Penal, los cuales constituyen los pilares e inspiran dicha medida cautelar de carácter excepcional.

No obstante, la temática que será materia del presente trabajo de investigación no ha sido comprendida ni mencionada en el párrafo precedente, puesto que se trata, concreta, específica y exclusivamente del siguiente criterio: la prognosis de pena. Este criterio es muy importante, pues se trata del pronóstico del quantum de la pena que le será impuesta a un determinado procesado; vale decir, que este criterio permite conocer con antelación la pena privativa de libertad que le impondrán al procesado en caso de que éste sea condenado.

Dicho lo anterior y bajo esa línea, el problema consiste en que en la realidad y en la práctica común y cotidiana se advierte que un considerable número de operadores jurídicos están llevando a cabo una interpretación y/o aplicación errónea, incorrecta e indebida de la ley procesal en materia de Prisión Preventiva -como se verá en la casuística recabada del trabajo

de investigación-, lo cual acarrea un gravísimo perjuicio al procesado en su derecho a la libertad, derecho al debido proceso y derecho de defensa.

Ya sea por desconocimiento o abuso de las autoridades (negligente o intencionalmente), el perjuicio es evidente, lo que da lugar a la vulneración de derechos fundamentales y demás garantías del debido proceso. Por ejemplo: Si a un procesado de 19 años de edad la prognosis de pena resulta cuatro años y medio, pero esto sin que el fiscal haya considerado el atenuante de la imputabilidad restringida; con lo cual, al final la prognosis de pena sería por debajo de los cuatro años. Por lo tanto, lo que corresponde es la libertad del procesado y no el internamiento. En este caso particular, ni siquiera cabe solicitar la medida cautelar ante el juez; sin embargo, las solicitudes o requerimientos del fiscal igualmente se presentan pese a contar con ese tipo de vicios con una motivación aparente, ilegal e inconstitucional.

Dicha problemática se torna todavía más tangible y verificable en un espacio y tiempo determinados, en este caso, -la capital del país, siempre piedra de toque- el distrito fiscal de Lima y el distrito judicial de Lima; para lo cual contamos con la casuística del Ministerio Público del distrito fiscal de Lima del año 2017.

1.1.2. Importancia y justificación de la investigación

La importancia y justificación del presente trabajo de investigación radica, en esencia, además de su vigencia, en la real y efectiva protección de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona y, por ende, a todo procesado. En el artículo 2, numeral 24, literal E de nuestra Constitución Política se lee: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*; por tanto, para que las autoridades de un Estado Moderno y una sociedad civilizada de este tiempo sea consecuente y materialice dicha declaración, pues debemos respetar los derechos humanos o derechos fundamentales, el sistema jurídico que adoptamos y, asimismo, exigir una cabal interpretación y aplicación de la ley sustantiva o procesal.

Está claro que una adecuada y correcta aplicación siempre dará como resultado que las instituciones del Estado se legitimen cada día más ante el pueblo. De igual manera, así la sociedad en general demuestra un mayor progreso y evolución en el tiempo, sin espacio a la

impunidad y como consecuencia una sanción negativa a quienes sean responsables de perpetrar delitos.

Por otro lado, con la finalidad de entender por completo la problemática del presente trabajo de investigación, hemos logrado apreciar que, en especial, el debido proceso es el derecho fundamental que tiene mayor relevancia y predomina sobre cualquier otro. El debido proceso, denominado “*derecho continente*” en nuestra jurisprudencia, es un derecho complejo, implica demasiado y tiene varias manifestaciones. En particular, sobre este derecho la amenaza o vulneración incide con mucha notoriedad. Si bien es cierto, la Prisión Preventiva no es una sentencia o resolución que pone fin al proceso, sino una medida provisional; por consiguiente, y con mayor razón, durante el desarrollo de un proceso judicial la persona no puede ser objeto de violaciones o extralimitaciones por parte de las autoridades, siendo que éstas casi siempre parten de prejuicios arcaicos inquisitivos y actúan arbitrariamente como consecuencia de interpretaciones incorrectas de la ley.

Al respecto, no menos importante es reflexionar acerca de las causas de una interpretación inadecuada y equivocada de la ley, pues denota abierto desconocimiento o abuso del poder estatal. En cuanto a lo primero, el intérprete no realiza correctamente esa tarea porque tiene conocimientos técnicos deficientes, no está capacitado o simplemente es lego. En cuanto al segundo supuesto, pese a que el intérprete conoce bien la norma, a voluntad o adrede pretende aplicarla dándole un sentido más conveniente a sus intereses, de manera deliberada, y dicha situación preocuparía más todavía si proviene de un órgano estatal persecutor de delito, por lo que debe quedar proscrita dicha práctica porque vulnera derechos constitucionales y le causa considerable perjuicio al reo. El *ius puniendi* estatal no puede ser ilimitado y abusivo en un Estado de Derecho.

En último lugar, este trabajo quiere dejar claro, siguiendo la jurisprudencia nacional y mundial contemporánea, que la Prisión Preventiva no tiene un único fundamento. El criterio de la prognosis de pena, criterio penológico o pronóstico de la pena nunca alcanzará ni será suficiente para justificar una medida tan gravosa, severa y de última ratio como la Prisión Preventiva. Una solicitud, tratándose del fiscal; o, una decisión, tratándose del juez penal, que nada más se limita a dar razones vinculadas al criterio antes aludido, significa que se estarían basando en argumentos redundantes y trillados, sin que verdaderamente exponga la

conurrencia copulativa de todos los presupuestos materiales de la Prisión Preventiva, como manda la ley, en una misma proporción -cuando menos-; por lo que, de no ser así, todo ello deviene en una motivación aparente o insuficiente.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Pregunta general

¿Qué derechos fundamentales del procesado y cómo se afectan los mismos a causa de la interpretación inválida, errónea y contraria a Derecho de la ley procesal penal, en lo que respecta al criterio de la prognosis de pena en materia de Prisión Preventiva?

1.2.2. Preguntas específicas

Nº 1: ¿Qué se debe entender por el criterio de prognosis de pena?

Nº 2: ¿En qué consiste el problema de interpretación respecto a la prognosis de pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad?

Nº 3: ¿En qué consiste el problema de interpretación respecto a “*la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento*”?

Nº 4: ¿En qué consiste el problema de interpretación problema respecto al resto de criterios del peligro procesal, considerando la incongruencia, inidoneidad y abuso del criterio de prognosis de pena para pretender justificar la Prisión Preventiva?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar cómo y en qué medida se afecta el debido proceso y el derecho de defensa a causa de llevar a cabo una interpretación errónea de la ley procesal penal; en específico, en lo que respecta al criterio de la prognosis de pena en materia de Prisión Preventiva. El trabajo de

investigación describirá detalladamente los tres problemas de interpretación y propondrá la solución respectiva de cada uno.

1.3.2. Objetivos específicos

Nº 1: Delimitar clara y meridianamente el concepto de pronosis de pena.

Nº 2: Describir el error de interpretación con relación a la pronosis de pena, la misma que debe ser superior a los cuatro años de pena privativa de libertad para cada procesado en particular.

Nº 3: Describir el error de interpretación con relación al peligro de fuga, en el extremo referido a *“la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”*, previsto en el numeral 2 del artículo 269º del Código Procesal Penal.

Nº 4: Describir el error de interpretación con relación con relación al resto de criterios del peligro procesal, habida cuenta que existe incongruencia, inidoneidad y abuso del criterio de pronosis de pena para pretender justificar la Prisión Preventiva, lo cual deviene en inválido e incorrecto.

1.4. Hipótesis

1.4.1. Hipótesis general

En la actualidad, los operadores jurídicos, principalmente, fiscales, abogados y jueces, vienen afectando o vulnerando la libertad y el debido proceso y, especialmente, el derecho de defensa del procesado como consecuencia de interpretaciones erróneas de la ley procesal penal, en lo que respecta al criterio de la pronosis de pena en materia de Prisión Preventiva, ya sea por desconocimiento o de modo intencional. Tratándose de la medida cautelar de Prisión Preventiva, la persona procesada se encuentra privada de su libertad desde antes de que la audiencia se realice, por lo que la afectación de este derecho es potencial y de manera permanente. Además, las interpretaciones arbitrarias e inválidas violan el derecho de defensa porque no se acoge la interpretación correcta que, eventualmente, la defensa propone válida y

correctamente. En suma, la presente investigación demostrará que, al final, el debido proceso se quebranta porque aquél siempre se funda en derecho válido y vigente, lo que supone siempre interpretaciones correctas y adecuadas.

En un Estado Constitucional de Derecho no se puede concebir la idea de que aún exista un ejercicio abusivo por parte del Estado y rezagos de un sistema inquisitivo tan radical que pretenda imponer como regla general la prisión y la libertad como excepción, cuando, por el contrario, lo que debe primar en la actualidad es un sistema garantista y de respeto de los derechos fundamentales; pero, obviamente, sin que ello signifique la impunidad.

1.4.2. Hipótesis específicas

Nº 1: No se tiene claro lo que en realidad significa el criterio de pronóstico de pena, el mismo que tiene varias otras denominaciones que no deben llevar a confusión. Hoy en día no se logra diferenciar con claridad los presupuestos materiales de la Prisión Preventiva, siendo el criterio de la pronóstico de pena el que deberá ser abordado y tratado de manera profusa y, luego, se logrará distinguir cada presupuesto material en particular, lo que conllevará a que cada argumentación por parte del operador jurídico sea realizada más correcta y congruente.

Nº 2: Se viene afectando la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa del procesado, toda vez que el segundo presupuesto de la Prisión Preventiva es que la pronóstico de pena de cada procesado en particular debe ser superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; no obstante, para esos efectos existen pautas o reglas vinculantes de individualización, fundamentación y determinación de la pena, las mismas que no se vienen observando y cumpliendo a cabalidad, pues sólo de un forma muy genérica o superficial.

Nº 3: Se viene afectando la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa del procesado, toda vez que el tercer presupuesto es el peligro procesal, y una vertiente es el peligro de fuga, siendo que uno de los aspectos o circunstancias que se tiene en consideración para determinar si éste concurre o no es *“la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”*; sin embargo, de ninguna manera este extremo se puede equiparar con el segundo presupuesto ya antes analizado (*“que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”*), ya que, evidentemente, no se puede tratar de lo mismo.

Necesariamente debe existir una diferencia y ello no está claro; por el contrario, existe ambigüedad y oscuridad, lo que significa un serio problema.

Nº 4: Se viene afectando la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa del procesado, toda vez que cada criterio que sobre el cual se alegue su concurrencia debe ser debidamente fundamentado y sustentado por una argumentación que a su turno le correspondería; sin embargo, ello no se viene dando ni respetando, como quiera que para justificar la concurrencia de alguno de los varios otros criterios existentes de la Prisión Preventiva, sólo se invoca un trillado argumento (el criterio de la prognosis de pena), lo cual deviene en una manifiesta motivación aparente por la incongruencia, inidoneidad y abuso, pues ello no guarda relación para nada con lo que la ley en verdad exige. No es válido el abuso excesivo de un único argumento para justificar una medida.

1.5. Metodología

1.5.1. Diseño metodológico

En la presente investigación emplearemos el método hermenéutico-jurídico, ya que será imprescindible la interpretación de disposiciones constitucionales, legales e infralegales, así como abundante doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, especializada en materia penal sustantiva y adjetiva. Se desarrollará sobre el método de análisis del discurso, utilizando un enfoque cualitativo. Para terminar, la tipología de la investigación será descriptiva-analítica.

Se realizará una investigación de carácter cualitativo, ya que es un proceso que no tiene una secuencia definida. Se podría decir que es un proceso de carácter circular, ya que la hipótesis puede ser planteada antes de la recolección de información, como también puede ser durante o después de la recolección de datos, comprobándola luego del análisis e interpretación de la información recolectada. En conclusión, podemos decir que este método es más susceptible a cambios durante su desarrollo que el cuantitativo.

1.5.2. Técnicas para el procesamiento de la información

Para la presente investigación se empleará la siguiente técnica de levantamiento de información, durante los procesos de investigación y redacción: Utilización de fichas académicas para la administración de la información; revisión de informes, revistas y artículos en general relativos al tema; análisis de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional; análisis de la legislación nacional e internacional en materia de Prisión Preventiva; análisis de varios casos reales en materia penal ocurridos el año anterior; se consultará distintas fuentes bibliográficas y/o documentos; entre otras.

1.5.3. Criterios éticos y de rigor científico

Los criterios de rigor científico que utilizaremos en la presente investigación serán la transferibilidad y la veracidad. Transferibilidad referida a la trascendencia de la investigación a desarrollar para la doctrina, legislación y realidad internacional, la cual sin lugar a duda aportará de modo concreto soluciones a los problemas de interpretación respecto al criterio de la prognosis de pena en materia de Prisión Preventiva, pues la investigación puede ser aplicada a los casos que puedan surgir. Asimismo, la veracidad como criterio de rigor científico se expresará en la alta credibilidad de los textos y documentos científicos que utilizaremos en el curso de la investigación.

Se pondrán a relieve todas las problemáticas, fuentes consultadas y datos recolectados tal y como son, sin alteraciones. Esto con la finalidad de obtener resultados que en verdad coadyuven a la elaboración de conclusiones y recomendaciones adecuadas. Otro criterio a ser utilizado será el de flexibilidad, entendida también como neutralidad, pues en la presente investigación el autor será totalmente imparcial y objetivo, por lo que se garantizará una investigación real y no sesgará ningún tipo de punto de vista.

El principal criterio ético que se desarrollará en el trabajo de investigación será la honestidad de parte del investigador, tanto en la imparcialidad del análisis de los hechos, doctrina y legislación, así como la correcta citación bibliográfica de los textos especializados utilizados y sus autores.

1.5.4. Viabilidad de la investigación

Este trabajo de investigación es viable, ya que se dispone con el recurso humano, económico y material informativo para realizar el estudio en el tiempo previsto, utilizando la metodología que, al final, dará soluciones concretas a fin de corregir un problema actual y real, llevándose a cabo una interpretación jurídica válida y correcta que no atente contra los derechos de ninguna persona o procesado.

Por otro lado, la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional resultan ser bastante ilustrativas; y, la existencia de la misma institución en otros países, y la experiencia de éstos, sirven para establecer un símil y equiparar la interpretación y aplicación de las normas que regulan la Prisión Preventiva. Asimismo, en el desarrollo de toda la investigación se han empleado palabras o términos jurídicos, para lo cual se ha realizado la debida consulta con un diccionario jurídico actualizado.

Para ilustrar mejor, se dispone de dictámenes, resoluciones y/o documentación en general de las Fiscalías Provinciales del distrito fiscal de Lima y el Juzgado Penal de Turno del distrito judicial de Lima (ciudad) como fuente primaria que será consultada, revisada y analizada con exhaustividad para efectos de llevar a cabo el presente trabajo de investigación sobre Prisión Preventiva.

1.5.5. Limitaciones del estudio

El plazo de la presente investigación es de siete meses. La administración de justicia no permite el acceso de terceros a los expedientes judiciales relacionados a la materia de investigación. Por último, el financiamiento dentro de este trabajo de investigación es limitado, por lo que no se podrá viajar a otros distritos judiciales del interior del país para conocer el grado de intensidad de la problemática en otros lugares fuera de la capital.

CAPÍTULO II

SOBRE LA INTERPRETACIÓN

2.1. Métodos de interpretación

Como quien se pregunta si la gravedad es una variable constante o no; surge la pregunta qué es interpretar, y pues, según el Diccionario de la Real Academia Española, interpretar es “*explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto*”. Verbi gratia, la Biblia, los diez mandamientos, la ley o alguna sentencia. Otra acepción que tiene este infinitivo es “*determinar el significado y alcance de las normas jurídicas*”.

Ahora bien, se trata de métodos que le sirve a quien acude a la disposición para un entendimiento pleno, válido y razonado de la lectura, resultando así lo que se conoce como la norma. La norma es el resultante. No existe una única manera de interpretar las disposiciones porque este ejercicio, por su misma naturaleza, es libre e ilimitado. Es normal que pueda obtenerse más de una interpretación de algo.

En el presente, los métodos de interpretación más importantes e inmediatos que el hombre usa son los que este capítulo recoge; excluyéndose la *interpretación de oídas*, incluso anterior a la interpretación gramatical, puesto que realizarla no implica la lectura de algún texto, sino que basta con un contacto somero.

Según García Amado (2004):

El manejo del derecho tiene una de sus labores cruciales en la llamada interpretación jurídica. Que el derecho tenga que ser objeto de interpretación supone que hay un “*algo*”, una materia prima, que no habla por sí mismo, o no lo hace con perfecta claridad y precisión, de modo que entre esa materia prima que se supone que encierra cierto mensaje y los destinatarios de ese mensaje, sean quienes sean, se hace necesaria esa labor llamada interpretación y que llevan a cabo los intérpretes. La interpretación, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del Derecho. La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso sentido de ese “*algo*” de que

el derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese “*algo*” en cuanto precisado y aclarado.

Los métodos de interpretación son un componente central de la metodología jurídica práctica, y ésta es una rama muy relevante de la teoría del Derecho. “*Método*” etimológicamente significa camino, vía hacia una determinada meta o destino. Toda disciplina metodológica tiene como cometido proporcionar los indicadores o referencias que marcan el itinerario correcto hacia la meta que respectivamente se pretende. En el caso de la metodología de interpretación y aplicación del derecho se trata de mostrar qué criterios, referencias y modos de operar pueden asegurar la obtención de una decisión jurídica que pueda tenerse por correcta, teniendo en cuenta que en este campo lo correcto se presenta como lo sinónimo de objetivo e imparcial y, por tanto, como lo opuesto a arbitrario, subjetivo o tendencioso. (pp. 37-62)

2.1.1. El método literal o gramatical

Método de interpretación que consiste en llevar a cabo la lectura de la disposición escrita, y por el conocimiento del significado de los términos o proposiciones llegamos a entender qué fue lo que el legislador le quiso decir a la sociedad. Es el método más recurrente; a menudo, el primer contacto que tienen los operadores jurídicos con la disposición legal. La importancia de este método radica en que no atenta contra la lógica elemental, pues llegándose a determinar muy claro los significados de los términos jurídicos, queda excluida, por tanto, la idea de que algo sea y no sea a la vez. En ese sentido, Parménides, Sócrates, Platón y Aristóteles sostenían que es imposible que una misma cosa sea y no sea al mismo tiempo.

Para Anchondo Paredes (2012):

Este método, denominado por algunos como exegético, se propone encontrar el sentido de una norma o de una cláusula en el texto de las mismas. Es decir, a partir de su literalidad, se atribuye un significado a los términos empicados en la redacción por el legislador o por los contratantes. Con ayuda de las reglas gramaticales y del uso del lenguaje, se indaga el significado de los términos en que se expresa una disposición

normativa. Dicho significado suele coincidir con el lenguaje general empicado por los miembros de la comunidad, aunque en ocasiones es menester atender al lenguaje técnico que utiliza la norma jurídica. (pp. 37 – 38).

Kart Larenz (como se cita en Anchondo Paredes, 2012) sostiene que toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal, en la medida que sea capaz de fijar definitivamente el significado de una expresión. El enlace con el uso general del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquel que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos.

2.1.2. El método teleológico

Método de interpretación que considera y valora más lo abstracto que lo concreto. Es muy importante lo que se desprende de las disposiciones legales y que, en el tiempo, tienen una vigencia permanente; en pocas palabras, la finalidad de aceptación universal que pretende alcanzar la norma. En toda sociedad se gestan valores y fines; y, en realidad, para que éstos puedan materializarse o logren contemplarse, es imprescindible descubrirlo a partir de la interpretación teleológica. Este método ayuda a que se comprenda el cabal sentido de la norma, al tiempo que permite que sepamos a dónde nos conduce el cumplimiento de la misma.

A mayor abundamiento, la teoría tridimensional del Derecho del recientemente fallecido jurista peruano, Carlos Fernández Sessarego (2006), explica que no basta estudiar la norma y el hecho, sino también el valor. Nótese, por tanto, la valoración de este último como un elemento meramente abstracto. Los fines o la finalidad de la norma revisten abstracción para el intérprete.

Esta interpretación consiste en atribuir significado a una norma o a una cláusula atendiendo a la finalidad del precepto o del pacto. El legislador que crea la ley o las partes que celebran el contrato se proponen uno o varios fines de los cuales las normas o las cláusulas son un medio; por lo que la interpretación quiere debe realizarse teniendo en cuenta esos fines o propósitos buscados. Lo anterior supone la búsqueda

del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma. Los fines que el creador de la norma intenta alcanzar son por regla general “*finés objetivos*”; esto es, perceptible, determinable y vinculado a una realidad conocida. No se refiere a los fines subjetivos de alguna persona o de un grupo determinado, sino a los objetivos racionales que son propios del orden jurídico prevaleciente. (Anchondo Paredes, 2012, pp. 48 – 49)

Ramón Real (1979) señala lo siguiente:

La interpretación teleológica contribuye también, poderosamente, a la permanencia, vitalidad y dinamismo, de la Constitución, al adecuar, racionalmente, la solución de los casos concretos a los principios cardinales de la organización y en especial a la ideología o filosofía del régimen político, democrático-republicano. Dicha ideología se expresa en el contexto constitucional y especialmente en la parte dogmática o declarativa, de donde se infieren los fines del Estado, sus cometidos, su relación con los individuos, los grupos sociales y la comunidad, y los valores supremos de bien común a los que debe tender la vida política. (p. 69)

2.1.3. El método histórico

Método de interpretación que analiza y se realiza atendiendo a un contexto o época determinada. Este método ayuda a resolver cuestiones del pasado, de cómo se concibió la norma, cuáles fueron las causas que dieron lugar a su creación o aparición en el ordenamiento jurídico. Verbi gratia, la Exposición de Motivos, el preámbulo de una norma o el diario de debates del Poder Legislativo. En tanto que la disposición puesta a interpretación sea más antigua, adquiere mayor relevancia y necesidad emplear el método histórico. La historia por sí misma siempre nos concede muchas respuestas y explicaciones a problemas contemporáneos del día a día.

En el mundo, hasta la actualidad, la historia como ciencia para nada ha perdido relevancia, sino todo lo contrario, y tan es así que, por citar un ejemplo, en nuestro continente, en el Norte de América, en Estados Unidos de América aún subsiste el partido republicano; y,

Brasil sigue limitando por el norte con Francia. Al parecer, todo nos conduce a pensar que ineludiblemente la historia y el Derecho son disciplinas que siempre estarán íntimamente ligadas y serán interdependientes.

Anchondo Paredes (2012) afirma que

la interpretación histórica estudia los contextos anteriores que puedan influir en el entendimiento actual de las normas. A veces las perspectivas gramatical o sistemática dejan abiertas ciertas interrogantes que se reducen a la pregunta: ¿qué quería el legislador al crear la norma? La intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas por el encontradas para conseguir manifiestamente esa intención, siguen siendo una pauta vinculante para el juez, incluso cuando acomoda la ley -por la vía de la interpretación teleológica o por la vía del desarrollo del derecho- a nuevas circunstancias no previstas por el legislador, o cuando la complementa. (p. 45)

2.1.4. El método sistemático

Catalogado por muchos el método de interpretación más seguro, fiable y que logra garantizar al operador jurídico mayor convicción respecto a la correcta y adecuada interpretación de la norma, sea de la jerarquía, rango o fuerza, que fuera. No se puede olvidar que la Constitución Política del Estado es la norma suprema en nuestro ordenamiento jurídico y está por encima de las demás leyes y disposiciones (*Stufenbau*²).

Este método nos recuerda que el ordenamiento jurídico es una unidad y que, internamente, no tolera, no concibe ni resiste contradicciones, así como también nos demuestra la autosuficiencia que puede alcanzar para resolver antinomias o vacíos legales. Las normas no pueden llegar a tener una correcta interpretación si en el proceso interpretativo no se engloba o se deja de lado importantes elementos como son los principios, los valores, los fines, la jurisprudencia, la doctrina, entre otras instituciones que reconoce el derecho peruano e internacional. Bajo esa línea de entendimiento, entonces, es un acierto del

² Según la teoría general del Derecho, es la construcción escalonada o jerarquizada de las normas que componen el ordenamiento jurídico, en la expresión acuñada por la escuela de Viena (Merkel, Kelsen, Verdross).

neoconstitucionalismo demandar y mantener un método de interpretación tan inclusivo, comprensivo y versátil.

Anchondo Paredes (2012) señala lo siguiente:

Esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte. Un precepto o una cláusula deben interpretarse no de forma aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento o del negocio en cuestión. La razón es que el sentido de una norma no sólo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas. Las normas jurídicas no pueden ser comprendidas fuera del contexto al que pertenecen; el sentido de un enunciado normativo muchas veces se ve completado por otros enunciados pertenecientes al mismo ordenamiento o a uno distinto, por lo que en rigor la interpretación de las normas jurídicas no puede hacerse sobre la base del aislamiento de los enunciados. Para obtener una regla de derecho completa es preciso hacer una compleja travesía constructiva por muchos enunciados, es decir, por muchas normas. (pp. 41 – 42)

2.2. El principio *in dubio pro reo*

Al llevarse a cabo la interpretación de la ley -sobre todo en materia penal-, frente a alguna duda que eventualmente surja sobre la responsabilidad penal del imputado o la definición de su situación jurídica, pues, deviene en aplicable el principio *in dubio pro reo*. La presunción de inocencia que a cualquier persona le favorece inspira este principio. Bien sabido es que siempre partimos de la idea de que a las personas no se les presume culpables por más que le atribuyamos la comisión de un delito. Esta prerrogativa personal tiene sustento constitucional directo en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo y puede ser invocada en cualquier etapa del proceso, incluso en la etapa decisoria del proceso y en la en ejecución de la sentencia.

Bernal Cuellar (1996) nos dice que “la institución del *in dubio pro reo* es la máxima concreción de la presunción de inocencia como principio de carácter constitucional, consiste en resolver toda duda que sobre la responsabilidad pueda presentarse a favor de la persona procesada”. (p. 198)

En la teoría de los derechos fundamentales y del derecho procesal moderno el principio “*in dubio pro reo*” es considerado como un componente sustancial del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Este entendimiento de la presunción de inocencia, por otra parte, está respaldado por la historia del principio “*in dubio pro reo*. (Bacigalupo Zapater, 1988, p. 365).

Al respecto, Sentís Melendo (1971) señala:

El estudio idiomático del aforismo no brocardo nos ayuda a situar la cuestión o a plantear los problemas a que el principio da lugar. Y entonces hay un encuentro con la necesidad de establecer cuál es el ámbito de aplicación de ese principio: ¿sólo el derecho penal o todas las zonas del universo jurídico? No se puede por menos de adelantar el planteamiento. Se trata de dictar sentencias; el aforismo contiene una orientación para el juez en cuanto a la forma de realizar su función juzgadora. Esa función se cumple de igual manera cualquiera que sea la materia del proceso o el objeto litigioso. Sentenciar acerca de una servidumbre de paso o acerca de un parricidio exige actividades de la misma naturaleza: determinar una norma y establecer unos hechos que han de subsumirse bajo ella. El problema de la especialización o no del juez es cuestión diferente: especializados o no, el juez de lo penal y el juez de lo civil tendrán que resolver sobre conductas; lo que ocurre es que esas conductas ofrecen peculiaridades según que se refieran a actos desarrollados en el campo penal o en el campo civil; el mismo acto puede merecer una calificación u otra: se tiene el caso típico de los actos culposos, en particular del atropello de automóvil, que puede constituir culpa penal o culpa civil, y que no por eso deberán ser contemplados con cristales de colores distintos. (pp. 510 – 511)

2.3. La discrecionalidad del juez

Únicamente se presenta en casos difíciles o; en materia civil, en casos donde hallan zona gris o zona de penumbra. Puede entenderse como una facultad exclusiva de quien juzga frente a casos que dan lugar a la duda, incertidumbre, ambigüedad o confusión (fundadas); por lo que, para poner fin al problema de interpretación, el juzgador, haciendo la excepción, se ve obligado a pronunciarse un tanto diferente a lo acostumbrado porque éste no apela a argumentos puramente de Derecho, que al parecer no alcanzan; sino también argumentos morales, filosóficos, políticos, religiosos o conexos. El juez goza de una mayor libertad para resolver y pronunciarse en un determinado sentido porque el mismo ordenamiento le habilita para tal fin.

En ese sentido, la discrecionalidad, se entiende, dada la necesidad, como una forma particular que tiene el juez para interpretar los preceptos, encontrando una particular solución para resolver el caso. En apariencia, el pronunciamiento del juez no tiene asidero legal o se aleja de la estricta y rigurosa taxatividad de la ley. La discrecionalidad, más que la mera aplicación directa de la ley, como sucede de ordinario, vendría siendo un personalísimo y complejo razonamiento o fundamentación a la que arriba el juez y aporta para la solución de ese tipo de casos.

A mayor abundamiento, García Amado (2006) explica lo siguiente:

¿Qué significa aquí discrecionalidad? Con este término aludimos a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando se afirma que tal discrecionalidad existe en algún grado, se quiere decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico. Tal cesión de espacios decisorios al juez, semejante campo para su decisión discrecional, puede deberse a dos causas: o bien a que las mismas normas hayan querido expresamente

remitir al juez la fijación de la pauta decisoria, caso por caso, como cuando son esas mismas normas las que dicen que en un determinado asunto el juez fallará discrecionalmente, decidirá en equidad, etc.; o bien a que las normas jurídicas, prácticamente todas, están hechas de un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, indeterminado en alguna medida, por lo que siempre pueden aparecer casos cuya solución resulte dudosa o equívoca a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y completarlas por vía de interpretación o integración. (pp. 151-152)

Guastini (1999) sostiene que “es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos”. (p. 44)

Zambrano Tiznado y Agüero San Juan (2009) refieren que “existe un razonamiento moral para determinar la existencia de discrecionalidad, en este sentido siempre el razonamiento jurídico incluye un razonamiento moral, pero, además, de existir dicha discrecionalidad el juez está autorizado para fallar utilizando consideraciones morales”. (p. 330)

En esa misma línea, Ruiz Ruiz (2010) explica que:

El juez de nuestro tiempo goza -y así debe ser, nos guste más o menos- de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos y, muy relacionado con lo anterior, del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica. (p. 120)

Por un lado, tenemos a H. L. A. Hart, uno de los más influyentes exponentes de un positivismo lingüístico-sociológico, con su teoría sobre los casos difíciles, donde

acepta de antemano que la ley escrita no contiene respuestas definitivas a todo hecho social, abriendo la posibilidad de aceptar un alto margen de discrecionalidad judicial en la resolución de los conflictos jurídicos. (Echeverry Restrepo, 2008, p. 211)

2.4. El principio de legalidad

La importancia de este principio radica en que las infracciones penales sólo se regulan a través de leyes y no otras disposiciones, menos todavía mediante normas de inferior jerarquía. En materia tributaria implica lo mismo y es quizá el principio más invocado.

La ley penal será válida en tanto sea escrita, sea previa a la comisión de la infracción y sea cierta o bastante inteligible para los efectos de realizar una correcta interpretación. Este principio no concurre si hay algo que la ley de la materia no ha considerado jurídicamente relevante o simplemente no la ha recogido para su tratamiento y aplicación.

Lamarca Pérez (2011) sostiene que

entendido como expresión de la seguridad jurídica, cabe derivar entonces dos exigencias técnicas como son, en primer lugar, el carácter taxativo y preciso de las normas penales, la ley debe ser "*lex certa*" excluyéndose de las normas, en la medida de lo posible, los elementos de carácter normativo o las cláusulas generales y, en segundo lugar, la prohibición de las leyes "*ex post facto*", es decir la ley debe ser "*lex praevia*", o lo que es lo mismo, el hecho ha debido ser declarado delictivo con anterioridad a su realización, si bien es verdad que esta segunda consecuencia se halla modulada por el principio "*favor libertatis*" que permite la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables. El principio de legalidad debe ser también entendido como expresión del principio democrático-representativo. Desde esta perspectiva, el principio de legalidad no sólo debe garantizar el imperio de la ley frente al activismo judicial y exigir la previa tipificación de las conductas delictivas, sino que, además, debe asegurar que el contenido de la ley constituye una expresión de la voluntad general. Ello significa que son los propios ciudadanos, a través de sus representantes políticos, los que deben decidir lo que está prohibido o permitido, es lo que se denomina principio de reserva de ley que supone que sólo el parlamento, como órgano

representativo, puede definir los delitos, establecer las penas, ordenar el procedimiento para su aplicación y regular la forma de su ejecución; son las llamadas garantías criminal, penal, judicial y de ejecución.

El principio de legalidad suele formularse bajo el aforismo, atribuido a Feuerbach (1847), “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, es decir, no hay delito ni pena sin una ley que lo tipifique, una ley que debe ser previa a la comisión del hecho delictivo y una ley que debe serlo también en sentido formal, esto es, una norma emanada del parlamento como órgano de la representación política. (pp. 157 – 158)

Los tres aspectos clásicos de una de las formulaciones del principio de legalidad: la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege previa*), la reserva de ley (*nullum crimen sine lege scripta*) y la exigencia de certeza o determinación (*nullum crimen sine lege stricta o sine lege certa*). (Moreso, 2001, p. 525)

2.4.1. El principio de taxatividad

El principio de taxatividad se desprende del principio de legalidad, porque al interpretar, sobre todo las leyes penales, en la medida que más específica o tasada se encuentre la regulación de la conducta mejor será. La taxatividad robustece la seguridad jurídica y la predictibilidad. Por ejemplo, si la norma penal prescribe que la conducta será típica y agravada si el agente al cometer la conducta delictiva emplea un arma de fuego, debe entenderse que sólo se considerará ésta y no un arma blanca o arma de distinto tipo. Otros ejemplos de taxatividad, lo vemos bastante en el Derecho Constitucional en cuanto al respeto de la separación de poderes y las competencias tasadas, es decir, cuando la ley fija los límites y establece exacto cuáles son las únicas atribuciones que tienen determinados funcionarios públicos para el normal y correcto desempeño en la función en el Estado.

Siguiendo a Carbonell (2006):

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del

genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.

Violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita, las que castigarán bienes jurídicos intangibles o referidos a conductas que no generen daño alguno, así como aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas. (pp. 180-181)

Sobre el principio de taxatividad, Hassemer (1992) ha dejado claro que éste

es enemigo de un derecho penal flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes. Ello no requiere, sin embargo, que el legislador introduzca términos imprecisos, basta con que utilice unos términos tan flexibles y amplios que puedan ser utilizados en todas las ocasiones.

El principio de taxatividad exige que el legislador penal describa de la forma más precisa posible qué formas de comportamiento quiere ver castigadas y cómo. (pp. 245, 248).

“Este principio se opone a la ambigüedad o anfibología (pluralidad de dos o varias acepciones igualmente válidas) y a la indeterminación o vaguedad (incertidumbre sobre la inclusión o exclusión de objetos)”. (Nieto, 2003, p. 525)

Para Moreso (2001):

El principio de taxatividad exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales. Esta exigencia suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos.

A menudo, se afirma que la taxatividad exige que las leyes penales contengan, en la descripción de los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a una sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos sean lo más precisos que sea posible. Es decir, que la vaguedad que afecta a todos los conceptos generales, incluidos los empíricos, sea reducida en la mayor medida posible. (pp. 526-527)

2.4.2. Establecimiento de “*numerus clausus*”

“*Numerus clausus*” es el latinismo opuesto a “*numerus apertus*”. Por un lado, el primer aforismo hace referencia a que en la ley puede establecerse una numeración finita o cerrada; mientras que “*numerus apertus*” establece una numeración abierta e ilimitada; por ejemplo, el artículo 3° de la Constitución Política de 1993.

El presente trabajo de investigación propone como solución a la problemática relacionada con la prognosis de pena, que la propia ley procesal penal enumere los delitos que se consideren realmente graves y tengan penas muy elevadas al punto que, de modo indubitable, podamos considerar que algunos delitos cumplen con la circunstancia agravante de “*la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento*”, diferenciándose así de cualquier otro delito con penas privativa de libertad que superan los cuatro años sin más.

Una propuesta de ley que contemple colocar claramente en la ley un “*numerus clausus*” de los delitos que tengan como consecuencia jurídica penas muy drásticas y graves pondría fin al problema de duda o ambigüedad sobre diferenciar delitos con prognosis de pena superior a cuatro años y delitos con prognosis de pena grave. Se trata de una solución contundente y eficaz que no deja espacio a la discrecionalidad al momento realizar la interpretación de la ley procesal en materia de Prisión Preventiva y le franquea al operador una aplicación más pragmática de la misma.

CAPÍTULO III

EL DEBIDO PROCESO

3.1. Definición

El debido proceso es el mecanismo jurídico que sirve para exigir el respeto y cumplimiento de todos los derechos, garantías y obligaciones que tiene el hombre y que el ordenamiento reconoce. La justicia es *dar dignamente algo*. La justicia, además, es uno de los fines del Derecho y a través del debido proceso se puede alcanzar. Aquella se materializa para quienes la demanden en su oportunidad. Implica un proceso -no necesariamente extenso, complejo o lento- desarrollado y compuesto por una serie de etapas conducentes a una decisión justa para las partes, en especial, para quien la razón le asiste. Por ello, al momento de que alguna de las partes invoca el respeto de las garantías relacionadas con la forma y el fondo del procedimiento es cuando el debido proceso se manifiesta. Únicamente a través del debido proceso una persona puede ser juzgada y sentenciada; en materia penal, condenada o absuelta.

El artículo 8°, 10° y 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra el debido proceso. La doctrina le describe como un derecho muy complejo porque, en efecto, son muchos derechos, garantías y prerrogativas que concentra el debido proceso; por ejemplo: el plazo razonable; el juez natural; la doble instancia; la motivación de las resoluciones judiciales; la cosa juzgada; la fórmula Miranda; la igualdad de armas; entre otras.

Salmón & Blanco (2012) aseguran que el proceso

es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. En este sentido, dichos actos sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. En buena

cuenta, el debido proceso supone el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales. (p. 24)

Otra definición es la que da a conocer Sarango Aguirre (2008):

El debido proceso es el conjunto de derechos propios de las personas, de carácter sustantivo y procesal, reconocidos por la Carta Política, que procura la igualdad de las partes, la tutela judicial efectiva y un juicio justo y sin dilaciones, en suma, el respeto de las garantías fundamentales y a obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso transparente”. (p. 15)

Agudelo Ramírez (2005) dice que

el debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela clara de sus derechos. Es un derecho fundamental que se integra generalmente a las partes dogmáticas de las Constituciones escritas reconocido como un derecho de primera generación en cuanto hace parte del grupo de derechos denominados como individuales, civiles y políticos, considerados como los derechos fundamentales por excelencia. (p. 90)

3.2. El debido proceso en nuestra jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 03075-2006-AA, (Derecho procesal de carácter genérico):

4. Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda

claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.

La doctrina y la jurisprudencia son claras en sostener que el debido proceso no sólo se manifiesta en sede judicial o sede constitucional como se suele pensar y concebir tal derecho, pues también está presente en otras como la administrativa, corporativa, particular, parlamentaria, castrense, arbitral, laboral, disciplinaria, etcétera. En otras palabras, se puede decir que al ser un derecho fundamental tan complejo, amplio y extenso alcanza cualquier campo o espacio donde se discuta Derecho y se resuelvan conflictos de intereses o litigios en general. El debido proceso comprende además del estudio y análisis de las cuestiones meramente procedimentales, las cuestiones de fondo que son sustanciales o propias del problema en sí que se discute.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 00023-2005-AI, (Características):

47. Dentro de las características principales del derecho al debido proceso cabe destacar las siguientes:

a) Es un derecho de efectividad inmediata. Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”.

b) Es un derecho de configuración legal. En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien

algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derechos “en blanco”, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

c) Es un derecho de contenido complejo. No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales.

Se trata de un derecho fundamental y, por consiguiente, tiene sustento constitucional directo con efectividad y exigibilidad inmediata por cualquier ciudadano. Incluso los legisladores no pueden contravenir el derecho al debido proceso, porque les trasciende. No obstante, es de configuración legal porque de alguna manera depende de la ley para su pleno y completo desarrollo. De otro lado, es un derecho de contenido complejo, pues no es fácil identificarle como único o autónomo entero porque contiene muchísimas garantías o atributos. Este derecho concentra una pluralidad de elementos. Además, pese a que existen otros derechos fundamentales independientes, se les reconoce rápido una conexidad y estrecha relación con el debido proceso.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA, (Dimensiones: debido proceso formal y sustantivo):

15. En el caso de autos aparece que lo que se cuestiona mediante el presente proceso constitucional es una resolución con la que se pone término a un proceso administrativo sobre competencia desleal. Dentro de dicho contexto, es pertinente precisar que desde el punto de vista de los supuestos impugnatorios posibles, pueden darse hasta dos situaciones:

a) Que lo que se cuestione sea el procedimiento utilizado para adoptar la decisión.

b) Que se cuestione directamente el fondo de la decisión adoptada.

Mientras que en el primer supuesto, se trata de una evaluación configurada desde la óptica del debido proceso formal o procedimental, en el segundo supuesto, es más bien el caso de una evaluación proyectada desde la óptica del debido proceso material o sustantivo.

En ese sentido, de lo que aparece descrito en la demanda, se aprecia que son ambos aspectos los que de alguna manera se solicita merituar en sede constitucional, ya que mientras, por un lado, se alega determinadas transgresiones al derecho de defensa, acontecidas dentro del procedimiento administrativo del cual derivó la resolución objetada, por otro lado, se solicita evaluar diversos extremos contenidos directamente en el citado pronunciamiento administrativo, los cuales la recurrente considera directamente lesivos a sus derechos constitucionales.

Este Colegiado, según lo que aparece señalado en los fundamentos precedentes, y consecuente con lo que ha sido la jurisprudencia uniformemente emitida hasta la fecha, es competente para analizar cualquiera de dichos aspectos, y según el tipo de nivel o transgresión producida, pronunciarse por la tutela del debido proceso formal o por la del debido proceso sustantivo.

Cuando se invoca la vulneración del debido proceso formal y sustantivo, esto quiere decir que el juez constitucional se encuentra facultado para poder pronunciarse sobre el procedimiento que utilizaron para adoptar una decisión, y sobre el directo fondo de la decisión que se adoptó. En el primer supuesto no hay mayor polémica y son la mayoría de casos que se presentan donde el juez constitucional aporta la solución; mientras que en el segundo supuesto, el pronunciamiento del juez constitucional se limita, ya que dependerá de que la vulneración del debido proceso sustantivo sea manifiesta, pues la regla es que el

encargado de resolver las cuestiones sustanciales o de fondo debe ser sólo el juez ordinario, como quiera que este último está capacitado y domina mejor una determinada materia especial.

3.3. El nuevo modelo del proceso penal peruano

Antes, con el Código de Procedimientos Penales de 1940, el modelo era inquisitivo y predominaba mucho la escritura. Todos los sujetos procesales se asignaban la función de investigar, investigar e investigar exhaustivamente para alcanzar y probar la verdad en el caso. La ley ordenaba que también los jueces lleven a cabo la instrucción. Los recursos y escritos ante el órgano administrador de justicia eran demasiados que casi se veía muy atiborrado y en colapso, lo que retardaba una decisión justa. La oralidad no era la actividad que tenía mayor preponderancia, excepto en la etapa del juicio oral, la cual se producía casi al final del proceso.

El nuevo modelo procesal promete una justicia más célere. Hoy en día, este nuevo modelo propone algo diferente, donde predomina la dialéctica, el debate, la exposición y la oralidad tanto de la parte que acusa e investiga (el fiscal) como de la defensa técnica (el abogado). El principio acusatorio le atribuye función de investigación al Ministerio Público, antes que a cualquier otro sujeto procesal. En teoría, es así que debe surgir de ella la verdad de los hechos.

Se distingue mejor la función exclusiva del juez, quien pone fin al proceso y vela por las demás garantías propias del procedimiento. El juez renuncia a ser inquisitivo, esto es, que la intensidad de la función de investigación se reduce para que ahora pase a ser una autoridad sumamente garantista. El balance final resultaría ser que se tiene un sistema de justicia más célere, rápido, eficaz y que no mezcla ni altera las funciones inherentes de cada parte interviniente en el proceso.

El cambio del sistema inquisitivo-mixto a uno acusatorio con matices adversariales traerá también una modificación importante en lo que respecta a la medida cautelar de carácter personal. Sabido es que con el nuevo modelo la Prisión Preventiva es una medida excepcional a diferencia del modelo inquisitivo mixto vigente aun en algunos

distritos judiciales que constituye la regla en un gran porcentaje. (Mendoza, 2009, p.1)

Riego & Duce (2009) sostienen que

un segundo cambio estructural en la lógica del nuevo sistema emana del hecho que la reforma ha significado una clara separación de funciones entre el órgano responsable de la persecución penal (encargado de evaluar la necesidad y luego solicitar las medidas cautelares personales) y el órgano jurisdiccional (encargado de decretarlas). El hecho que la reforma haya creado a fiscales con responsabilidades de llevar adelante la persecución penal con un rol claro ha permitido que los jueces se encuentren en una posición institucional que garantiza de mejor manera su independencia e imparcialidad para resolver la procedencia de las medidas cautelares. En este sentido una gran ventaja o garantía de este nuevo esquema procesal está en el hecho que el juez no se encuentra comprometido con los intereses de la persecución penal y, por lo mismo, se encuentra en una posición de mucho mayor libertad para rechazar solicitudes de Prisión Preventiva presentadas por un fiscal que no satisfagan las exigencias establecidas por la ley para proceder. Dicha intervención judicial se produce en momentos muy tempranos en caso que una persona haya sido detenida, por lo que la garantía de intervención judicial se hace operativa de forma rápida. (p.166)

En ese orden de ideas la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. Es de destacar como una nota trascendental la implantación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad, permitiendo de esa forma un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre. El proceso

común u ordinario, desarrollado siguiendo las líneas antes trazadas, se divide en tres etapas: Investigación Preparatoria, Etapa Intermedia y Juzgamiento³.

3.4. Algunos principios del proceso penal peruano que garantizan el debido proceso

3.4.1. El principio de la presunción de inocencia

Presumir inocente a alguien es como presumir la buena salud del ser humano. La presunción de inocencia es la presunción ordinaria de la persona ante cualquier tipo de imputación de comisión de un delito. La excepción a esta regla son los casos especiales donde la carga de la prueba se invierte (lavado de activos o enriquecimiento ilícito) y *la ignorancia supina* del agente.

Aguilar López (2015) hace mención de que

el principio de presunción de inocencia como derecho humano, tiene como base estructural el *ius puniendi* del Estado ya señalado; busca mantener un sistema equitativo de justicia que lo proteja frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia, lo que ha generado violaciones graves a los derechos de la persona, bajo el imperio de la ley, del yugo y justificación de un Estado totalitario, en el cual se restringe su dignidad. (p. 76)

Respecto a este principio, Bernal Cuellar (1996) afirma lo siguiente:

Trátase de indicio o de presunción, debe quedar en claro, que por su propia naturaleza admite prueba en contrario y por ello hemos afirmado que la hipotética inocencia de la persona se desvirtúa a medida que el proceso avanza y se adoptan decisiones que comprometen severamente la responsabilidad. Como categoría jurídica puede aceptarse el concepto de inocencia, entendido como un postulado estático que requiere la valoración que de cualquier persona hace el resto del conglomerado social. (p. 197)

³ Segunda Parte de la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, D. Leg. N° 957.

3.4.2. El principio de contradicción

Este principio permite a las partes, a la vez que oyen a los sujetos procesales y son oídas por el juzgador, poder confrontar las alegaciones sobre cómo se suscitaron los hechos, las pruebas que ingresan y los argumentos jurídicos propiamente dicho. Está muy relacionado con el principio de inmediación o inmediatez, debido a que el juez en directo presencia la dialéctica, el debate y la contradicción; por tanto, ello le permitiría al juez colegir y arribar a conclusiones habiendo examinado idónea y suficientemente a las partes. La contradicción supone que las alegaciones de cargo y las alegaciones de descargo colisionen y se enfrenten directamente.

En el proceso común, donde hay más contradicción de forma oral es en la etapa de juzgamiento, la cual es la última en el proceso común. Habría que decir, también, que ello se produce necesariamente en cualquier audiencia bilateral en la que se desarrolle un proceso penal.

Sobre este principio, es interesante conocer una posición un tanto diversa desde una perspectiva más reglada al derecho civil como la aportada por Monroy Gálvez (2009):

Además, se le conoce con el nombre de principio de bilateralidad y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria. Adviértase que lo trascendente es el conocimiento: la actividad que el notificado o informado realice después de producido el acto informativo puede o no presentarse. Éste es un tema secundario, lo importante es que conoció el acto en el momento oportuno. Ésta es la razón por la que el principio en estudio está directamente ligado al objeto de la notificación procesal.

En los estudios procesales contemporáneos, se considera la existencia de un deber del emplazado de comparecer. Es decir, así como toda persona tiene el derecho de recurrir al Estado pidiendo tutela jurisdiccional, también cualquier persona tiene el deber de comparecer cuando, en ejercicio de dicha tutela, otra persona le pide al Estado lo

emplazado para el inicio de un proceso. Ante la imposibilidad de regular una sanción personal contra quien no comparece -dado que tal acto importaría una violación a la libertad individual-, la doctrina también ha evolucionado, por eso ahora los ordenamientos procesales modernos han optado porque los mecanismos de sanción de la rebeldía o contumacia sean más enérgicos y, sobre todo, referidos a la situación procesal del emplazado, la que sufre un disvalor cuando éste no comparece, a tal extremo que bien puede significar que pierda el proceso. Este principio es tan esencial al concepto del proceso que prácticamente lo identifica. Así se expresa también Eisner. No hay posibilidad de tramitar válidamente un proceso si es que éste no consiste en un intercambio de posiciones, fundamentos, medios probatorios, alegatos de los interesados y directamente afectados con lo que se resuelva al final de éste. Reiteramos, la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es abstracto.

Como resultado directo de este principio, podemos decir que en una sociedad civilizada una sentencia -la decisión que regularmente se expide al final de un proceso judicial- sólo produce efecto respecto de las personas que han participado en él ejerciendo sus derechos o pudiendo haberlos ejercido. En concreto, este principio significa que un proceso sólo será válido desde su inicio, en tanto el demandado sea emplazado correctamente y se le conceda el tiempo necesario para que conteste la demanda, pruebe, impugne y alegue al igual que el demandante, durante el transcurso de todo el proceso. Afirmamos que -salvo situaciones excepcionales previstas por la norma procesal- en un proceso un juez no expedirá decisión que afecte a las partes sin antes conocer cuál es la posición de éstas al respecto, o por lo menos hasta no haberles concedido la oportunidad de expresarla. (pp. 177 - 179)

3.4.3. El principio de igualdad de armas

Un valioso principio que garantiza a las partes, en los procesos, tener las mismas oportunidades, los mismos recursos y el mismo tratamiento ante cualquier autoridad u órgano del sistema de justicia en cualquier etapa del proceso. No sólo se trata de la igualdad ante la ley sustantiva, sino también ante la ley procesal, y ante las disposiciones o los lineamientos

establecidos por un juez o un tribunal. La igualdad de armas socializa el proceso y lo vuelve más equitativo, de tal suerte que no exista, injustamente, desnivel o disparidad entre ninguna de las partes.

Cabe mencionar que este principio está muy relacionado con el principio de imparcialidad del juez, el cual prescribe que el juez es un tercero en la relación procesal y que se encuentra obligado a mantener una postura neutral sin tomar partido, ya que ello vulneraría el debido proceso e inclinaría la balanza de manera ilícita.

Al principio de igualdad de armas también se le conoce como el principio de socialización del proceso. Sobre el particular, Castillo Quispe & Sánchez Bravo (2013):

El denominado principio de socialización del proceso se encuentra regulado en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, numeral del cual se desprende que el Juez debe evitar que se afecte el desarrollo o resultado del proceso debido a la desigualdad entre las personas por razones de: sexo, raza, religión, idioma, condición social, condición política, condición económica. (pp. 43-44)

Por su parte, Hunter Ampuero (2011) refiere que “esta idea general acerca de la igualdad permite separar claramente los aspectos en la que opera. Al respecto, es reconocible un aspecto netamente estático y otro dinámico. El primero es una directriz hacia el legislador, donde la igualdad toma un nombre e identidad propia acuñada en el derecho alemán: la igualdad de armas”. (p. 55)

Siguiendo a Andolina & Vignera (como se cita en Hunter Ampuero, 2011) es posible entender la igualdad de armas como la obligación del legislador de colocar a las partes del proceso en una posición de paridad, asegurándole un mismo tratamiento normativo y la titularidad de poderes, deberes y facultades simétricamente iguales y mutuamente relacionadas.

“En un sentido más general, se trata de un “equilibrio en sus derechos de defensa” sin conceder a ninguna de ellas un trato favorable, salvo casos excepcionales, donde el

equilibrio no pueda sino que mantenerse con un trato procesal desigualitario”. (Hunter Ampuero, 2011, p. 56)

Con todo, no se trata de una construcción simétrica de facultades, cargas y deberes de las partes, por cuanto la dinámica procesal, la naturaleza de la disputa o simplemente la estructura o clase de proceso pueden condicionar su distribución. Nadie podría, por ejemplo, asegurar que si un litigante debe asumir la carga de acreditar un hecho, ello suponga romper el principio de igualdad. O si el juez decide invertir la carga de la prueba por la cercanía de un litigante a la fuente de prueba, signifique una ruptura del principio. Se trata, en síntesis, de sostener una “razonable igualdad de posibilidades”, con el objeto que las partes puedan influir en el resultado final del proceso. El proceso debe articularse como una balanza equilibrada de posibilidades de acción y defensa, para uno u otro litigante. (Hunter Ampuero, 2011, p. 56)

El otro extremo de la igualdad es su aspecto dinámico, donde la directriz va dirigida al juez. Tradicionalmente, esta vertiente consiste en que, salvo excepciones establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. (Hunter Ampuero, 2011, p. 183)

Siendo así, la igualdad hace referencia a la contradicción. El ciudadano tiene que ser informado de la existencia de los actos procesales realizados o por realizarse, con la finalidad de ejercer el derecho de ser escuchado e impedir ulteriores efectos en su contra. La igualdad permite la participación equitativa de los litigantes en una contraposición de argumentos, con la finalidad de que el juez recoja los elementos formativos de la decisión. De esta forma, el juez asume el importante rol de ser el promotor del contradictorio en todos los extremos de la disputa, y verifica que ambas partes se encuentren –abstractamente- en una posición de igualdad. (Hunter Ampuero, 2011, pp. 55 -56)

3.4.4. El principio acusatorio

Este principio significa que para que el proceso penal subsista, se desarrolle y finalice, la acusación contra un determinado procesado no puede desaparecer en ningún momento o estadio. Asimismo, el único legitimado para presentar una acusación que dé lugar a un juzgamiento es el fiscal y nadie más. En consecuencia, queda descartada la idea de que el juez penal actúa de oficio. En materia penal, es una facultad exclusiva y excluyente del fiscal, así como el juez tiene la facultad de sentenciar y poner fin al proceso. Este principio está relacionado con la exigencia de la imputación necesaria.

El proceso penal peruano consta de tres etapas, la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juzgamiento; y, si nos ubicamos en la etapa intermedia del proceso, una acusación fiscal reviste una mayor formalidad y rigor, en todo el sentido de la palabra, que una querrela, denuncia o presentación de cargos.

Para el destacado juez supremo peruano Neyra Flores (2010):

el principio acusatorio constituye un criterio configurador del proceso penal, según el cual, sin una previa acusación, la imputación -a una o más personas concretas- de determinados hechos, no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno. Se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Así, respecto de la referida distribución de roles, se tiene que, el Código Procesal Penal ha conferido la titularidad del ejercicio público de la acción penal en los delitos, así como el deber de la carga de la prueba, al Ministerio Público. En tal sentido se prescribe que será tal entidad la que asuma la conducción de la investigación desde su inicio. Este principio, se traduce en una idea muy importante y simple: "no hay proceso sin acusación"; y esto, si bien se piensa, comprende que "quien acusa no puede juzgar". (p. 188)

3.4.5. El principio de inviolabilidad del derecho de defensa

El derecho de defensa no es necesario, sino vital e imprescindible dentro del debido proceso. La ausencia de una defensa invalida el proceso de pleno derecho. El derecho de defensa es el derecho más inmediato que el imputado siempre exige. Se caracteriza por ser irrestricto, permanente e inagotable. Sólo los abogados ejercen la defensa técnica en el proceso.

Para comprender mejor, la defensa se da incluso en personas culpables o confesos, puesto que en algunos casos lo que se pretende no es conseguir la absolución o ser declarado inocente, sino asegurar el normal funcionamiento de un debido proceso, esto es, velar por la forma -el juicio procedimental- y garantizar la seguridad jurídica ante toda la sociedad y la comunidad internacional.

Es uno de los principios consagrados por el artículo 139°, inciso 14 de la Constitución y está formulado en los siguientes términos: "*(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*".

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece que "*Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad*". Es decir que garantiza el derecho a contar con un abogado defensor, un profesional en Derecho que ejerza la defensa técnica. Así lo ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: un material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio

de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión⁴.

Aquella disposición tiende a superar las restricciones al ejercicio de este derecho en el sistema mixto en el que no sólo se restringe la defensa, convirtiéndola en un derecho opcional (artículo 121° del Código de Procedimientos Penales), sino que se imposibilita su ejercicio a través del ocultamiento de la información contenida en el cuaderno o expediente, al amparo de una mal entendida reserva de las actuaciones del sumario. Esto ocurre a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha establecido lo siguiente:

Asimismo, el derecho de defensa también resulta afectado cuando el justiciable, dentro del marco de un proceso penal no puede conocer de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, toda vez que ello le impide declarar y defenderse de los hechos concretos, limitando a su vez la posibilidad de aportar pruebas concretas para poder acreditar su inocencia⁵.

Para Cubas Villanueva (2016), el Código Procesal Penal

configura el derecho de defensa desde una perspectiva amplia; es esencial garantizar este derecho porque así se posibilita el ejercicio de los demás derechos reconocidos por la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las normas procesales (ver artículos 71°, 80° y sgtes. del Código Procesal Penal). Para promover la efectiva vigencia de este derecho, se garantiza la asistencia de un traductor o intérprete cuando no se habla el idioma del tribunal, la información del hecho, la libertad que tiene el imputado para decidir si declara o si guarda silencio; la posibilidad real y concreta que pueda comunicarse con su defensor y de contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa y ofrecer medios probatorios y la posibilidad de recurrir. Así lo entiende la jurisprudencia constitucional al establecer:

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 6260-2005-HC.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 3390-2005-HC.

El derecho constitucional de defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14) de la Constitución, garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza, no queden en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, a cualquiera de las partes se le impide, por concretos actos de los órganos judiciales, ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos⁶. (pp. 42 – 43)

3.4.6. El principio de oralidad

En el nuevo modelo procesal predomina la oralidad más que la escritura, siendo esta última la principal característica del vetusto Código de Procedimientos Penales de 1940. La oralidad abre paso a un mayor entendimiento sintético y ágil para el juzgador. Ahora, con el Código Procesal Penal, la ley procesal prevé que se realicen varios tipos de audiencias orales, ya no únicamente en la etapa de juzgamiento.

Conjuntamente con el principio de inmediación, el principio de oralidad permite que el juez conozca y comprenda más directo y de cerca, a través de exposiciones orales o no escritas y/o con apoyo de material escrito, los hechos, la fundamentación jurídica y el debate probatorio, o sea, la dialéctica dentro del proceso.

A criterio de Sánchez Velarde (2009):

Una de las características más sobresalientes del nuevo proceso penal es el predominio de la oralidad de sus diligencias, sobre todo del juicio. La oralidad significa que el juez o tribunal que dicte la sentencia en el proceso penal, tiene que condenar o absolver tomando como base los hechos y pruebas que se hayan practicada ante él en forma oral. De dicho principio se derivan los principios de inmediación, concentración, elasticidad y publicidad. Este principio exige una relación procesal mucho más directa y de respuesta inmediata, no sólo entre las partes, sino también de la decisión judicial. Y ello se aprecia fundamentalmente en el juicio oral, pues se establece que la audiencia se realizará oralmente, pero todo lo dicho y actuado se

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 9760-2006-HC.

documentará en acta, que contendrá un resumen o síntesis de lo actuado (art. 361°). El acta será firmada sólo por el juez y el secretario, y las partes podrán hacer las observaciones que estimen pertinentes, pero no registrarán su firma. También se establece que todo pedido o cuestión que se formule en audiencia se hará oralmente, prohibiéndose la lectura de escritos que se presenten con dicho fin (361°.3). Por último, se admite la posibilidad del registro técnico de lo actuado en la audiencia (video-audio). (pp. 176-177)

3.4.7. El principio del derecho a la prueba

Sólo la verdad y la prueba plena le generan *la real convicción* al juez para decidir. Por consiguiente, el derecho a la prueba les asiste a ambas partes dentro del proceso. En materia penal, toda imputación requiere prueba o asidero probatorio. Asimismo, en la mayoría de casos, más que problemas de interpretación, se presenta muchos problemas de probanza. La insuficiencia probatoria siempre significará la libertad del procesado.

Es necesario recalcar que las pruebas sustentan medidas cautelares en todo tipo de proceso y quien tiene la obligación de probar es el fiscal (carga de la prueba). En principio, el término “*prueba*” como tal debe ser empleado por los sujetos procesales desde la etapa de juzgamiento en adelante, y antes de dicha etapa sólo se cuenta con “*medios probatorios*” o “*elementos probatorios*”. Otros autores señalan que siempre contamos con pruebas, pero luego de la etapa intermedia lo que busca obtenerse es “*la prueba judicial*”.

Según Ruiz Jaramillo (2007):

La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos. (p. 184)

Talavera Elguera (2009) es claro en afirmar que

se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: 1) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; 2) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; 3) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; 4) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, 5) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento. (p. 23)

CAPÍTULO IV

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PERÚ

La Prisión Preventiva no es la medida cautelar por excelencia en los procesos penales ni mucho menos soluciona el problema del hacinamiento en los penales y el alto índice de corrupción en el Estado. El juez americano del Sur puede ordenar el arresto domiciliario, la comparecencia con restricciones, el impedimento de salida del país; sin embargo, la Prisión Preventiva es una medida cautelar muy aplicada en el Sur de América -como veremos más adelante- y nuestro país no se encuentra exento de ella.

La medida cautelar ha causado mucha polémica en los últimos años, sobre todo por la proporcionalidad y el tiempo tan prolongado de la misma; o sea, por el plazo de duración del internamiento, el cual en muchos casos vulnera la garantía del plazo razonable.

Hobbes (como se cita en Ferrajoli, 1995), quien justificaba el encarcelamiento preventivo con la necesidad de la custodia segura de un acusado, afirmando que en tal caso ésta “no constituye un castigo, pues se supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública”.

Por otro lado, Kostenwein (2017) nos ilustra de la siguiente manera:

En el año 2009, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) publicó su primer documento sobre “*Prisión Preventiva y reforma procesal en América Latina*”. Allí se afirma que la regulación de la Prisión Preventiva ha sido uno de los temas más controvertidos en las reformas a la justicia criminal que tuvieron lugar en casi todos los países de la región. Estas reformas comenzaron a implementarse a partir de la última década del siglo XX y según este informe intentaron ir en contra del uso extendido del encarcelamiento cautelar que por aquel entonces se encontraba naturalizado. Se trataba de dejar de ver a la Prisión Preventiva como una pena anticipada y empezar a considerarla como una medida excepcional que debía ser utilizada solo para los casos donde fuese imprescindible para el desarrollo del proceso. (p. 952)

Es línea jurisprudencial plenamente asentada la consideración del mandato de detención como una medida cautelar. Ha dicho el Tribunal Constitucional que:

[E]n 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 lo justifiquen⁷.

Zaffaroni (como se cita Llobet Rodríguez, 2009) llegó a afirmar que en Latinoamérica la pena, realmente, es la Prisión Preventiva, la sentencia condenatoria es el auto por el cual se somete al sujeto a Prisión Preventiva. La sentencia definitiva es una especie de revisión, conforme a la cual se dice: bueno, soltamos al sujeto o sigue sometido a pena.

4.1. Noción y naturaleza

La Prisión Preventiva afecta de forma directa el derecho a la libertad personal, locomotora o locomotriz. Se trata de una medida cautelar personal de naturaleza excepcional y sólo es dictada por un juez penal. Podríamos entenderla, hasta antes de la decisión del juez, como la última ratio en los procesos penales. La Prisión Preventiva está pensada para ser aplicada en delitos graves.

Es muy restrictiva, grave y disuasiva. Con esta medida cautelar las resoluciones judiciales exigen una real y verdadera motivación cualificada, no sólo por parte del juez, sino también por el fiscal -quien solicita la orden de Prisión Preventiva al juez-, e incluso por los todos los demás sujetos procesales.

Asencio Mellado, J. M. (1987) asegura que

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. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 0791–2002–HC de fecha 21 de junio de 2002, f. j. 6.

prematureo estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia. (p. 21)

Del Río Labarthe (2010) afirma que la Prisión Preventiva sólo puede ser utilizada “*con objetivos estrictamente cautelares: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Objetivos que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad*”. (p. 100)

No hay que olvidar, pues, que, por un lado, los efectos de su imposición son semejantes a los efectos propios de la pena, ya que produce una innegable afectación del derecho a la libertad del justiciable que deviene justamente en irreparable -a diferencia de lo que sucede con la imposición de medidas de coerción procesal de carácter real-; mientras que, por el otro, la Prisión Preventiva constituye una medida necesaria para garantizar la consecución de los fines del proceso. (Oré Guardia, 2017, p. 200)

4.2. Características

La Prisión Preventiva es una medida cautelar subsidiaria porque se emite recién cuando las medidas cautelares alternativas resultan insuficientes o inidóneas. En los casos más emblemáticos de nuestro país hemos podido observar que la Prisión Preventiva ha venido aplicándose sin contravenir la jurisprudencia vinculante y, pese a que cumpliría una función parecida a la que cumple la pena, según la teoría de la prevención especial; igualmente, ha sido criticada por muchos profesores, juristas e importantes procesados, como quiera que la aplicación de ésta la califican de abusiva e indiscriminada.

La condición necesaria para la correcta aplicación de esta medida cautelar en cualquier proceso penal es que la motivación cualificada del juez sea en realidad tal y, además, exista *probanza suficiente* en procesos cautelares, puesto que las medidas provisionales también se fundan en pruebas.

En casi todo el Sur de América o América Latina, aunque la Prisión Preventiva no sea la medida cautelar más aplicada en los procesos penales, sí es la más prevista en cada legislación.

La Prisión Preventiva no puede significar, de modo alguno, una pena anticipada para el procesado, ya que en el supuesto de que en algún caso se presentase la reunión absoluta de todos los elementos de juicio y convicción, de tal suerte que le genere al juez una verdadera y *real convicción*, pues él debe optar por la condena y no emitir una medida cautelar que “*reemplace a una condena por adelantado*”. De no ser así, a la larga le puede resultar más perjudicial al procesado encontrarse internado preventivamente. No obstante, sabido es que en procesos penales únicamente la verdad y la certeza condenan más allá de toda duda razonable.

Según Valenzuela (2011):

Las medidas cautelares, y con ello también la Prisión Preventiva, descansan en al menos dos características centrales que dan cuenta de su lógica: la provisionalidad y su carácter instrumental.

La provisionalidad dice relación con el carácter contingente tanto del fundamento como de los efectos de la medida. Tanto así que en caso de que el hecho que fundamente la aplicación de la cautelar sea en realidad un hecho inexistente, podría hablarse de la inconducencia de la cautelar. De cualquier manera, lo definitivo es que las medidas cautelares no tienen una vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo. La instrumentalidad por su parte implica considerar que las medidas cautelares no tienen nunca un fin en sí misma, sino que están determinadas por un fin ulterior dentro del proceso, alcanzable las más de las veces con una providencia principal. (pp. 12 – 13)

En la doctrina penal, autores como García Falconí (2009) considera que

para dictar el juez una orden de Prisión Preventiva, es necesario que tenga en cuenta dos presupuestos básicos, que se denominan *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, y es menester hacer un análisis jurídico de estas dos instituciones; esto es la existencia de buen derecho y el peligro que puede ocasionar la demora del proceso penal, desde su investigación hasta que el tribunal de garantías penales dicte la respectiva sentencia en la que declara la culpabilidad del procesado.

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho implica un juicio de valor por parte del juez sobre la probabilidad de que el procesado sea responsable penalmente, tomando como base la existencia de un hecho, las características o notas que lo hacen jurídico, la estimación de que la persona ha sido autora o cómplice de ese hecho ilícito; o sea que la motivación de este presupuesto consiste en el razonamiento de la imputación como medio para llegar a establecer la probabilidad de la responsabilidad del procesado. En resumen, el *fumus boni iuris* es tener los elementos suficientes para probar y establecer la existencia del cuerpo del delito y la participación de los procesados, es decir este presupuesto se refiere al cuerpo del delito y la participación delincinencial, por esta razón este principio se llama en doctrina apariencia de buen derecho. El *periculum in mora*, es el riesgo de que el retardo en el proceso pueda neutralizar la acción de la justicia, ante la posible fuga del procesado o la obstaculización por su parte de la búsqueda de la verdad, de tal modo que este presupuesto se refiere al peligro de fuga del procesado o de que éste obstaculice la investigación; en consecuencia, este principio en la doctrina se lo entiende como el peligro de la demora que viene representado por la posibilidad de fuga que frustraría el proceso y en su oportunidad la presumible pena a imponer. (p.50)

Riego, Duce & Fuente M. (2009) dicen lo siguiente:

Ahora bien, durante los últimos veinte años se inició en América Latina un proceso de reforma a la justicia criminal que afectó con diversa intensidad y grado a los distintos países del continente. Las razones que motivaron este proceso de reforma son de distinta índole, encontrándose dentro de ellas, y de manera muy general, los abusos a los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal inquisitivo y la poca eficiencia de este en la persecución penal. Este proceso de reforma alcanzó a la mayoría de los países del continente y se ha orientado en general en la misma dirección: reemplazar los diversos tipos de sistemas inquisitivos vigentes por modelos procesales de carácter acusatorio. La tabla contiene un resumen de los países que han emprendido estos cambios indicando la fuente legal de los mismos, su fecha y el año de entrada en vigencia. (p. 20)

A continuación, el siguiente cuadro sobre las reformas de la legislación procesal penal por país, fecha y entrada en vigencia:

Tabla 1

Reformas a la legislación procesal penal por país, fecha y entrada en vigencia⁸

REFORMAS LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL POR PAÍS, FECHA Y ENTRADA EN VIGENCIA

País	Referencia normativa y fecha
Argentina *	Ley Nro.11922 - CPP de la provincia de Buenos Aires, vigente desde septiembre de 1998.
Bolivia	Ley Nro. 1970 - Código de Procedimiento Penal 1999. Entró en vigencia en el 2000.
Chile	Ley Nro. 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000 en el <i>Diario Oficial</i> y vigente desde diciembre del mismo año.
Colombia	Ley Nro. 906 - Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005.
Costa Rica	Ley Nro. 7594 - Código Procesal Penal de Costa Rica, del 10 de abril de 1996 y entró en vigencia en 1998.
Ecuador	Ley Nro. 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero de 2000, vigente desde el 2001.
El Salvador	Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996, vigente desde 1998.
Guatemala	Decreto Nro. 51-92 - Código Procesal Penal de 1992, que entró en vigencia en 1994.
Honduras	Decreto Nro. 9-99-E, que establece el Código Procesal Penal de 1999. Entró plenamente en vigencia en 2002.
México	Reforma Constitucional de 18 de junio 2008**:
Nicaragua	Ley Nro. 406 - Código Procesal Penal de 2001, vigente desde 2002.
Panamá	Ley Nro. 63 - Código Procesal Penal de 2 de julio de 2008, que entra en vigencia gradual el 1 de septiembre de 2009.
Paraguay	Ley Nro.1286/98-Código Procesal Penal.
Perú	Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS, de julio de 2004, que entró en vigencia en 2006.
República Dominicana	Ley Nro. 76-02 – Código Procesal Penal, de 2002, que entró en vigencia en 2004.
Venezuela	Código Orgánico Procesal Penal de 1998, vigente desde 1999.

^{8*} Al tratarse de un sistema federal la situación argentina es compleja. Además del sistema federal cada provincia dispone de autonomía para dictar su legislación procesal penal. A la fecha diversas provincias han avanzado en el proceso de reforma (por ejemplo, Córdoba y Chubut). Hemos elegido como ejemplo la provincia de Buenos Aires debido a que se trata de la más grande en relación al número de población que tiene (cerca a 15 millones de habitantes) y por el hecho que en ella el proceso reformado lleva más de 10 años en vigencia. ** También se trata de un estado de carácter federal en donde existe autonomía de los estados para regular su legislación procesal penal. Varios de ellos ya han avanzado con cambio en los últimos años tales como Chiguagua, Oaxaca y Nuevo León. Lo que hace la reforma constitucional establecer como obligatorio, tanto para el sistema federal como para los estados, la implementación de sistemas acusatorios orales en un plazo de ocho años de aprobada la reforma.

En segundo lugar, se establecieron en la mayoría de las legislaciones límites temporales máximos a su imposición. La tabla contiene el detalle de los diversos límites temporales establecidos en los códigos acusatorios originales. (Riego, Duce & Fuente M., 2009, pp. 33-34)

A continuación, el siguiente cuadro sobre los límites temporales al uso de la Prisión Preventiva:

Tabla 2
Límites temporales al uso de la prisión preventiva en las versiones originales de los nuevos Códigos acusatorios

LÍMITES TEMPORALES AL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS VERSIONES ORIGINALES DE LOS NUEVOS CÓDIGOS ACUSATORIOS

País y referencia normativa	Carácter excepcional de la prisión preventiva	Límite de tiempo específico para la prisión preventiva
Provincia de Buenos Aires, Argentina, Ley Nro. 11.922.	SÍ	NO.
Bolivia, Ley Nro. 1.970.	SÍ	Cuando su duración exceda 18 meses sin que se haya dictado sentencia o de 24 meses sin que hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada.
Chile, Ley Nro. 19.696.	SÍ	NO.

Colombia, Ley Nro. 906.	SÍ	Si en 60 días a partir de la imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión.
Costa Rica, Ley Nro. 7.594.	SÍ	Cuando su duración exceda 12 meses.
Ecuador, Ley Nro. 000. RO/ Sup 360	SÍ	La prisión preventiva no podrá exceder 6 meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de 1 año en delitos sancionados con reclusión.
El Salvador, Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996.	SÍ	En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de 12 meses para los delitos menos graves o 24 meses para los graves, so pena de incurrir en responsabilidad penal.
Guatemala, Decreto Nro. 51-92.	SÍ	Cuando su duración exceda 1 año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar 3 meses más.
Honduras, Decreto 9-99-E.	SÍ	Regla general de duración es de un año, a menos de que delito tenga asignada pena superior a 6 años, en cuyo caso son 2 años, ampliables por resolución de la Corte Suprema por 6 meses más. Límite definitivo, la mitad de la pena mínima asignada al delito.
Nicaragua, Ley Nro. 406 .	SÍ	La prisión preventiva nunca podrá exceder el tiempo de la pena impuesta por la sentencia impugnada y, de ser el caso, bajo responsabilidad, el tribunal que conoce del recurso, de oficio o a petición de parte, deberá dictar auto ordenando la libertad inmediata del detenido.
Paraguay, Ley Nro. 1.286 de 1998.	SÍ	No puede exceder la pena asignada al delito.
Perú, Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS.	SÍ	La prisión preventiva no durará más de nueve meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.
República Dominicana, Ley Nro. 76-02.	SÍ	Un máximo de 12 meses, y en caso de recurrirse la sentencia condenatoria, hasta 6 meses más.
Venezuela, Código Orgánico Procesal Penal de 1998	SÍ	En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de 2 años.

4.3. Presupuestos de la Prisión Preventiva

4.3.1. Fundados y graves elementos de convicción

Desde la perspectiva de la presente investigación, una regla procesal es que no todos los fundados elementos de convicción deben ser oralizados en audiencia, porque así lo exige la ley procesal. Si un elemento de convicción no es fundado, mal haría el juzgador o cualquier otro sujeto procesal en calificarle de grave o no. Dicho esto, en general, los elementos de convicción para que sean considerados graves dependerán de la naturaleza del delito y la gravedad de los hechos. Este presupuesto material requiere examen y debate probatorio para fundamentar una eventual resolución judicial en contra del procesado.

Del Río Labarthe (2008) nos dice que

el primer presupuesto desarrolla el *fumus boni iuris*; los otros dos integran el *periculum in mora* o peligro procesal. Un dato a tener en cuenta para la valoración de estos presupuestos es que se exige su concurrencia. La ausencia de uno de los requisitos fijados por la norma invalida la aplicación de la Prisión Preventiva

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es el primer presupuesto material de la Prisión Preventiva. Significa que, para adoptarla, debe llevarse a cabo un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia definitiva. (pp.40- 41)

Condori Mamani (2015) afirma que

a este presupuesto se le denomina suficiencia probatoria, entendiendo que en la investigación preparatoria se realiza actos de investigación pues solo se recaban elementos de convicción, estas deben permitir estimar que los hechos incriminados han ocurrido y constituyen delito, así como a la vez, estas deben vincular al imputado como presunto autor o partícipe del hecho materia de investigación. (p. 65- 66)

Del Río Labarthe (2015), a continuación, expone lo siguiente:

La Directiva N° 002.20013-MP-FN emitida por el entonces Fiscal de la Nación, parece optar por una interpretación distinta. En ésta se sostiene, que se debe tener en cuenta que en la evaluación del auto apertorio instrucción, el juez ya valoró, motivó y determinó la concurrencia de elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito (art. 77° del Código de Procedimientos Penales). Por lo tanto, la directiva entiende, que la exigencia de valoración y motivación del art. 77° del Código de Procedimientos Penales; es “*coincidente*” con el primer presupuesto de la Prisión Preventiva (art. 268°.1 del Código Procesal Penal).

El citado autor discrepa abiertamente con la postura de esta Directiva, en la medida que el art. 77° del Código de Procedimientos Penales, establece como presupuesto procesal, un umbral probatorio menor. Este exige indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de un delito; y, el art. 268° del Código Procesal Penal, exige fundados y graves elementos de convicción. No hay una equiparación, y de hecho, no puede haberla. Lo mismo ocurre con la frase “*indicios reveladores de la existencia de un delito*”, que regula el art. 336° del Código Procesal Penal, para la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Debe tenerse en cuenta que el término indicio, en este artículo, no se equipara al concepto de prueba por indicio, sino, a un estado de sospecha prematuro generado por los actos de investigación, que constituyen el soporte del inicio de una investigación, y que se ubican en el ámbito de una posibilidad razonable, pero de ninguna manera en la esfera de una alta probabilidad de condena. (pp. 189 - 190)

4.3.2. Prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad

El segundo presupuesto material de la Prisión Preventiva demanda más un examen hermenéutico que probatorio. Este presupuesto demuestra que la medida cautelar no está dirigida para la aplicación de delitos menores. La prognosis de pena siempre se calcula respecto de un único procesado, por el principio de incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad penal. Evidentemente, hay casos donde las penas que son muy graves o elevadas superan en demasía los cuatro años de pena privativa de la

libertad; por ejemplo: lesiones graves; asesinato; secuestro agravado; trata de personas; terrorismo; etcétera.

4.3.3. Peligro procesal

Sobre este peligro, del Río Labarthe (2008):

El segundo presupuesto que debe cumplirse para aplicar la Prisión Preventiva es el *periculum in mora*, o peligro en la demora procesal. La duración temporal, imprescindible en un proceso penal, puede constituir una ocasión propicia para que la parte pasiva del proceso penal realice actuaciones que puedan derivar en la ineffectividad de éste y de la sentencia que le pone fin.

Es para evitar ese riesgo que se adoptan las medidas cautelares, y es precisamente por esta razón que es en la configuración del *periculum in mora* donde se advierte con mayor claridad cuáles son los objetivos que un ordenamiento procesal persigue mediante la utilización de la Prisión Preventiva. Una lectura del art. 268° demuestra que los riesgos que pretende evitar el nuevo Código Procesal Penal son el peligro de fuga y el peligro de obstaculización probatoria, los mismos que deben ser valorados siempre desde la perspectiva de las conductas atribuibles al imputado. (p. 47)

4.3.3.1. Peligro de fuga

Consiste en que el juez examina al procesado, la gravedad de los hechos, la naturaleza del delito, el ánimo y las posibilidades que pudiera tener para fugarse de la justicia y las autoridades de dicho sistema. La medida cautelar más idónea para evitar la fuga del procesado del territorio nacional es el impedimento de salida; no obstante, a menudo el uso de la Prisión Preventiva se justifica.

Siempre es importante que el juez logre formarse convicción sobre el ánimo de fuga que pudiera existir. La gravedad de la pena no es suficiente para determinar que una persona pueda fugarse o no, pues también es necesario que existan mayores elementos para así justificar la decisión del internamiento preventivo. De esta forma, la Prisión Preventiva busca

proteger la correcta administración de justicia y que ninguna persona a la quien se le atribuye un delito pueda evadirla o sustraerse.

4.3.3.2. Peligro de obstaculización

Consiste en perturbar o entorpecer el proceso de investigación y la averiguación de la verdad, con el riesgo potencial de que dicho proceso demore demasiado al punto de que el proceso prescriba por el paso del tiempo sin hallar a los responsables de la comisión del delito. Se presenta con mayor frecuencia en crimen organizado y delitos cometidos con pluralidad de agentes.

En general, la obstaculización puede estar dirigida contra la víctima (vis compulsiva o vis absoluta) o contra importantes elementos de convicción (pruebas). Un país desarrollado se caracteriza por resolver los casos en un plazo razonable; sin embargo, el peligro de obstaculización atenta contra la correcta y normal administración de justicia. También puede afectar directamente el derecho a la prueba. La regla a observar es que no pueden existir muchos procesos penales prescritos y tampoco condenas sin prueba plena.

4.4. Jurisprudencia

4.4.1. Jurisprudencia peruana

Acuerdo Plenario N° 1-2017/CIJ116 del III Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, de fecha 13 de octubre de 2017:

12° La medida de Prisión Preventiva tiene, entre otras, como nota característica propia la “temporalidad” (artículo 272 del Código Procesal Penal). Con independencia de la duración del proceso, la Prisión Preventiva está sujeta a un plazo temporal específico, propio -se acogió el denominado “sistema de plazos”. Los objetivos que persigue la Ley Procesal Penal con esta regulación son, por un lado, ofrecer una garantía de seguridad, de manera que el afectado por la medida de Prisión

Preventiva sepa o pueda saber que ésta nace con un fin o término temporal predeterminado legalmente y, por otro, ayudar a la evitación de posibles dilaciones indebidas (conforme: STCE 305/2000, de 11 de diciembre).

Lo que más resalta la citada jurisprudencia es una de las principales características de la Prisión Preventiva, que es la temporalidad o provisionalidad. Una medida cautelar tan dura no puede ser indefinida, ya que más se asemejaría a una sentencia condenatoria contra el procesado. Dentro de esta temporalidad el fin que persigue el órgano jurisdiccional es que el procesado no se fugue o que éste lleve a cabo dilaciones indebidas (obstaculización).

Casación N° 631-2015-Arequipa de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, de fecha 21 de diciembre de 2015:

Cuarto: Que, ahora bien, el peligro procesal (periculum in mora) es el elemento más importante para valorar en un auto de Prisión Preventiva. Éste tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga -que es el paradigma del periculum libertatis-, y obstaculización (artículos 268º, apartado 1, literal c y 269º - 270º del Nuevo Código Procesal Penal [...]).

La mayoría operadores jurídicos considera que el peligro procesal es el presupuesto material más importante que debe concurrir o debe ser acreditado. En términos prácticos, el *periculum in mora* no es otra que el peligro procesal, y éste se compone de dos tipos: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. La ley procesal -Código Procesal Penal de 2004- es clara describiendo los criterios (*numerus clausus*) que se tienen en cuenta para que el juez logre determinar razonablemente si concurre o no alguno de los peligros procesales antes señalados.

Casación N° 626-2013-Moquegua de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, de fecha 30 de junio de 2015:

Décimo segundo.- La Prisión Preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

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 posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre éstos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

Esta sentencia ha sido clasificada como doctrina jurisprudencial vinculante y es la que más se viene aplicando estrictamente. Se deja claro de que existen el peligro procesal en dos vertientes: peligro de fuga y peligro de obstaculización. El gran aporte o la novedad de esta jurisprudencia es que, en la práctica, añade dos nuevos presupuestos para dictar la Prisión Preventiva. La ley procesal exige tres presupuestos materiales; no obstante, se han agregado dos requisitos que deben discutirse en audiencia: la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 03784-2008/HC, de fecha 06 de enero de 2008 (Caso “Rodríguez Huamán”):

[...] Tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si es que el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. [...].

[...] Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva: En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada [...].

Los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional aluden a la motivación cualificada de las resoluciones judiciales, porque la decisión incide sobre el derecho fundamental a la libertad locomotora del procesado. Por otro lado, alude al debido proceso sustancial, exigiendo que sea suficiente, debiendo expresar la decisión, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla; y, que sea razonada, o sea, que se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar.

Casación N° 01-2007-Huaura de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, de fecha 26 de julio de 2007:

Quinto: [...] La Prisión Preventiva, como fluye de las normas antes citadas, es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se

adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo]. Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un período de tiempo más lato, a requisitos más exigentes -cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él-, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican -sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y de motivación- [...].

Conviene subrayar que no hay punto de comparación entre la medida cautelar de Prisión Preventiva y la detención, partiendo de que existe una notable diferencia en cuanto a los plazos o tiempos que transcurren restringiéndose la libertad de los procesados y; también, el procedimiento empleado para ordenarlas, ya que para dictar la Prisión Preventiva necesariamente se lleva a cabo una audiencia pública y oral en la que intervienen las partes. Asimismo, cabe mencionar que la Prisión Preventiva está considerada como la medida cautelar más gravosa y de última ratio.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 0376-2003/HC, de fecha 07 de abril de 2003 (Caso “Bozzo Rotondo”):

[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. [...]. [...] La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva [Prisión Preventiva] en arbitrario, por no encontrarse razonablemente justificado [...].

La medida cautelar de Prisión Preventiva no puede dictarse indiscriminadamente sin que en realidad se cumpla con las exigencias del artículo 268° del Código Procesal Penal. Caso contrario, la orden judicial deviene en arbitraria, abusiva e ilegal. Los requisitos para decretarla deben ser copulativos y obedecen a criterios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 1091-2002/HC, de fecha 12 de agosto de 2002 (Caso “*Silva Checa*”):

[...] Si bien la detención judicial preventiva [prisión preventiva] constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese pues es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la Prisión Preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general [...].

[...] Su aplicación [se refiere a la Prisión Preventiva] no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que solo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal. [...]. El principio de favor libertatis impone que la detención judicial [Prisión Preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional [...]. El carácter subsidiario de la medida 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 [...]. La existencia e idoneidad de otras

medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegítima e inválida que se dicte o mantenga la medida cautelar [de Prisión Preventiva].

[...] Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva [Prisión Preventiva] decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, a fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se consideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva [Prisión Preventiva] contra el actor, pues a lo largo del proceso este no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria que atentaría contra el objetivo del proceso penal [...]. Tal criterio se deriva del hecho que el actor no expresó, pese a tener “conocimiento pleno”, que el dinero utilizado para la compra de acciones de Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación de Canal 10 [...].

La Prisión Preventiva no es la regla general, sino, por el contrario, la excepción o la medida de última ratio. Si bien es cierto, dicha medida cautelar incide sobre la libertad locomotora, no es la única; por lo tanto, la idoneidad siempre podrá ser discutida. De otro lado, cuando se solicite evaluar la vigencia de una medida cautelar, la conducta procesal del investigado es un elemento que será oportunamente materia de examen por el juez, y de ser favorable podría revocarse la misma.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 1565-2002/HC, de fecha 05 de agosto de 2002 (Caso “Chumpitaz González”):

[...] En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada [...].

Cuando fue dada esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional todavía no se había promulgado el Código Procesal Penal; sin embargo, hoy en día, el artículo 269° y 270° del citado cuerpo legal prevé todos los criterios a tener en cuenta para determinar razonablemente si hay peligro de fuga y peligro de entorpecimiento u obstaculización del procesado, respectivamente.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 1260-2002/HC, de fecha 09 de julio de 2002 (Caso “Domínguez Tello”):

[...] A juicio de este Colegiado, la satisfacción de tal exigencia [el peligro procesal] es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que [no] tiene la Prisión Preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes. [...].

Como se ha venido sosteniendo con mucho énfasis, para que se pueda expedir de manera válida una medida cautelar tan severa y dura, forzosamente tiene que concurrir copulativamente todos los presupuestos materiales que conocemos; empero, a falta de uno de ellos la Prisión Preventiva no puede darse de ninguna manera.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 0791-2002/HC, de fecha 21 de junio de 2002 (Caso “*Riggs Brousseau*”):

[...] 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 [...].

[...] Es preciso observarse, juntamente con tales factores [que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años] fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en riesgo el éxito del proceso. Para ello es necesario considerar, juntamente con el peligro procesal, la magnitud de la pena [...], el carácter de los hechos que se le atribuyen al procesado y que estén basados en suficientes elementos de prueba, las repercusiones sociales del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial, cuando exista una pluralidad de individuos comprendidos y se observe, de su comportamiento procesal, la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente [...].

Desde el año 2002, es de verse que la citada sentencia del Tribunal Constitucional ya hacía referencia a varios criterios jurídicos para que puedan dotar de validez y legitimidad la

medida cautelar, resaltando la importancia, por ejemplo, de la prognosis de pena, el mismo que constituye un criterio importante a ser tomado en cuenta por el juez al momento de analizar si procede o no dictar la medida cautelar.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 0139-2002/HC, de fecha 29 de enero de 2002 (Caso “*Bedoya de Vivanco*”):

[...] En el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención [Prisión Preventiva], deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes en un primer momento. En efecto, tanto el Fiscal Superior [...], como el juez admiten que no se ha probado si el dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común. El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de in dubio pro reo. [...]. En consecuencia, se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no meritarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal y del principio constitucional in dubio pro reo [...].

El primer presupuesto material de la Prisión Preventiva demanda la existencia de los fundados y graves elementos de convicción; sin embargo, en el caso de autos se invoca el

principio constitucional del *in dubio pro reo*, toda vez que subyace la duda razonable al no haberse acreditado con suficiencia, con los primeros recaudos, un elemento constitutivo del delito o un elemento del tipo penal de peculado que se le imputa al procesado.

4.4.2. Jurisprudencia internacional

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 30 de octubre de 2008, (caso Bayarri vs. Argentina):

74. [...] Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la Prisión Preventiva [...].

La comunidad internacional tiene bastante claro y es muy firme en asegurar que el Derecho Penal de autor se encuentra proscrito; y, por más de que estemos frente a un grave delito, este criterio aislado sin la concurrencia de otro resulta insuficiente.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 21 de noviembre de 2007, (caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador):

101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la Prisión Preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga.

102. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que ‘la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias’, añadiendo que ‘[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción’.

103. [...] *La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.*

117. *La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la Prisión Preventiva debe mantenerse.*

146. *La Corte ha señalado que se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, puesto que equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.*

La jurisprudencia internacional es bastante garantista, en el sentido de que si no se tiene la información capaz de persuadir a un observador objetivo -en este caso, al juez- de que el encausado puede haber cometido una infracción, la medida no debe ser dictada. También resalta la importancia de que sea fundamentada en atención a un fin legítimo; esto es, evitar el peligro procesal. Así mismo, sostiene que se contraviene los principios generales del Derecho universalmente reconocidos cuando no se respeta la proporcionalidad.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 1 de febrero de 2006, (caso López Álvarez vs. Honduras):

68. La legitimidad de la Prisión Preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.

La comunidad internacional resalta mucho el valor que tiene llevar a cabo un juicio de proporcionalidad, porque esto involucra hacer un análisis particular, único y pormenorizado de caso por caso en concreto.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 2005, (caso Palamara Iribarne vs. Chile):

198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la Prisión Preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.

Lo mismo que esta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos describe es tal cual lo establecido en el artículo 268° del Código Procesal Penal de Perú, exceptuando el criterio de la prognosis de pena, no menos importante.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 24 de junio de 2005, (caso Acosta Calderón vs. Ecuador):

111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la Prisión Preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la Prisión Preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Al saber que la responsabilidad penal o responsabilidad criminal de la persona aún no ha sido definida, mal haría el juzgador en fijar un internamiento preventivo tan prolongado y desproporcionado, puesto que de ser así más parecería el tiempo que una persona permanece recluida en prisión a causa de un mandato judicial por sentencia condenatoria definitiva y no una medida provisional.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 7 de septiembre de 2004, (caso Tibi vs. Ecuador):

106. La Corte considera indispensable destacar que la Prisión Preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad,

presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [...].

107. El Estado dispuso la Prisión Preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la Prisión Preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención.

180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...].

También el principio de presunción de inocencia debe ser tomado en cuenta al momento de que se resuelven medidas provisionales y no únicamente cuando se resuelven las causas sobre el fondo o para determinar la responsabilidad penal al final del proceso penal en la etapa de juzgamiento.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 12 de noviembre de 1997, (caso Suárez Rosero):

77. [...] La Prisión Preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...].

Hoy por hoy, toda la comunidad internacional, cuando menos, a través de la jurisprudencia, ha dejado bien claro y sostenido de en innumerables ocasiones que la Prisión Preventiva no puede nunca suplir o reemplazar a una pena, sino que debe cumplir la función de una medida subsidiaria, provisional y excepcional.

4.4.3. Jurisprudencia de casos emblemáticos en Perú

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en los Expedientes N° 04780-2017-PHC y N° 00502-2018-PHC (acumulados), de fecha 26 de abril de 2018 (Caso “*Ollanta Humala y Nadine Heredia*”):

a) Sobre el supuesto peligro procesal de Ollanta Humala

85. En el caso de Ollanta Humala han sido dos los motivos que han llevado a la Sala a considerar que en su caso se verifica el peligro procesal, concretamente vinculado al riesgo de perturbación de la actividad probatoria y por lo tanto, a mantener la Prisión Preventiva dictada por el juez de primer grado. De un lado, la existencia de unos audios que, a juicio de la Sala, permitirían presumir que en una distinta y pasada investigación ha comprado testigos, y, de otro, la supuesta pertenencia del imputado a una organización criminal.

100. Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera violatorio del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la libertad personal que la Sala haya aceptado como elemento de juicio para presumir el riesgo de perturbación de la actividad probatoria en el caso del procesado Ollanta Humala, la transcripción de audios que no habían sido legalmente incorporadas al proceso y que solo permitan presumir, una influencia en testigos en un proceso anterior, pero en modo alguno permiten acreditar una conducta anterior en los mismos términos.

b) Sobre el supuesto peligro procesal de Nadine Heredia

101. En el caso de Nadine Heredia, han sido tres los elementos que han llevado a la Sala a presumir el peligro procesal. El primero de ellos es el poder que en su momento otorgó a Rosa Heredia Alarcón para que pueda viajar con sus menores hijas. En segundo término, haber supuestamente

falseado su puño gráfico. Y, en tercer lugar, su supuesta pertenencia a una organización criminal.

106. Siendo ello así, si la tesis de la Sala es que el poder otorgado por Nadine Heredia se habría expedido con el fin de fugar del país, ¿cómo se explica que encontrándose justamente fuera del país en esos días haya cumplido la orden judicial de retornar? La presunción de la Sala, a la luz de hechos probados, carece, pues, de un mínimo grado de razonabilidad, motivo por el cual no puede ser considerada como un argumento válido para sospechar de modo justificado el peligro de fuga. Se trata, por consiguiente, de una argumentación que viola el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales y, por derivación, el derecho fundamental a la libertad personal.

112. Por lo demás, ya se ha señalado que una medida de Prisión Preventiva debe ser respetuosa del test de proporcionalidad. Siendo así, aun cuando pueda sostenerse que la promoción de una conducta compatible con la verdad por parte de un procesado resulte un fin constitucionalmente valioso, no se aprecia en qué medida ordenar encarcelarlo resulte idóneo para la consecución de tal objeto (sub-principio de idoneidad). Evidentemente, si su objetivo es mentir dentro del proceso, ello podrá hacerlo tanto dentro como fuera de la prisión. En tal sentido, considerar que la distorsión de una grafía permite justificar razonablemente la presunción de obstaculización de la actividad probatoria que dé mérito al dictado de una Prisión Preventiva, es un argumento manifiestamente desproporcionado y, por ende, violatorio del derecho fundamental a la libertad personal.

[...]

122. En definitiva, pues, sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos

fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal. Este Tribunal considera que pueden ser elementos que contribuyan a presumir el peligro procesal (ya sea de peligro de fuga o de obstaculización probatoria), pero por sí solos no son suficientes. De ahí que se discrepe de lo sostenido en el Fundamento 54 in fine de la Casación 626-2013 ("en ciertos casos solo basta la gravedad de la pena y [la imputación de pertenencia a una organización criminal] para imponer [Prisión Preventiva]"), por tratarse de una afirmación reñida con la Constitución.

La jurisprudencia glosada versa sobre el caso del ex-presidente constitucional de Perú, Ollanta Humala Tasso, y la ex-primer dama de la nación, Nadine Heredia Alarcón. A través del proceso de habeas corpus, que fue visto en última instancia por el supremo intérprete de la Constitución en la jurisdicción nacional. Ambos lograron recuperar la libertad después de varios meses de internamiento, ya que la mayoría de los magistrados fueron de la opinión de que no concurría el peligro procesal alegado por parte del Ministerio Público; o sea, el peligro de obstaculización y la pertenencia a una organización criminal de los procesados.

El peligro de obstaculización y la pertenencia a una organización criminal son criterios que el juez penal debe tomar en cuenta para determinar si existe o no peligro procesal. La ley procesal penal taxativamente los tiene previsto. En el presente caso, no se logró acreditar suficientemente que el peligro procesal concurría; en consecuencia, dicho recurso fue declarado fundado a favor de los ex-funcionarios públicos.

Auto de Prisión Preventiva: Resolución N° 02 del Expediente N° 6-2018 "1", expedida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 21 de octubre de 2018 (Caso "César Hinostroza Pariachi"):

Prognosis de pena

Cuadragésimo primero: En el presente caso, los delitos imputados: i) Patrocinio Ilegal [artículo 385° del Código Penal] se encuentra sancionado en la Ley Penal con pena privativa de libertad no mayor de dos años; ii) Tráfico de Influencias [artículo 400° del Código Penal] se

encuentra sancionado en la Ley Penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; iii) Negociación Incompatible [artículo 399° del Código Penal] se encuentra sancionado en la Ley Penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; y, iv) Organización Criminal [artículo 317° del Código Penal] se encuentra sancionado en la Ley Penal con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. El delito más grave -considerando la pena privativa de libertad de mayor duración-, es el de Organización Criminal, cuyo extremo mínimo supera los cuatro años de pena privativa de libertad. Asimismo, al imputarse concurso real de delitos, de ser condenado, se sumarían las penas por cada delito. Además, hasta el momento no se aprecian circunstancias de atenuación que permitan disminuir la pena por debajo del mínimo legal; en consecuencia la pena privativa de libertad a imponer sería mayor a los cuatro años, cumpliendo con el requisito para su imposición más aún si existen fundados y graves elementos de convicción.

[...]

Cuadragésimo cuarto: Para los efectos de analizar este presupuesto procesal, se tiene en cuenta lo siguiente:

2) La pena privativa de libertad que se le podría imponer, de ser condenado, supera los cuatro años de pena privativa de libertad, incluso en el delito de Organización Criminal el extremo mínimo es de 15 años, aunado a que las penas por cada delito se sumarían -concurso real-, evidencia la gravedad de la pena que necesariamente conllevaría la reclusión en un establecimiento penitenciario, lo que permite presumir que rehuirá de la acción de la justicia.

[...]

Cuadragésimo noveno: En este extremo corresponde sustentar que el imputado, con su comportamiento, obstaculizará la verdad que se pretende descubrir en el proceso. Tal como ya se ha hecho referencia, el investigado

César José Hinostroza Pariachi, ha salido del país con la intención evidente de eludir su responsabilidad penal que pudiere determinarse en un proceso penal. Siendo necesaria su presencia, no solamente para el juicio sino también para los diversos actos de investigación que permitan cumplir los objetivos del proceso, tales como declaraciones, reconocimiento de documentos, entre otras. Además, al estar relacionada la imputación contra altos funcionarios que están vinculados al sistema de justicia, existe peligro de obstaculización.

La resolución de Prisión Preventiva glosada versa sobre el caso del ex-juez supremo de la Corte Suprema de Justicia de Perú, César José Hinostroza Pariachi. De la lectura del mismo se desprende la fundamentación sobre la prognosis de pena superior a cuatro años, la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, y el peligro de obstaculización. Precisamente, éstos guardan relación con los tres tópicos que serán estudiados y examinados a profundidad más adelante en el desarrollo de la tesis porque constituyen, puntualmente, los tres problemas de interpretación identificados y que es menester corregir.

Así mismo, será preciso indicar que, en especial, en cuanto al peligro de obstaculización, la citada jurisprudencia tiene una fundamentación que no incurre en incongruencia o inidoneidad, lo que es correcto y hasta didáctico. Lamentablemente, este tipo de fundamentación difiere significativamente de la casuística del Anexo N° 1, como se verá en seguida en los capítulos subsiguientes de la tesis.

Normalmente cuando existen casos en los cuales se procesan a ex-funcionarios públicos de las altas esferas del poder estatal, la presión mediática y la atención de los medios de comunicación influye con fuerza y puede resultar contraproducente para las autoridades y/o las partes del proceso. La otra cara de la moneda es que, a veces, puede ser bastante beneficioso que el contexto sea éste, ya que con la finalidad de combatir y erradicar la corrupción a gran escala y el latrocinio de los malos elementos de la administración pública y la política, se puede dar un efectivo mensaje que cale en gran parte de la ciudadanía de un país. Finalmente, en el presente caso, la medida cautelar fue declarada fundada, ordenándose la privación de libertad del procesado.

Apelación de Auto de Prisión Preventiva: Resolución N° 26 del Expediente N° 00299-2017, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en adición a sus funciones Sala Penal especializada en Delitos Aduaneros, Tributarios, De Mercado y Ambientales de la Corte Superior de Justicia especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, de fecha 03 de enero de 2019 (Caso “*Keiko Fujimori*”):

80. Agravio 35: Prognosis de la pena, no se ha llegado al grado de sospecha grave por lo que no se puede entrar analizar este presupuesto.

La determinación de la sospecha grave es un tema que ha sido establecido en el primer presupuesto exigido para adoptar la Prisión Preventiva, en lo que se refiere al análisis de la prognosis de pena el JIPN ha cumplido con fundamentarla de acuerdo a la normativa procesal y jurisprudencial fijada en la Casación N° 626-2013-Moquegua ubicándola en el primer tercio de la dosificación penal. Deviene el agravio en infundado.

85. Agravio 37: la gravedad de la pena debe analizarse dentro del marco del concurso de los demás criterios, a fin de evitar la aplicación de la Prisión Preventiva sobre la base de argumentos genéricos.

El JIPN argumenta en relación a la gravedad de la pena: "En el caso concreto, en grado de pronóstico que se cierne, conforme se ha argumentado en el segundo presupuesto material, sería un mínimo de 10 años de pena privativa de libertad (en grado de pronóstico). Es decir, en el caso de la investigada Fujimori Higuchi, se cierne una pena grave por el delito que se le imputa y este dato de la gravedad de la pena, es un dato que implica que pueda eludir la acción de la justicia, cuando en una persona la persona existe un pronóstico de pena grave, por instinto natural va a tender a eludir la acción de la justicia. Es por eso, que la gravedad de la pena, se erige en un criterio de peligro de fuga, no bastando, por sí solo, para dar por configurado el peligro procesal, es uno de los criterios a tener en cuenta con el peligro de fuga".

Se aprecia nítidamente de la redacción del argumento del JIPN que establece que la gravedad de la pena es un criterio que no puede operar aisladamente; es uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar el peligro de fuga, aunque queda claro que no es el único. El agravio es infundado.

86. Agravio 38: la magnitud de la pena se trata de un criterio punitivo, más no procesal por lo que debe ser desestimado.

El agravio propone un tema en materia de interpretación de la ley, conocido como de lege ferenda, es decir, una propuesta para mejorar la legislación, pero no se ciñe a una interpretación de lege lata que interpreta la ley tal como es. En el caso concreto se trata de un criterio que el juez debe tener en cuenta al analizar el peligro de fuga previsto en el artículo 269°.2 del CPP "La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento". La gravedad (o magnitud) de la pena como criterio de valoración está permitido por ley, asunto diferente es que este criterio se conciba como uno punitivo, pues dicho sesgo no es recomendable para imponer una Prisión Preventiva en forma aislada. Así lo sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Ollanta Humala - Nadine Heredia, fundamento 120: "En idéntico sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que aun habiéndose verificado indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la participación del imputado en el ilícito que se investiga, "la privación de libertad del imputado no puede residir [solamente] en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena" (cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 111). "Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la Prisión Preventiva" (cfr. Corte IDH. Caso López Álvarez v. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 69; Caso Bayarri v. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr.

74)". En esa línea de argumentación, teniendo en cuenta que el criterio de la gravedad de la pena no ha sido el único considerado para sustentar el peligro de fuga, como se ha demostrado en la presente resolución; deviene en infundado el agravio.

La resolución del colegiado que resuelve la apelación del Auto de Prisión Preventiva versa sobre el caso de la hija del ex-presidente constitucional de Perú, Alberto Fujimori Fujimori. Se trata de la ex-congresista de la República, ex-primer dama, ex-candidata a la presidencia de la república peruana en varias elecciones, y lideresa del partido político peruano “*Fuerza Popular*”.

En esta jurisprudencia se resalta sólo la parte pertinente que tiene que ver con el criterio de la prognosis de pena. Al respecto, la Sala Superior no amparó casi ningún agravio denunciado por la lideresa política, a pesar de que la defensa hizo todo los esfuerzos por impulsar intensos y profusos debates jurídicos en las audiencias públicas, y las mismas que fueron televisadas en televisión nacional.

El precitado recuso fue declarado infundado, continuando la procesada encarcelada hasta el término del presente trabajo de investigación, toda vez que el plazo de prisión ordenado en su contra fue de 36 meses. Cabe anotar que la batalla legal en los tribunales aún no ha cesado y la impugnación continúa en instancia de la Corte Suprema de la República.

Auto de Prisión Preventiva: Resolución N° 05 del Expediente N° 00019-2018, expedida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, de fecha 19 de abril de 2019 (Caso “*Pedro Pablo Kuczynski*”):

3.2. Prognosis de pena

3.2.2. En relación a Pedro Pablo Kuczynski Godard

Al respecto, el representante del Ministerio Público ha referido que nos encontramos frente a la concurrencia de una circunstancia atenuante

privilegiada, debido a la edad del imputado. Sobre ello, corresponde precisar que la edad del imputado Pedro Pablo Kuczynski, esto es, 80 años, no constituye una circunstancia atenuante privilegiada, puesto que la responsabilidad restringida por la edad establecida en el artículo 22° del CP constituye, en este caso, una causal de disminución de la punición. No obstante, luego de hacer esta precisión, cabe señalar que el referido artículo 22° del CP no resulta aplicable a este caso en concreto, puesto que, pese a que el imputado Kuczynski Godard tiene más de 65 años, conforme al segundo párrafo del citado artículo, se excluye de la aplicación de este artículo al agente que conforma una organización criminal. En ese sentido, si aplicamos el referido artículo, incurriríamos en una vulneración al principio de legalidad.

Ahora bien, continuando con el análisis respecto a la prognosis de pena, resulta necesario señalar que al imputado Kuczynski Godard se le imputa en calidad de autor, la comisión del delito de lavado de activos en la modalidad de actos de conversión, transferencia y ocultamiento, con la agravante de pertenecer a una organización criminal y por su condición de funcionario público en los periodos 2001-2002 y 2004-2005.

En ese sentido, como punto de partida tenemos que el delito imputado se encuentra sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años, lo cual supera la exigencia requerida para dictarse la medida de Prisión Preventiva. En ese orden, ahora cabe analizar si en el presente caso, concurre alguna situación o circunstancia particular que permita sostener que la probable pena a imponerse debe ser reducida por debajo de la exigencia establecida en el literal b) del artículo 268° del CPP. En cuanto a las circunstancias atenuantes genéricas, el Juzgado estima que si bien el imputado carece de antecedentes penales, ello no es suficiente para considerar una posible reducción de la pena a imponerse, puesto que, se presentan como circunstancias agravantes genéricas, el abuso del cargo, formación, poder, profesión y función del

citado imputado, así como la pluralidad de agentes intervinientes la ejecución del delito.

En esa misma línea, el artículo 45° del CP establece algunos presupuestos generales que deben ser tomados en cuenta para la determinación de la pena, y conforme a ello, se debe tener en consideración el cargo, posición económica, formación, poder y profesión del imputado, pues durante el año 2003 al 2015, el imputado Kuczynski Godard en su condición de funcionario público, ministro de Economía y Finanzas, y presidente del Consejo de Ministros en los periodos 2001-2002 y 2004-2005, promulgó normas adecuadas en la materialización de acuerdos corruptos, a fin de que se le otorgue la buena pro a la Concesionaria IIRSA Sur (tramo 2 y 3) y Trasvase Olmos, con el propósito de que su empresa Westfield Capital Ltd sea contratada en la estructuración financiera que debían cumplir las concesionarias como una exigencia en las bases, siendo que posteriormente, mediante esta empresa se habrían ejecutado los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de activos ilícitos provenientes de las asesorías financieras antes indicadas.

En relación a las causales de disminución o agravación de la punición, a criterio de este juzgado, resulta aplicable al caso concreto el artículo 46°-A del CP, puesto que el ya mencionado imputado aprovechándose de su condición de funcionario público (ministro de Economía y Finanzas y presidente del Consejo de Ministros, habría realizado las conductas delictivas que se le imputan. En cuanto al artículo 22° del CP y como ya se precisó anteriormente, este no resulta aplicable por las razones ya mencionadas, por lo que no corresponde, como afirma el fiscal, disminuir la probable pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal. En ese sentido, la existencia de circunstancias agravantes en este caso, nos llevan a concluir que la pena a imponerse estaría dentro del tercio intermedio o superior, lo cual supera los cuatro años de pena privativa de la libertad que se exigen para dictarse la medida de Prisión Preventiva.

En consecuencia, teniendo en cuenta el análisis anterior y el tipo del injusto penal de lavado de activos, debido a las características de los hechos punibles que forman parte de la hipótesis fiscal, pues, se ha indicado los periodos (diversos momentos) en los cuales se habría realizado las conductas punibles, se puede decir que es un delito que tiene continuidad en el tiempo; por lo que, siendo la pena no menor de diez ni mayor de veinte años, se superaría el mínimo legal del delito imputado, y en consecuencia, los cuatro años de pena privativa de la libertad exigidos por el artículo 268° del Código Procesal Penal, con lo cual respecto a este investigado se cumple este requisito, pues además, se tienen graves y fundados elementos de convicción que hacen plausible la presunta realización del hecho delictivo.

[...]

3.3. Peligro procesal

3.3.1. Peligro de fuga

3.3.1.3. Art. 269°.2 y 269°.5 del Código Procesal Penal "Gravedad de la pena" y "Pertenece a una organización criminal":

Al respecto debe invocarse al Tribunal Constitucional en el Exp. N° 4780-2017-PHC/TC "caso Ollanta Humala" que ha señalado en el FJ N° 115 que la pertenencia a una organización criminal o su integración a las mismas se trata de un criterio de orden procesal, así como la gravedad de la pena que según a lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lipo Iñiguez vs Ecuador, sentencia de 17 de noviembre del 2009, párr. 111, se señala que la detención no puede residir solo en la pena a imponer; pero en el caso materia de estudio, no solo concurre ambos supuestos de modo aislado (la pena, porque supera los 4 años que por máxima de experiencia el imputado teme a la condena y fuga como lo ha señalado el FJ. Cuadragésimo de la

Casación N° 626-2013-Moquegua, así como la pertenencia a una organización criminal con los componentes organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal como lo señala el FJ. Quincuagésimo séptimo de la Casación N° 626-2013-Moquegua, en el que según la imputación se ha empleado a los procesados Bernaola Ñufflo y Kisic Wagner, para la recepción de dinero y ocultamiento de la misma que corresponde a los objetivos de la referida organización), sino que se suma a otros elementos de peligro procesal que se han expuesto precedentemente, situación que permite efectuar una valoración en conjunto y determinar la presencia de peligro procesal.

Fragmentos de esta reciente resolución de Prisión Preventiva versan sobre el caso de otro ex-presidente constitucional de Perú, Pedro Pablo Kuczynski. A juicio de la presente tesis, quizás se trate de una de las mejores motivaciones emitidas en los últimos años por el Poder Judicial y es un modelo de resolución judicial de Prisión Preventiva, en el extremo referido a la prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad, esto es, al segundo presupuesto material.

Sin embargo, paradójicamente, no se puede afirmar lo mismo respecto de los otros tópicos relacionados al peligro procesal (prognosis de pena grave y pertenencia a una organización criminal o no), debido a que su fundamentación no tiene la misma riqueza o calidad que se ve en la motivación sobre el segundo presupuesto material de la Prisión Preventiva.

En el presente caso, aunque parecía que la mayoría de ciudadanos y letrados eran de la opinión de que por su avanzada edad le correspondía afrontar su proceso en libertad, igualmente, la medida cautelar fue declarada fundada, por lo que, se ordenó el internamiento provisional del procesado.

CAPÍTULO V

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DEL CRITERIO DE PROGNOSIS DE PENA

5.1. El problema de interpretación respecto al segundo presupuesto material de la Prisión Preventiva: la prognosis de pena superior a cuatro años

El problema de interpretación respecto a la prognosis de pena superior a cuatro años consiste en fijarla respetando los principios y reglas que sirven para determinar la aplicación de una pena justa al procesado o, eventualmente, condenado. El problema de interpretación que hemos logrado identificar es que, según los casos presentados ante el Juzgado Penal de Turno de Lima, la pena probable, pronóstico de pena o prognosis de pena que se le atribuye al procesado no es del todo correcta debido a un mal cálculo de éstos elaborados por parte del Ministerio Público.

No se puede olvidar que la mera subsunción y asignación de la consecuencia jurídica en abstracto no alcanza para establecer la pena -el quantum o cantidad de años- a cada persona en particular, en el marco de un proceso penal. Lo más recomendable es seguir escrupulosamente las pautas señaladas por la Corte Suprema de la República para los efectos de poder conocer con certeza y la mayor exactitud posible la prognosis de pena que le corresponde a cada procesado.

Figuroa Navarro (2010) explica claramente que

la determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal. Esto es, no es cualquier decisión la que lleva a determinar la calidad y el quantum de la pena abstracta o pena concreta, por la comisión de un hecho punible. Se trata de una decisión de carácter técnico, por un lado, pero también de carácter valorativo, por otro, que debe tener una utilidad; vale decir, ha de estar orientada a la consecución de una finalidad, asociada a los diversos objetivos que se han atribuido a la pena en el ámbito del derecho penal. En síntesis, la determinación de la pena es toda decisión político criminal tendiente a definir la calidad y el quantum de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible.

¿Cuál es la importancia del proceso de determinación judicial de la pena? Básicamente, toda la discusión respecto a la determinación judicial de la pena está circunscrita a la necesidad de establecer criterios racionalmente controlables que eviten la arbitrariedad en la fijación de una pena. Por ello, cuando se habla del control de la discrecionalidad en el ámbito de la determinación judicial de la pena, lo que debe tenerse en cuenta es el hecho que no existe la discrecionalidad absoluta. Toda discrecionalidad en el ámbito jurídico, y más aún en materia jurídico penal, es una discrecionalidad controlable. Lo contrario, o la contraparte a la discrecionalidad jurídica, es la arbitrariedad; cuya consecuencia es la imposibilidad de evaluar las decisiones judiciales. La necesidad de controlar este exceso de poder se hace más evidente en el ámbito de la imposición cuantitativa y cualitativa de una pena, pues es allí donde se expresa con mayor fuerza el poder punitivo del Estado y se restringen sustancialmente derechos fundamentales. (pp.1-2)

Es por ello que, al momento de determinar la cuantía de la sanción, deben jugar en forma absolutamente operativa todos los principios de un derecho penal y procesal penal políticamente fundado en una decisión de convertirse en dique limitador del ejercicio del poder punitivo del Estado. (Aliaga, de Luca & Slokar, 2014, p. 298)

La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales). (Silva Sánchez, 2007, p. 3)

5.1.1. El elemento de la pena

La pena es la consecuencia jurídica para el infractor de la ley penal. Especialmente el derecho penal es un control social. Una característica principal del derecho penal es la pena, entendida aquélla como el castigo que recae sobre el infractor, debiendo restringírsele, por tanto, el derecho a la libertad personal.

Si no existiese pena que restrinja algún derecho fundamental, el derecho penal no sería disuasivo ni podría decirse que ejerce un control social o previene permanentemente la comisión de nuevos delitos. Desde un punto de vista psicológico, la pena inhibe a la persona para la comisión de delitos por la consecuente sanción o castigo que le espera.

La pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. La forma de control social formal, hasta su actual desarrollo, supone la aplicación de una pena y terminar recluido en una cárcel privado de la libertad locomotriz por largos periodos de tiempo.

Las penas previstas en un ordenamiento jurídico constitucional no pueden, de modo alguno, ser abusivas ni desproporcionadas. Vale mencionar que los delitos culposos con frecuencia se castigan con penas menos graves en comparación con los delitos dolosos.

A propósito de ello, el dolo es la *entera y plena convicción natural, aunada al conocimiento y la voluntad de la persona*. El delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. En los delitos culposos la voluntad no concurre porque el infractor o agente nunca se representó el resultado por más que haya asumido algún *riesgo moderado*. Necesariamente el delito doloso exige la concurrencia del *elemento teológico*, cognitivo y volitivo. Por consiguiente, se colige que el dolo eventual no existe, pese a que los delitos se cometen, a veces, por imprudencia (delitos culposos).

Con relación a este punto, Villavicencio Terreros (2010):

En realidad, *“toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función”*. Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho Penal. Existe una estrecha relación entre las funciones del Derecho Penal y la teoría de la pena. *“Toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal”*; pero –como se verá más adelante– cada una de las teorías responden a una determinada concepción de Estado y, consecuentemente, cada teoría origina una

determinada definición de Derecho Penal. “*La historia de las teorías penales es una historia universal del derecho penal*”. La pena está relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo, “*la pena es ajena a la norma*”.

La pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana. Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si por el contrario, el cumplimiento de la utilidad es sólo un discurso no realizado -el poder penal no lo ejerce o no surte efectos- entonces la pena se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del Derecho Penal (teoría de la pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. Además, para evitar un Derecho Penal desbordado y politizado será necesario coordinar la perspectiva de protección de bienes jurídicos con la pena. (pp. 45 - 46)

5.1.2. La pena en abstracto y la pena en concreto

La pena en abstracto es sencilla de identificar, ya que desde el principio es la pena prevista que aparece en la ley de la siguiente manera: “*no menor de... ni mayor de...*”, para casi todos los delitos; o, “*no mayor de...*”, generalmente, para delitos menores. Es genérica y siempre es tomada como elemento referencial y sin relacionarla con un caso concreto porque cada caso tiene circunstancias muy singulares.

Es decir, se trata de una especie de intervalo de años que el legislador ha puesto en la ley penal para que cualquier persona, y sobre todo los justiciables, puedan conocer oportunamente y no después de delinquir.

Bajo esa línea de entendimiento, luego de conocer la pena en abstracto, corresponde al operador jurídico calcular la pena en concreto. Se puede decir que se trata del siguiente paso después de enterarnos cuál es la pena en abstracto del tipo penal. La pena en concreto es personalísima, puesto que aun en un mismo caso concreto y sobre el mismo delito, al existir pluralidad de agentes, a cada uno de los procesados puede corresponderle una pena diferente, toda vez que existen muchas circunstancias a tomar en cuenta que pueden modificar la pena para un procesado y para otro. Es relativo según cada caso particular.

La pena en concreto, o lo que es lo mismo, la prognosis de pena, es el pronóstico del quantum de la pena que le será impuesta a un determinado procesado al final del proceso. En un proceso penal, no es otra cosa que la cantidad de años que le espera a un imputado por la comisión de algún delito. Este quantum o resultado se obtiene luego de haber realizado la subsunción, deteniéndose el operador en analizar la consecuencia jurídica del tipo penal -que es lo que más interesa para realizar el cálculo de años correspondiente-, las agravantes y las atenuantes particulares. Por tanto, consiste en conocer anticipadamente la pena aplicable, o sea, los años de pena privativa de libertad que le impondrían al procesado en caso de que éste sea condenado.

La obtención de la cantidad de años probable de pena privativa de libertad sigue un procedimiento especial que los operadores jurídicos deben seguir de manera escrupulosa. En otras palabras, si cabe establecer un símil; una cosa es realizar un cálculo numérico en abstracto y otra en concreto. Por ejemplo, en el mundo las apuestas, tratándose de fútbol, con miras a apostar las probabilidades son infinitas y hay múltiples resultados posibles a tener en cuenta. Sin embargo, siguiendo *la Fórmula Juan*⁹, se tiene que las probabilidades y resultados posibles se reducen sobremanera: en abstracto, trece probabilidades y doce resultados posibles; mientras que, si nos ceñimos a la concreción de dicha fórmula, el apostador sabe que sólo existen cuatro apuestas posibles, hasta una quinta.

⁹ Cabe anotar que la precitada fórmula es de autoría de quien viene elaborando la presente investigación, creada el 26 de abril de los corrientes. La fórmula responde a un hecho jurídico y penalmente relevante de nuestros tiempos, en materia patrimonial y buena fe en los negocios. Específicamente, está dirigida a probar y demostrar la veracidad y la licitud de la organización mundial de la F.I.F.A. (Fédération Internationale de Football Association) y todos sus demás negocios vinculados a ella.

Sobre el proceso de determinación de la pena, Oré Sosa (2015) concluye que

es ciertamente, complejo. Bien se sabe que ella admite dos instancias: la legal y la judicial. La determinación legal se realiza en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto (mínimo y máximo) en el Código Penal para cada delito. La ley también establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas fijadas en abstracto para cada hecho punible. Estas pueden corresponder a la misma parte especial (p. ej. las formas agravadas de los delitos de homicidio, robo y tráfico ilícito de drogas) o a la parte general del Código Penal (p. ej. la reincidencia, la habitualidad, la tentativa o la omisión impropia). La instancia de determinación judicial o de individualización de la pena, por el contrario, no se realiza en abstracto, sino que atiende a las especificidades del caso concreto: mira tanto al delito cometido (injusto) como a la culpabilidad del autor. (p. 1)

Según el Anexo N° 1 de la tesis, la casuística del distrito fiscal de Lima en el año 2017, se tiene que en la Carpeta Fiscal N° 421-2017, Carpeta Fiscal N° 663-2017 y Carpeta Fiscal N° 710-2017 la motivación es insuficiente, ya que el requerimiento sólo se limita a mencionar la cantidad de años o consecuencia jurídica del tipo penal de forma genérica (pena en abstracto) sin llevar a cabo el procedimiento que la jurisprudencia vinculante prescribe a los operadores jurídicos, como lo veremos más adelante en los párrafos subsiguientes.

5.1.3. El cálculo de la prognosis de pena

En cuanto a la realización del cálculo, siguiendo la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de los acuerdos plenarios N° 1-2008/CJ-116, N° 5-2008/CJ-116 y N° 4-2009/CJ-116, se estableció con meridiana claridad la determinación judicial de la pena. Se resalta la identificación del tipo penal aplicable (juicio de subsunción); la importancia del sistema de tercios (tercio inferior, medio y superior); la existencia y valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes (generales o específicas); y, la valoración de cualquier otra cualidad relevante del agente o infractor.

Para la determinación judicial de la pena el Juez debe tener presente un conjunto de principios y reglas técnicas. En lo esencial él tomará en cuenta la función preventiva que a la sanción asigna el Código Penal (artículos I y IX del Título Preliminar). Asimismo, deberá atender a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar).

Luego el órgano jurisdiccional deberá evaluar la presencia de distintos factores o circunstancias generales que se detallan en los artículos 45° y 46° del Código Penal. Ahora bien, en nuestro país la legislación ha adoptado un sistema de determinación intermedio o ecléctico. A través de este modelo el legislador sólo señala un mínimo y un máximo de pena para cada delito, dejando al juez la tarea de individualizar en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Esto último lo hará en función de los criterios antes mencionados y de otras circunstancias especiales que puedan presentarse con relación al hecho o al autor.

El órgano jurisdiccional debe definir de modo cualitativo y cuantitativo, cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, pero no solamente se trata de llegar a una determinación formal, sino que debe responder a un razonamiento lógico, que a partir de silogismos principales y complementarios permita justificar de manera interna, pero también de manera externa la decisión adoptada. La sanción tiene que explicarse técnicamente y lógicamente por el operador, aquí es donde las cosas se colocan en un punto neurálgico, donde comienzan las dificultades para la representación social del resultado obtenido por el quehacer judicial, aquí es donde comienzan las críticas, donde se cuestiona nuestra profesionalidad, donde se pone en discusión la habilidad que tenemos para hacer bien el trabajo. (Prado Saldarriaga, 2007, p. 29)

Ahora bien, según el Anexo N° 1 de la tesis, se observa que en la Carpeta Fiscal N° 480-2017 la motivación está justificada, pues se cumple con realizar una correcta subsunción y explicar que como consecuencia de los antecedentes penales que registra el procesado, la pena concreta se ubica dentro del tercio superior.

Igualmente, en la Carpeta Fiscal N° 509-2017 se menciona que los denunciados cuentan con la circunstancia agravante de la reincidencia, por lo que se encuentra justificado colegir que la pena será superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.

Por el contrario, en Carpeta Fiscal N° 491-2017 la motivación es aparente, porque se alega que el procesado registra investigaciones fiscales; sin embargo, esta circunstancia no es una agravante.

A mayor abundamiento, la Carpeta Fiscal N° 580-2017 tiene una motivación aparente e incongruente, puesto que puede apreciarse que se menciona que hay gravedad de la pena, pero no se desarrolla; y, por otro lado, alegando peligro de fuga se pretende argumentar el segundo presupuesto, ítem con el que no guarda ninguna relación.

5.1.4. Concretamente, ¿en qué consiste el problema de interpretación con relación a la prognosis de pena superior a cuatro años?

Existe un problema respecto al segundo presupuesto material de la Prisión Preventiva: “*Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad*”. Así las cosas, de la casuística obtenida, que es materia de estudio, se aprecia que la pena probable muchas veces ha sido mal justificada o explicada por no seguir estrictamente los criterios jurisprudenciales del párrafo precedente. El problema se puede resumir y traducir como la motivación insuficiente no sólo de las resoluciones judiciales, sino también de los requerimientos fiscales y los descargos.

Cabe mencionar que el deber de motivar no sólo es exclusividad del juzgador, sino también de las otras partes del proceso. Por lo tanto, determinar que la pena a imponerse supera los cuatro años no es suficiente, ya que es imprescindible una motivación cualificada acorde y según los parámetros que la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República ha establecido.

En un estudio sobre el particular, de la Jara, Chávez-Tafur, Ravelo, Grández, del Valle & Sánchez (2013) dieron a conocer lo siguiente:

En una investigación llevada a cabo el año 2013 se dio a conocer que a partir de la muestra obtenida, observamos que ni los fiscales ni los jueces se detienen demasiado en el análisis y justificación de una prognosis de pena mayor de cuatro años, según lo previsto en el Código Penal para cada delito y las circunstancias particulares del caso, ya que se han limitado a establecer que la pena superará los cuatro años, para de esa manera cumplir con el segundo presupuesto previsto por ley. (p. 61)

Asimismo, la Carpeta Fiscal N° 617-2017 tiene una motivación que genera dudas, ya que en el supuesto de que la pena probable del procesado se ubique en el tercio inferior, lo que correspondería es la libertad del antes mencionado; no obstante, pese a la fundamentación tan superficial y ligera, el intérprete afirma categóricamente que la pena será superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.

5.2. El problema de interpretación respecto al segundo criterio del peligro de fuga: la gravedad de la prognosis de pena

5.2.1. Criterios que determinan el peligro de fuga

5.2.1.1. El arraigo en el país del imputado

Se trata de un criterio que, sobre todo, tiene en cuenta la relación del procesado con sus familiares y el patrimonio con el que cuenta éste. El juez puede estimar razonablemente que el imputado no rehuirá de la acción de la justicia porque aquél tiene parientes o bienes que le pertenecen y le generan arraigo en el país.

El arraigo se valora cuantitativa y cualitativamente. En otras palabras, es importante el número de familiares y los bienes a nombre del imputado, pero debe existir un real valor, importancia y relevancia de los mismos, de tal suerte que todo ello le garantice al juez suponer válidamente que una fuga no se llevará a cabo o que resultaría muy improbable. Los vínculos de los familiares o de los bienes con el procesado deben tener un alto grado significativo y de interés para que éstos se reputen de calidad.

Reátegui Sánchez (2006) explica que “el concepto de *arraigo*” tiene que ver con el establecimiento fijo en un lugar y en donde el imputado mantiene relaciones de una intensidad determinada con el medio en donde se desenvuelve”. (p. 223)

Arraigo implica echar raíces. Vivir en un lugar fijo y permanente, con estabilidad familiar y laboral. Legalmente el concepto de arraigo está determinado por el domicilio, la residencia habitual, el asiento familiar, lugar donde se realizan los negocios o donde desarrolla el trabajo el imputado; también alude a las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. (Rosas Torrico, 2015, p. 6)

5.2.1.2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento

Como se verá más adelante, este criterio casi no es debatido y/o rebatido por las partes dentro del proceso penal, pese a la importancia que tiene. Aunque en pocos casos, es posible que la presencia de este único criterio cumpla con el tercer presupuesto material y surgiría la polémica de que ello puede motivar una Prisión Preventiva o no; por ejemplo, en los casos de violación sexual a menor de edad; robo agravado con muerte subsecuente; lesiones graves con muerte subsecuente; asesinato; secuestro agravado; entre otros.

Según el Anexo N° 1 de la tesis, la casuística del distrito fiscal de Lima en el año 2017, se tiene que en la Carpeta Fiscal N° 509-2017, Carpeta Fiscal N° 617-2017 y Carpeta Fiscal N° 637-2017 queda claro que este criterio es importante, toda vez que una pena grave puede generar una influencia en el ánimo o la conducta procesal del investigado y dar lugar al riesgo de fuga.

De la Jara, Chávez-Tafur, Ravelo, Grández, del Valle & Sánchez (2013) refieren que “se ha encontrado que las variables que con mayor frecuencia cuestiona el fiscal son las vinculadas al arraigo del imputado con su comunidad, con más del 60% del total de argumentos o elementos de prueba presentados para este presupuesto”. (p. 57)

En segundo lugar, a cierta distancia encontramos las variables vinculadas a las características y el comportamiento del imputado, con casi 25%. La gravedad de la

pena como categoría solo representa el 14% del total de argumentos, y tiene una frecuencia de uso de aproximadamente una vez cada tres casos, léase en el 36,9% de imputados (Ibidem, p. 50). En el caso de la defensa, se observó una preferencia aún más marcada hacia rebatir argumentos basados casi exclusivamente en el arraigo del imputado, con más del 83% del total de argumentos presentados en 136 casos. La gravedad de la pena no aparece como un argumento rebatido de peso, pues alcanza menos del 3% del total. Finalmente, en cuanto a la actuación de los jueces, el orden de frecuencia de los diversos argumentos coincide: en primer lugar, el arraigo (64%); en segundo lugar, el comportamiento del imputado durante el procedimiento (27%); y, en tercer lugar, a una importante distancia, la gravedad de la pena, con 9%. Estos son los principales indicadores y argumentos utilizados para decidir sobre el tercer presupuesto en su variante de peligro de fuga. (Jara et al., 2013, p. 51)

5.2.1.3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo

La responsabilidad penal acarrea responsabilidad civil. Bajo esta premisa, la voluntad y predisposición que tiene el procesado para resarcir con proporcionalidad el daño a la víctima es un criterio muy importante a tomar en cuenta por el juez. En definitiva, no es un criterio crucial para resolver una Prisión Preventiva; sin embargo, para delitos cometidos contra el patrimonio sí que sería determinante.

De otro lado, quizá en los casos de delitos culposos, es cuando más y mejor puede evaluarse si existe ausencia o no de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño que ocasionó a la víctima.

Aquí se toma en cuenta la actitud del procesado frente al daño que ocasionó. Es decir, si voluntariamente se compromete a resarcir los gastos que su conducta ocasionó. Todo delito genera un injusto penal y un injusto civil, éste último puede soslayarse a la hora de verificar el peligro de fuga. (Rosas Torrico, 2015, p. 8)

5.2.1.4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior

Un comportamiento negativo del imputado no coadyuva a la averiguación de la verdad y la administración justicia. El silencio es un derecho y no puede ser calificado como un comportamiento obstruccionista, aunque en una etapa más avanzada del proceso sí pueda significar algo vano, dilatorio y beneficioso sólo para la defensa (estrategia dilatoria).

Tampoco es obstruccionista o peligrosa *per se* una accidentada intervención policial cuando detienen a la persona imputada o las protestas que ésta pudiera llegar a realizar ante la autoridad en ese momento, como quiera puede catalogarse como algo normal que las reacciones defensivas de una persona se producen como por acto reflejo o instintivo.

Por otro lado, las requisitorias u órdenes de captura, la declaración de contumacia o los antecedentes de obstaculización son bastante relevantes; mientras que los antecedentes penales, que sirven sobre todo para efectuar el cálculo de la pena concreta (pronóstico de pena), no podrían constituir una información sobre el imputado en otro procedimiento anterior porque ya fue valorado para determinar la concurrencia de otro presupuesto material de la Prisión Preventiva.

En opinión de Carrión Díaz (2016):

La actitud del procesado tanto en la investigación preliminar como en el proceso penal es uno de los presupuestos claves para determinar si se sujetara a él o no, ello implica examinar la voluntad del procesado a no entorpecer el esclarecimiento de los hechos, de acudir a las citaciones efectuadas, más no obligación de proporcionar la información que lo vinculen con la imputación, pues ello generaría autoinculpación, y constituiría una afectación del derecho de defensa, en su vertiente de no incriminación, etc. Cabe precisar que el riesgo de fuga no puede fundarse en el comportamiento demostrado en el momento de la detención, sino a partir de que el justiciable es llamado a declarar, en tal sentido se debe evaluar su conducta a lo largo de la investigación preliminar o del proceso penal. (p. 76)

5.2.1.5. La pertenencia del imputado a una organización criminal

En Perú, el crimen organizado se rige por una ley especial, y además el Código Penal tiene previsto el tipo penal de asociación ilícita para delinquir. Dicho lo anterior, este criterio es importante porque la sola existencia de una organización criminal puede facilitar de manera notable tanto la fuga como la obstaculización del imputado.

El peligro procesal se incrementa considerablemente debido a *la solidaridad ilegal* de miembros de la organización con el imputado. Por lo general, las organizaciones criminales están vinculadas a la comisión de delitos muy graves y/o complejos. No es frecuente, pero el peor problema de las organizaciones criminales es que la perturbación (coacción o amenazas) puede llegar a recaer sobre las propias autoridades del sistema de justicia como son los fiscales, los peritos o hasta el mismo juez del caso.

“El crimen organizado está constituido por las actividades de grupos criminales fuertemente estructurados y que realizan infracciones graves como medio para conseguir beneficios y/o para obtener influencia política o social”. (Zúñiga Rodríguez, 2013, p. 615)

5.2.2. Concretamente, ¿en qué consiste el problema de interpretación con relación a la gravedad de la prognosis de pena?

Con respecto a uno de los criterios del peligro de fuga (tercer presupuesto material), el juez tendrá en cuenta: *“la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”*; y, por otro lado, el segundo presupuesto material es que la pena concreta aplicable supere cuatro años de pena privativa de libertad. Dicho esto, el problema consiste en que al momento de realizar la interpretación de la ley procesal, se tiene que reconocer claro la diferencia existente entre una pena que supera los cuatro años y una pena grave.

Obviamente, la lógica ordena que se deba suponer que una pena grave supera con amplitud los cuatro años. Aunque una salvedad sobre la cual puede haber mucho escepticismo es pensar que la prognosis de pena superior a cuatro años, en sí misma, de antemano constituye una pena grave o muy grave; empero, el legislador no da a entender que ello es así, además que resultaría desproporcional o un tanto exagerada dicha calificación, teniendo en cuenta

que hay delitos que tienen penas previstas que oscilan entre los veinte años y pueden llegar hasta la cadena perpetua.

Podemos aseverar firmemente que el segundo presupuesto material no puede significar lo mismo que el segundo criterio del tercer presupuesto material, toda vez que significaría un sinsentido que se legisle dos veces o más sobre la misma materia, pues ello se asemejaría a una ‘sobrecriminalización’.

El problema es que una mala técnica legislativa en la redacción de la ley procesal puede afectar de manera indirecta los derechos del imputado, ya que la cantidad de años, por sí misma, no justifica una Prisión Preventiva, sino que necesita de la concurrencia de varios otros presupuestos y criterios, que necesariamente son irrepetibles.

De todos modos, la diferencia entre un presupuesto material y un criterio más a tener en cuenta debe ser clara y evidente; sin embargo, ni la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de la República ni la Presidencia del Poder Judicial a través de una directiva denominada “*Circular sobre Prisión Preventiva*” ha logrado dar la solución y poner punto final al problema hermenéutico.

A continuación, veamos y analicemos la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ de fecha 13 de septiembre de 2011, “*Circular sobre Prisión Preventiva*”, en lo que respecta y concierne al criterio de la prognosis de pena:

CUARTO.- Que de seguirse, como corresponde, esta metodología se comprenderá que la Prisión Preventiva no es una medida de aplicación automática o inmediata. Esto es, no se aplica a todos los imputados bajo sospecha vehemente -motivada y objetiva- de comisión de un delito, cuya prognosis de pena sea superior a los cuatro años de privación de libertad. Es por esta razón que debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una “doble lectura”. En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer es superior a cuatro años (artículo 268, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la Prisión Preventiva. Una vez

que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aun cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra -desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia- puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El Juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado. Sin embargo, ello no debe conducir a la aplicación de la Prisión Preventiva en todos los supuestos en los que la pena a imponer sea superior a cuatro años. Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la Prisión Preventiva (artículo 268, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de peligrosismo procesal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal Penal).

El primer párrafo de esta “Circular sobre Prisión Preventiva” propone un ejemplo muy ilustrativo, donde puede apreciarse una diferencia bastante significativa entre lo que debe entenderse por una prognosis de pena superior a los cuatro años y una prognosis de pena que, aparte de que supera de sobra los cuatro años, es tan elevado que se puede afirmar sin titubear que ello por supuesto que constituye la “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.

Así mismo, el segundo párrafo nos recuerda que, salvo ese tipo de ejemplos, todavía subsiste la problemática sobre la correcta y adecuada interpretación más allá de toda duda sobre lo que debe entenderse por una pena “grave”.

En ese sentido, según el Anexo N° 1 de la tesis, la casuística del distrito fiscal de Lima en el año 2017, se tiene que la Carpeta Fiscal N° 559-2017 (33° F.P.P.L.) es un ejemplo de un caso difícil en términos de reconocer una pena “grave”, debido a que el tipo penal imputado tendría una pena que no podría ser calificada como tan leve o tan grave, con lo cual no se sabrá de modo indubitable si estamos frente a una pena grave.

Por último, es menester precisar que una duda razonable puede surgir respecto a la responsabilidad penal de un procesado en un caso particular, pero no respecto a la interpretación de una disposición legal de manera permanente.

Por otro lado, a continuación, veamos y analicemos la Casación N° 626-2013-Moquegua, de fecha 30 de junio de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en lo que respecta y concierne al criterio de la prognosis de pena:

6. Sobre la prognosis de pena

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

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), 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.

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.

[...]

7.2. Gravedad de la pena

Cuadragésimo primero.- A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Cuadragésimo segundo.- La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de Prisión Preventiva. El informe dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y J vs. Perú; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

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.

Cuadragésimo cuarto.- En el caso de autos la resolución de primera instancia fundamenta el peligro de obstaculización probatoria y fuga con este solo dato.

La citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República se divide en dos partes que están vinculadas con el criterio de la prognosis de pena: “6. Sobre la prognosis de pena” y “7.2. Gravedad de la pena”.

Con relación a la primera parte, no habría mucho que acotar, pues para efectuar la determinación judicial de la pena se sigue un procedimiento, a estas alturas, conocido. Luego de la tipificación o subsunción, le sigue emplear el sistema de tercios (inferior, intermedio y superior); y, posteriormente, la tarea de tomar en cuenta las circunstancias generales atenuantes y agravantes; las causales de disminución o agravación de la punición; las reglas establecidas en el artículo 45° del Código Penal; y, las fórmulas de derecho premial, dejando claro que aquel listado no es taxativo, pudiendo fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que en la resolución se justifique.

El respeto y cumplimiento de las pautas o reglas antes señaladas en el párrafo precedente forzosamente darán como resultado la fijación de una prognosis de pena concreta proporcional.

En cambio, con relación a la segunda parte de la casación glosada, se debe enfatizar que la Corte Suprema de la República desperdicia una gran oportunidad para terminar con el problema hermenéutico y así erradicarlo por completo, pues de la lectura se desprende que nada más se limitan a hacer mención de que lo que debemos entender por este criterio del peligro procesal es que es un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia y que ante un peligro de eventual grave pena que le impondrían, el imputado puede temer y fugar. Algo muy superficial a juicio de la presente tesis.

Sin hacer un mayor análisis, no se establece ni se explica en qué consiste la diferencia con el segundo presupuesto material. ¿Qué diferencia a una prognosis de pena superior a cuatro años de una prognosis de pena “grave”? La Corte Suprema no ilustra ni da una respuesta del todo satisfactoria, ya que no cumple con describir suficientemente lo que caracteriza a una “grave” pena.

Finalizando, la presente investigación ha arribado a la conclusión de que en cada caso particular se puede reconocer con facilidad cuando una pena supera ampliamente los cuatro años; no obstante, la duda se presenta al calificar como “grave” o “muy grave” una pena.

En definitiva, en delitos tan execrables y con mucho reproche penal la suerte ya está echada, pero en delitos que no lo son tanto el problema de interpretación y las dudas subsisten todavía.

Cierto es que todo delito grave o muy grave tiene previsto penas muy altas. Por consiguiente, una solución inmediata es que el legislador cree un “*numerus clausus*”; en otras palabras, que se enumere taxativamente los delitos que deban ser considerados delitos con penas muy graves, de tal suerte que el problema de interpretación del segundo criterio del tercer presupuesto material quede bastante claro y resuelto para que el operador jurídico aplique directo el principio de legalidad.

Según el Anexo N° 1 de la tesis, la casuística del distrito fiscal de Lima en el año 2017, se observa que en la Carpeta Fiscal N° 31-2017 y Carpeta Fiscal N° 657-2017 no habría mayor problema ni mucho que discutir, puesto que las penas conminadas son de cadena perpetua y veinte años, respectivamente; es decir, puede ser éstas calificadas como penas graves, muy graves o gravísimas.

Mientras que, en otros casos, en la Carpeta Fiscal N° 376-2017 (18° F.P.P.L.) y Carpeta Fiscal N° 480-2017 la motivación deviene en insuficiente porque sólo se limitan a sostener que la pena es grave porque supera los cuatro años de pena privativa de libertad. Esto puede ser entendido como que en ambos casos se da el cumplimiento del segundo presupuesto material, mas no del segundo criterio del peligro de fuga contenido en la ley procesal.

En la Carpeta Fiscal N° 469-2017 y Carpeta Fiscal N° 472-2017, correctamente consideran que existe concurso de delitos o pluralidad de delitos; por tanto, en este tipo de casos complejos se entiende que la prognosis de pena será tan elevada que ello constituiría gravedad de la pena.

No menos importante es el estudio y análisis de delitos tan complejos como en el caso de la Carpeta Fiscal N° 580-2017, donde el reproche es demasiado no tanto por la cantidad de años prevista, sino por lo execrable de la conducta en sí misma.

5.3. El problema de interpretación respecto al resto de criterios del peligro procesal: la incongruencia, inidoneidad y abuso del criterio de pronóstico de pena

5.3.1. Todos los criterios que determinan la existencia del peligro procesal

Bien sabido es que el peligro procesal tiene dos vertientes, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. El Código Procesal Penal, en el capítulo I del título III, en los artículos 269° y 270° se han establecido todos los criterios a tener en cuenta para los efectos de determinar la existencia o no de peligro de fuga o peligro de obstaculización.

Artículo 269°.- 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°.- 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.

Es de verse que la ley procesal ha establecido taxativamente los precitados criterios. Suman ocho en total; sin embargo, un sector de la doctrina considera que pueden existir más criterios que la ley aún no ha recogido para que los operadores jurídicos -y sobre todo el juez-, alcancen a reconocer cuándo estamos frente ante un caso donde se configura el peligro procesal.

Pérez López (2014) expone diciendo que:

la doctrina y la jurisprudencia han debatido intensamente la posibilidad de considerar otros criterios. Alguno de ellos son la naturaleza del delito imputado; el peligro de reiteración delictiva; la peligrosidad procesal por antecedentes penales del imputado; la alteración del orden público o la puesta en riesgo de la viabilidad del sistema democrático; la falta de sinceridad del imputado o la no puesta en conocimiento de hechos que incriminan al imputado o la existencia de contradicciones en las declaraciones del imputado; y, el no apersonamiento del imputado a las investigaciones preliminares. (pp. 24 - 35)

De otra parte, Panta Cueva (2012), entre otros autores, están convencidos de que “existen criterios que no deben considerarse al momento de valorar el peligro procesal: los antecedentes penales que presenta el inculpado; las manifestaciones contradictorias, mentirosas o silencios del inculpado; y, la reincidencia y habitualidad del inculpado”. (pp. 11-15)

5.3.2. Criterios que determinan el peligro de obstaculización

A pesar de que los artículos 402° al 417° del Código Penal sancionan este tipo de actos ilícitos, es bueno que el juez de la causa pueda oportunamente evitar la comisión de estos

delitos o el peligro potencial de que se cometan. Lo más parecido a la prevención del delito o sanción de actos preparatorios.

5.3.2.1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba

Sobre este punto, la obstrucción no recae sobre personas; sin embargo, el procesado podría hacer que no prospere una investigación fiscal o judicial, toda vez que los elementos de pruebas terminan siendo afectados por la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de los mismos antes de que pasen a conocimiento de las autoridades.

Este presupuesto hace referencia a una probable actividad del imputado basado en su disposición material para eliminar, malbaratar, manipular, destruir u ocultar fuentes o medios de prueba que lo vinculen directa o indirectamente con la imputación.

Dicha conexión puede venir dada por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho enjuiciado (que indique la necesidad de analizar un determinado grado de capacidad organizativa e intelectual del imputado para planificar y ejecutar actos complejos), la situación social y familiar o las conexiones que el sujeto tenga con otros países, si se estima que en ellos pueda hallarse la concreta fuente de prueba.

5.3.2.2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente

Con frecuencia, cuando atentan contra la vida, la libertad o el patrimonio de las personas, éstas se ven obligadas a informar faltando a la verdad porque peligra algún bien jurídico suyo. A veces el imputado tiene la capacidad de amenazar a otras personas o influir negativamente en ellas para que falten a la verdad o su comportamiento perjudique la investigación y la averiguación de los hechos.

Según Carrión Díaz (2016),

el término “*influir*” hace referencia a la ascendencia que tiene el imputado sobre sus coprocesados, testigos o peritos, a efectos de incitar que estos últimos cooperen,

participen, respalden o apoyen la posición del imputado con el fin de favorecerlo sabiendo que los hechos que narran son falsos, esto puede darse producto de la coacción, presión, inducción, amedrentamiento, amenaza o intimidación que sufre el coimputado, testigos o peritos para que informen falsamente (p. 82).

Asimismo, se puede presentar la situación contraria que la influencia del imputado está destinada a que el coimputado, los testigos o peritos se comporten de manera desleal, entendido esto, como aquella actitud tendiente encubrir, proteger o esconder datos objetivos respecto de la participación del procesado en el hecho imputado (Carrión Díaz, 2016, p. 83).

5.3.2.3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos

Similar a lo antes expuesto, cabe la posibilidad de que el imputado lleve a cabo el mismo comportamiento; no obstante, la intensidad es menor porque la inducción no vulnera directo algún bien jurídico o derecho fundamental de las personas que llegasen a verse afectadas. La conducta del procesado es indirecta. Más bien esto supone la coordinación entre el procesado y otros agentes (una persona o un grupo de personas) para que ellos realicen la conducta que se explica y describe en los dos criterios anteriores del presente capítulo.

Para evaluar las posibilidades de que el procesado influencie a otros a que actúen en su nombre se debe partir de la naturaleza del delito y de la repercusión que la posible condena repercutirá en otras personas, por ejemplo, en los delitos como asociación ilícita para delinquir, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, robo agravado, etc. En estos casos las posibles repercusiones que la sentencia alcance sobre los integrantes no procesados incitan a éstos a proteger al imputado, a efectos de proteger así mismo. Asimismo, la inducción, incitación o instigación a cometer actos de sustracción de la persona del imputado o de obstrucción probatoria debe observarse a partir de la ascendencia del imputado sobre terceros, esta puede ser producto de la posición de poder o de influencia que ostenta en una organización, empresa o institución en cuanto le permita ordenar a sus subordinados o personas dependientes de su persona la destrucción, alteración u ocultamiento de fuentes o medios de prueba (Carrión Díaz, 2016, pp. 84-85).

5.3.3. Concretamente, ¿en qué consiste el problema de interpretación con relación a la incongruencia, inidoneidad y abuso del criterio de pronosis de pena?

La incongruencia consiste en exponer argumentos los cuales no guardan ninguna relación con lo que se pide o solicita. La inidoneidad puede ser entendida como el argumento que no satisface el tema abordado, puesto que no es el idóneo para hacerlo. Y el abuso de un criterio, como su mismo nombre lo indica, es el uso excesivo, desmesurado e indiscriminado de un determinado argumento, lo cual no es admisible. Cualquiera de estas tres modalidades invalida la fundamentación jurídica.

Para *la dinámica imperativa*, la incongruencia y la incoherencia no tienen lugar ni resiste el menor análisis. La congruencia es conveniencia, coherencia, relación lógica; de ahí que si, por mandato legal, un extremo o criterio debe ser fundamentado con el argumento X ó Y, se infiere que los argumentos W ó Z para nada son válidos o idóneos.

Ninguno de los ítems del presente capítulo versa sobre el pronóstico de la pena; sin embargo, de la revisión y análisis de los requerimientos fiscales presentados al Juzgado Penal de Turno de Lima, se ha logrado observar que muchísimos argumentos están vinculados con el elemento penológico; sin embargo, no corresponde que sea así.

Cuando menos, ni el peligro de obstaculización ni el primer presupuesto material están relacionados con el criterio de la pronosis de pena. Lo dicho hasta aquí supone que relacionar criterios que difieren tanto es a todas luces incongruente; en consecuencia, la motivación deviene en ilegal e inconstitucional.

Llegados a este punto, luego de una revisión exhaustiva de la casuística, en la mayoría de casos hemos visto que los criterios explicados y descritos no guardan ninguna relación con la pronosis de pena, por lo tanto, el problema de justificar el resto de criterios existentes consiste en existe una constante y manifiesta incongruencia, inidoneidad y abuso de un único argumento trillado. No puede haber un abuso de justificación basándose sólo en un criterio (pronosis de pena), puesto que para el resto de criterios que con los que no guarde relación la argumentación será incongruente e inidónea.

La Prisión Preventiva exige la concurrencia de muchos presupuestos materiales y varios otros criterios, por lo que la prognosis de pena, si bien es cierto es un criterio muy importante, ello no quiere decir que sea el único elemento a tener en cuenta al momento de motivar y declarar fundada una medida cautelar tan dura y severa como es la Prisión Preventiva.

Bajo esa línea argumentativa, en el Anexo N° 1 de la tesis, la casuística del distrito fiscal de Lima en el año 2017, se observa una significativa cantidad de casos en los que la motivación es manifiestamente incongruente e inidónea. Verbi gratia: Carpeta Fiscal N° 408-2017 (20° F.P.P.L), Carpeta Fiscal N° 472-2017, Carpeta Fiscal N° 491-2017, Carpeta Fiscal N° 509-2017, Carpeta Fiscal N° 559-2017 (33° F.P.P.L.), Carpeta Fiscal N° 624-2017, Carpeta Fiscal N° 638-2017, Carpeta Fiscal N° 639-2017, Carpeta Fiscal N° 645-2017, Carpeta Fiscal N° 657-2017 y Carpeta Fiscal N° 710-2017.

De la revisión completa de la casuística y, especialmente, de las carpetas fiscales del párrafo anterior, se aprecia que es un error bastante recurrente que los operadores del Ministerio Público asocien el peligro de obstaculización con *“la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”*. En otras palabras, la evidente incongruencia e inidoneidad consiste en alegar o traer a colación el criterio de la prognosis de pena para motivar, justificar, fundamentar o sustentar un criterio que dista demasiado del antes mencionado: el criterio del peligro de obstaculización. Es una pena observar que sobre el peligro de obstaculización nada se acredite ni fundamente y sólo se recurra, en vano, a una fundamentación sobre prognosis de pena elevada.

Igualmente, en los casos de la Carpeta Fiscal N° 580-2017 y Carpeta Fiscal N° 591-2017 se observa otro error común, el cual consiste en tener en cuenta y valorar los elementos constitutivos del tipo penal, algo que de ninguna manera corresponde que sea analizado a fin de determinar si existe o no peligro procesal, ya sea de fuga u obstaculización. En ese sentido, la motivación deviene en incongruente.

El caso de la Carpeta Fiscal N° 617-2017 tiene una motivación reñida con los derechos fundamentales de la persona por abusiva, pues como se ha explicado en el capítulo precedente de la presente tesis, no puede calificarse de obstruccionista una accidentada intervención policial cuando detienen a la persona que se le atribuye la comisión de un delito.

La motivación es incongruente porque se alega el criterio del comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior (peligro de fuga) en la parte que tiene que ver con el peligro de obstaculización.

Por otra parte, también hay casos en lo que se observa motivación aparente. La Carpeta Fiscal N° 637-2017 tiene una motivación tan deficiente que no explica en absoluto por qué se sostiene que existiría peligro de obstaculización en el investigado.

Por último, para no desmerecer el trabajo de algunos fiscales diligentes, en algunos de los pocos casos como en la Carpeta Fiscal N° 421-2017, se logra encontrar algo de asidero en la motivación de los requerimientos, ya que no es incongruente, inidóneo ni tiene una argumentación repetitiva.

CONCLUSIONES

- El nuevo modelo procesal promete una justicia más célere. Propone algo diferente, donde predomina la dialéctica, el debate, la exposición y la oralidad tanto de la parte que acusa e investiga (el fiscal) como de la defensa técnica (el abogado). En teoría, es así que de ella surge la verdad de los hechos. Se distingue mejor la función exclusiva del juez, quien pone fin al proceso y vela por las demás garantías del debido proceso. Asimismo, solamente el fiscal tiene a su cargo la compleja tarea de llevar a cabo la investigación del caso.
- El nuevo modelo procesal promete mayor garantismo a las partes. Es acusatorio y adversarial, dejando atrás el antiguo paradigma inquisitivo. Predomina la oralidad más que la escritura. La oralidad abre paso a un mayor entendimiento sintético y ágil para el juzgador.
- La Prisión Preventiva no es la medida cautelar por excelencia en los procesos penales ni mucho menos soluciona el problema del hacinamiento en los penales y el alto índice de corrupción en el Estado. No obstante, se debe tener en cuenta que una buena alternativa de igual naturaleza provisional es el arresto domiciliario.
- La condición necesaria para la correcta aplicación de esta medida cautelar en cualquier proceso penal es que la motivación cualificada del juez sea en realidad tal y exista *probanza suficiente* en procesos cautelares, puesto que las medidas cautelares también se fundan en pruebas.
- Respecto al primer presupuesto material de la Prisión Preventiva, si un elemento de convicción no es fundado, mal haría el juzgador o cualquier otro sujeto procesal en calificarlo de grave o no.
- El segundo presupuesto material de la Prisión Preventiva demanda más un examen hermenéutico que probatorio. Se ha definido con meridiana claridad el concepto de prognosis de pena, pues no se tenía claro su significado y generaba confusión entre los operadores jurídicos.

- En cuanto al primer problema de interpretación: Determinar de forma genérica que la pena a imponerse supera los cuatro años no es suficiente, ya que es imprescindible una motivación cualificada acorde y según los parámetros que la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República ha establecido para conocer la pena concreta de cada procesado en particular. De persistir la problemática y no ser corregida se continuará afectando la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa del procesado.

- En cuanto al segundo problema de interpretación: Se tiene que reconocer claro la diferencia existente entre una pena que supera los cuatro años y una pena grave. Obviamente, la lógica ordena que debemos suponer que una pena grave supera con amplitud los cuatro años. El segundo presupuesto material no puede significar lo mismo que el segundo criterio del tercer presupuesto material, toda vez que significaría un sinsentido que se legisle dos veces o más sobre la misma materia, pues ello se asemejaría a una ‘sobrecriminalización’. El problema es que una mala técnica legislativa en la redacción de la ley procesal puede afectar de manera indirecta los derechos del imputado, ya que la cantidad de años, por sí misma, no justifica una Prisión Preventiva, sino que necesita de la concurrencia de varios presupuestos y criterios, que necesariamente son irrepetibles. Resulta aconsejable, entonces, la aplicación del principio de legalidad por el establecimiento de un *numerus clausus* en la ley procesal porque es ésta una buena y sencilla opción de solución donde se enumerarán los delitos considerados con penas muy graves. Queda claro, finalmente, que dicha enumeración no es aislada ni se aparta de tener en cuenta las demás reglas o criterios que el artículo 268° y siguientes recogen y sirven para determinar razonablemente la dación de Prisión Preventiva. Por el contrario, de persistir la problemática y no ser corregida se continuará afectando la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa del procesado.

- En cuanto al tercer problema de interpretación: La congruencia es conveniencia, coherencia, relación lógica. Si un extremo o criterio debe ser fundamentado con el argumento X ó Y, se infiere que los argumentos W o Z para nada son válidos o idóneos. De la revisión y análisis de los requerimientos fiscales presentados al Juzgado Penal de Turno de Lima, se ha logrado observar que muchísimos argumentos están vinculados con el elemento penológico cuando no corresponde que sea así. Cuando menos, ni el peligro de obstaculización ni el primer presupuesto material están relacionados con el elemento

antes mencionado. Así, relacionar criterios que difieren tanto es, a todas luces, incongruente e inidóneo; en consecuencia, la motivación puede ser calificada como ilegal e inconstitucional. De igual manera, no puede se puede hacer un uso abusivo del criterio de pronóstico de pena y convertirlo en una fundamentación o argumento trillado o sobrevalorado, que no alcanza para justificar que se ordene la medida de Prisión Preventiva. De persistir la problemática y no ser corregida se continuará afectando la libertad, el debido proceso y el derecho de defensa del procesado.

RECOMENDACIONES (no excluyentes)

- Recomendación *de lege ferenda*: Derogar, específicamente, el numeral 2 del artículo 269° del Código Procesal Penal, por la deficiente técnica legislativa en la redacción, puesto que resulta más conveniente establecer un “*numerus clausus*” de los delitos que deben ser considerados con pena muy grave, sin dejar espacio a la incertidumbre jurídica. Establecer un “*numerus clausus*” no es algo nuevo, pues cabe mencionar que antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal existió el Mandato de Detención, el cual también contemplaba un “*numerus clausus*” de determinados delitos; sin embargo, aquella institución no podría compararse con la moderna Prisión Preventiva de hoy, pues la institución anterior no se encontraba dotada de todas las demás garantías que en la actualidad el artículo 268° y siguientes del Código Procesal Penal prevén.
- Emitir un nuevo Acuerdo Plenario. El pronunciamiento de la Corte Suprema de la República puede resolver clara y de forma definitiva todo problema de interpretación relacionado con la prognosis de pena.
- Acoger y seguir la doctrina o literatura moderna del derecho procesal penal -como el presente trabajo de investigación-, con la finalidad de que se interprete válida y correctamente los presupuestos materiales de la Prisión Preventiva que guardan relación con la prognosis de pena.
- Evitar la aplicación de la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ de fecha 13 de septiembre de 2011, “*Circular sobre Prisión Preventiva*”, suscrita nada más por el Presidente de la Corte Suprema de la República, por inconstitucional, como quiera que es dimanante o proveniente de un solo juez, y ello atenta contra el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la jerarquía normativa y el derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Ramírez, Martín (2005). *El debido proceso*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, (Vol. 4, N° 7). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5238000> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Aguilar López, Miguel Ángel (2015). *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio. Apéndice de jurisprudencia relacionada*. México D.F.: Instituto de la Judicatura Federal.
- Anchondo Paredes, Víctor Emilio (2012). *Métodos de interpretación jurídica*. Revista Quid Iuris, (Año 6, Vol. 16). Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17406> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Asencio Mellado, J. M. (1987). *La prisión provisional*. Madrid: Civitas.
- Bacigalupo Zapater, Enrique (1988). *Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, (Tomo 41, N° 2). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46325> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Bernal Cuellar, Jaime (1996). *Presunción de inocencia*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, (Vol. 20, N° 20). Recuperado de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/230> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Bombini, Gabriel (2014). *Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal*. En Alejandro Aliaga, Javier de Luca & Alejandro Slokar (directores), *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena. Compendio de doctrinas*. Buenos Aires: Infojus.
- Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L.
- Carbonell, Miguel (2006). *Ultrajando a la Constitución. La suprema corte contra la libertad de expresión*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Isonomía, (N° 24). Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/partes/328662/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho--21/1> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Carrión Díaz, Juan Elías (2016). *Manual Auto Instructivo del Curso Prisión Preventiva*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Castillo-Córdova, Luis (2005). *Criterios de interpretación para evaluar la constitucionalidad del mandato de detención*. Repositorio institucional Pirhua - Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces, (Tomo 137). Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2064/Criterio_interpretacion_evaluar_constitucionalidad_mandato_detencion.pdf?sequence=1 [Consulta: 11 de enero de 2019].

- Castillo Quispe, Máximo & Sánchez Bravo, Edward (2013). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Condori Mamani, Roger (2015). *La Prisión Preventiva en el proceso penal*. Lima: Arus D&L Editores.
- Cubas Villanueva, Víctor (2016). *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. 2º edición. Lima: Palestra Editores.
- De La Jara, Ernesto; Chávez-Tafur, Gabriel; Ravelo, Andrea; Grández, Agustín; Del Valle, Óscar & Sánchez, Liliana (2013). *La Prisión Preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?* Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Del Río Labarthe, Gonzalo (2008). *La Prisión Preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ara Editores.
- Del Río Labarthe, Gonzalo (2010), *La Prisión Preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Del Río Labarthe, Gonzalo (2015). *La Prisión Preventiva: una década después*. En José Luis Castillo Alva (coordinador), *Prisión Preventiva*. Lima: Instituto Pacífico.
- Echeverry Restrepo, Carlos Andrés (2008). *El imperio de la discrecionalidad judicial*. Revista Criterio Jurídico, (Vol. 8, N° 1). Recuperado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/296> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Fernández Sessarego, Carlos (2006). *El derecho como libertad*. Lima: Ara Editores.
- Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Figuroa Navarro, Aldo (2010). *La reforma penal de la determinación judicial de la pena*. Artículo electrónico. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_07.pdf [Consulta: 11 de enero de 2019].
- García Amado, Juan Antonio (2006). *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?* Revista de filosofía moral y política Isegoría, (N° 35). Recuperado de <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- García Amado, Juan Antonio (febrero, 2004). *La interpretación constitucional*. Revista Jurídica de Castilla y León, (N° 2). Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/28068679> [Consulta: 11 de enero de 2019].

- García Falconí, José Carlos (2009). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y la Prisión Preventiva en el Ecuador*. (Tesis de maestría en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, Área de Derecho).
- Guastini, Riccardo (1999). *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. Revista Jueces para la democracia, (N° 34). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174776> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Hassemer, Winfried (1992). *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, (Tomo 45, N° 1). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Hunter Ampuero, Iván (2011). *La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil*. Revista Ius et Praxis, (Año 17, N° 2). Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200004 [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Kostenwein, Ezequiel (2017). *La Prisión Preventiva en plural*. Revista Direito & Práxis de Rio de Janeiro, (Vol. 08, N° 2). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25019> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Lamarca Pérez, Carmen (2011 - 2012). *Principio de legalidad penal*. Revista Eunomía, (N° 1). Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2167> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Landa Arroyo, César (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Llobet Rodríguez, Javier (2009). *La Prisión Preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla de México, (Vol. 3, N° 24). Recuperado de <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/202> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Martín, Adrián N. (2014). *Algo más sobre determinación de la pena. Notas sobre la necesaria disminución de habilitación de poder punitivo*. En Alejandro Aliaga, Javier de Luca & Alejandro Slokar (directores), *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena. Compendio de doctrinas*. Buenos Aires: Infojus.
- Matías Pinto, Ricardo (enero-diciembre, 2007). *Los motivos que justifican la Prisión Preventiva en la jurisprudencia extranjera*. Revista Latinoamericana de Derecho, (Año 4, N° 7 – 8). Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21375> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Mendoza Supo, Ángel Alberto (2015). *Mandato de detención y Prisión Preventiva*. Blogdiario.com. Ica: Artículos de Derecho. Recuperado de <http://icajuridica.blogspot.es/1243890900/mandato-de-detenci-n-y-prisi-n-preventiva/> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Monroy Gálvez, Juan (2009). *Teoría general del proceso*. 3° edición. Lima: Communitas.

- Moreso, José Juan (2001). *Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)*. Revista DOXA, (N° 24). Recuperado de <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10219> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Neyra Flores, José Antonio (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Idemsa.
- Nieto, Alejandro (2003). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. En Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia, *Relaciones con las Cortes e Igualdad del Gobierno de España*. Revista de Administración Pública, (N° 162). Madrid: Civitas. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=160&IDA=35872> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Oré Guardia, Arsenio (2017). *Los presupuestos materiales de la medida de Prisión Preventiva - Casación N° 626-2013-Moquegua*. En *Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*. Secretaría Técnica de la Comisión Especial de implementación del Código Procesal Penal. Emitidas por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia durante el periodo 2007 – 2017. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Oré Sosa, Eduardo (2015). *Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076*. Artículo electrónico del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado de http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Panta Cueva, David Fernando (2012). *Criterios valorativos referentes al peligro procesal. A propósito de su tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial*. Recuperado de http://www.derechopenalenlared.com/libros/panta_cueva_criterios_valorativos_peligro_procesal.pdf [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Pérez López, Jorge A. (2014). *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de Prisión Preventiva*. Derecho y Cambio Social, (Año 11, N° 36). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472565> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto (2007). *La determinación judicial de la pena*. En *Seminario Taller Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.
- Ramón Real, Alberto (1979). *Los métodos de interpretación constitucional*. Revista de Derecho Público, (N° 25/26). Recuperado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/39544> [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Reátegui Sánchez, James (2006). *En busca de la Prisión Preventiva*. Lima: Jurista Editores.
- Riego, Cristián; Duce, Mauricio & Fuente M., Claudio (2009). *La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la Prisión Preventiva*. En Cristián Riego &

Mauricio Duce, *Prisión Preventiva y reforma procesal penal en América Latina: Evaluación y perspectivas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA-JSCA. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/097649ACB8B85D490525812A005D9A35/\\$FILE/Americas_pretrial.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/097649ACB8B85D490525812A005D9A35/$FILE/Americas_pretrial.pdf) [Consulta: 11 de enero de 2019].

Riego, Cristián & Duce, Mauricio (2009), *La Prisión Preventiva en Chile: El impacto de la reforma procesal penal y de sus cambios posteriores*. En Cristián Riego & Mauricio Duce, *Prisión Preventiva y reforma procesal penal en América Latina: Evaluación y perspectivas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA-JSCA. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/097649ACB8B85D490525812A005D9A35/\\$FILE/Americas_pretrial.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/097649ACB8B85D490525812A005D9A35/$FILE/Americas_pretrial.pdf) [Consulta: 11 de enero de 2019].

Rosas Torrico, Marcia Amparo (2015). *Peligro de fuga y Prisión Preventiva*. Artículo electrónico. Recuperado de <http://librejur.net/librejur/Documentos/RevistaVirtual/2013/07%20-%20ROSAS.pdf> [Consulta: 11 de enero de 2019].

Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo (2007). *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, (Vol. 64, N° 143). Recuperado de <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2552> [Consulta: 11 de enero de 2019].

Ruiz Ruiz, Ramón (2010). *Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional*. Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, (N° 20). Recuperado de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/193> [Consulta: 11 de enero de 2019].

Salmón, Elizabeth & Blanco, Cristina (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sánchez Velarde, Pablo (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa.

Sarango Aguirre, Hermes (2008). *El debido proceso y el principio de motivación de las resoluciones/sentencias judiciales*. (Tesis de maestría en derecho procesal, Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador, Área de Derecho).

Sentís Melendo, Santiago (1971). *In dubio pro reo*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, (N° 2 – 3). Recuperado de http://www.academiadederecho.org/biblioteca/biblio_display_cont.cgi?wid_cont=4889 [Consulta: 11 de enero de 2019].

Silva Sánchez, Jesús-María (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. Revista electrónica InDret, (N° 2). Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78588> [Consulta: 11 de enero de 2019].

Talavera Elguera, Pablo (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura.

Valenzuela, Jonatan (2011). *Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la Prisión Preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno*. Revista de Estudios de la Justicia, (N° 14). Recuperado de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28554> [Consulta: 11 de enero de 2019].

Villavicencio Terreros, Felipe (2010). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.

Zagrebelsky, Gustavo (2016). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Zambrano Tiznado, Juan Pablo & Agüero San Juan, Claudio (2009). *Multiculturalidad y discrecionalidad judicial en una sentencia penal: análisis desde Joseph Raz*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (N° XXXII). Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100009 [Consulta: 11 de enero de 2019].

Zúñiga Rodríguez, Laura (2013). *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal*. Lima: Jurista Editores.

Casación N° 626-2013-Moquegua de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, de fecha 30 de junio de 2015.

Constitución Política de Perú de 1993

Diario oficial “*El Peruano*”

Diccionario de la Real Academia Española - 23° Edición.

Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española

Enciclopedia Jurídica Omeba

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú y la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.

Publicación de Academia de la Magistratura, “Aplicación de la pena” – Capítulo II: Determinación judicial de la pena.

Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ de fecha 13 de septiembre de 2011, “Circular sobre Prisión Preventiva”.

Segunda Parte de la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, D. Leg. N° 957.

**ANEXO N° 1: CASUÍSTICA DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA –
REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA ELABORADOS POR EL
MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA EN EL AÑO 2017**

	PROBLEMA N° 1 ¿Explica y motiva suficientemente el cálculo de la prognosis de pena?	PROBLEMA N° 2 ¿Establece la diferencia existente con “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”?	PROBLEMA N° 3 ¿Existe una motivación congruente y coherente, sin la necesidad de alegar la prognosis de pena?
CARPETA FISCAL N° 31-2017	En ambos denunciados: Configura delito de robo agravado, artículo 188° como tipo base con las circunstancias agravantes incisos 3 (a mano armada) y 4 (con el concurso de dos o más personas) del primer párrafo, y último párrafo (muerte subsecuente) del artículo 189°, sancionado con cadena perpetua.	En ambos denunciados: “... se corre el riesgo de que por la gravedad de la pena prevista para este tipo de delito, el imputado trate de fugar y así evadir el accionar de la justicia”.	Existe obstaculización, porque no se presentará a las diligencias programadas, y tratará de influenciar a los testigos para que cambien su versión porque tiene un amplio prontuario policial y un testigo manifestó que un familiar fue a su restaurant a comer y se fueron sin pagar, causando destrozos y diciendo que no esté hablando cosas que no son de su sobrino.
CARPETA FISCAL N° 376-2017 (18° F.P.P.L.)	“La pena será no menor de cuatro años ni mayor de seis años”. De encontrar responsable al denunciado la pena será superior a cuatro años, por cuanto no existen circunstancias atenuantes.	Por la gravedad de la pena a imponer se tiene que se estima una sanción superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.	No expone peligro de obstaculización.
CARPETA FISCAL N° 376-2017 (21° F.P.P.L.)	“... será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”. Asimismo, el denunciado Paul Herrera cuenta con sentencia consentida condenatoria suspendida (Reincidencia), por lo que según la prognosis realizada, la pena privativa de libertad sería mayor a los cuatro años.	La prognosis de la pena que se espera como resultado del procedimiento sería mayor de 4 años, lo que genera la existencia de peligro de fuga del imputado, quien rehuiría del proceso ante el temor de ser condenado a una pena privativa de libertad efectiva.	“el denunciado ante la probable emisión de una sentencia condenatoria (toda vez que ya cuenta con un proceso penal por delito de la misma naturaleza con condena) tratará de eludir la acción de la justicia, ocultándose en lugares donde no se le pueda ubicar.

<p>CARPETA FISCAL N° 377-2017</p>	<p>Robo agravado, previsto en el inciso 4 del primer párrafo del artículo 189° señala una pena no menor de doce ni mayor de veinte años, por lo que de encontrar responsable a los denunciados del citado delito la pena será superior a cuatro años de pena privativa de libertad, por cuanto no existen circunstancias atenuantes.</p>	<p>La gravedad de la pena a imponer se tiene que se estima una sanción de superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 386-2017</p>	<p>La pena por el delito contra el patrimonio – robo agravado, previsto en el inciso 4) Y 5) del primer párrafo del artículo 189° del Código Penal, señala que: “no menor de doce ni mayor de veinte años”; por lo que de encontrar responsable a los denunciados del citado delito la pena será superior a cuatro años de pena privativa de libertad, por cuanto no existen circunstancias atenuantes.</p>	<p>La gravedad de la pena a imponer se tiene que se estima una sanción de superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 396-2017</p>	<p>La pena por el delito Hurto agravado, previsto en el primer párrafo del artículo 186° “será no menor de tres ni mayor de seis años”, y por delito de falsedad genérica es no menor de dos ni mayor de cuatro años, por lo que la pena será superior a cuatro años de pena privativa de libertad, por cuanto no existen circunstancias atenuantes y se trata de un concurso de delitos.</p>	<p>La gravedad de la pena a imponer se tiene que se estima una sanción de superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>
	<p>Opera un concurso real de delitos, en cuyo caso, “(...) se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del</p>	<p>Las penas privativas de libertad a imponerse por los delitos de Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y Tenencia</p>

<p>CARPETA FISCAL N° 408-2017 (20° F.P.P.L.)</p>	<p>de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave”, el delito de Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, previsto en el segundo párrafo del artículo 296°, con pena no menor de seis ni mayor de doce años, y al advertirse que no concurren circunstancias atenuantes en la conducta de los denunciados, resulta evidente que la pena a imponerse será superior a cuatro años de pena privativa de libertad.</p>	<p>procedimiento”.</p>	<p>Ilegal de Armas, será superior a los 06 años de pena privativa de libertad, por lo que existe el riesgo inminente de que los denunciados se oculten y entorpezcan el proceso de averiguación de la verdad, al tratar de eludir la acción de la justicia. La Prisión Preventiva persigue impedir a los imputados la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para el proceso.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 408-2017 (MIRAFLORES)</p>	<p>En ambos denunciados: Se imputa Robo Agravado, tipificado en el artículo 188° (tipo base), con las agravantes 2, 3 y 4 del primer párrafo del artículo 189°; la comisión de Tenencia ilegal de armas de fuego sancionado por el primer párrafo del artículo 279°-G; y la comisión del delito Banda Criminal, tipificado en el artículo 317°-B. Estamos ante un concurso real de delitos, se sumarán las penas que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. La pena estaría en relación al delito más grave, el delito de Robo agravado cuya pena es no menor de doce ni mayor a veinte años, por lo que la prognosis de pena sería superior a los cuatro años y con ello la posibilidad de que intente evadirse de la acción de la justicia.</p>	<p>En ambos denunciados: Repite la argumentación de la prognosis de pena superior a cuatro años.</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>
	<p>El hecho constituiría delito de Tráfico Ilícito de</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad</p>	<p>Existe peligro de fuga y entorpecimiento de la</p>

<p>CARPETA FISCAL N° 421-2017</p>	<p>Drogas, tipificada en el segundo párrafo del artículo 296°, con pena no menor de 6 ni mayor de 12, siendo posible que la pena supere los cuatro años.</p>	<p>de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.</p>	<p>actividad probatoria, pues está pendiente recabarse la declaración del propietario del arma, el mismo que le fuera hallada en poder del denunciado. También el modo de actuar del agente, por lo que es posible que el imputado obstaculice la investigación.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 469-2017</p>	<p>Los hechos constituyen delito de Fabricación, comercialización, uso o porte de armas, tipificado en el primer párrafo del artículo 279°-G, que tiene una pena no menor de seis ni mayor de diez años; y el delito de Banda Criminal, tipificado en el artículo 317°-B, que tiene una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años, por lo que resulta manifiesto que la pena será superior a los 4 años.</p>	<p>Al tratarse de concurso de delitos sancionados con penas de entre cuatro a diez años, pues estamos frente a delitos muy graves que afecta la seguridad, el buen desarrollo de las actividades sociales y las relaciones interpersonales.</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 472-2017</p>	<p>El delito imputado a los denunciados es Comercialización y Tenencia Ilegal de Bombas, previsto en el primer párrafo del artículo 279° del Código Penal con pena de 6 y 15 años; Comercialización y Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, previsto en el primer párrafo del artículo 279°-G, con pena de 6 y 10 años; y Banda Criminal, previsto en el artículo 317°-B con pena de 4 y 8 años. Se advierte delito continuado, pues el autor ha cometido varios delitos a través de una sola resolución criminal que son enjuiciados en el mismo proceso penal, por lo cual, corresponde pena</p>	<p>Se advierte una prognosis de pena que supera ampliamente los 4 años, por cuanto son varios delitos con penas mínimas y máximas que oscilan entre 6 y 15 años, y por las máximas de la experiencia, genera razonablemente que la conducta procesal de los denunciados varíe con el ánimo de sustraerse de la acción de la justicia.</p>	<p>La pena a imponerse se encontrará dentro del quantum punitivo de 6 a 15 años, por tanto, existe el riesgo inminente de que eluda y entorpezca el proceso, perturbando la actuación probatoria de encontrarse en libertad, tratando de ocultarse y obstaculizando la averiguación de la verdad, pretendiendo eludir la acción de la justicia por temor a la gravedad de la pena que probablemente se le impondrá. Siendo así, a criterio de esta fiscalía, los denunciados son un peligro para la sociedad, por lo que debe afrontar el presente proceso reclusivos.</p>

	del delito más grave, lo que supera los cuatro años.		
CARPETA FISCAL N° 476-2017	El hecho denunciado constituye delito que se encuentra previsto y sancionado en el primer párrafo, numeral 2 del artículo 121° con pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años. En ese sentido, analizando la prognosis de la pena concreta que le correspondería al denunciado y considerando que este resulta ser delincuente reincidente lo que constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal; por lo que la pena mínima a imponer no será menor a cuatro años de pena privativa de la libertad.	La gravedad de la pena que se espera como resultado del proceso, esto es pena privativa de libertad no menor de cuatro años, lo que significa que la pena a imponerse va a ser efectiva.	No expone peligro de obstaculización.
CARPETA FISCAL N° 480-2017	Correcta subsunción. Si bien es cierto, el denunciado no registra antecedentes penales; sin embargo, esta fiscalía se comunicó telefónicamente con el Juzgado de San Isidro, donde el denunciado refiere haber tenido un proceso penal similar a los hechos materia de la presente denuncia, donde señalaron que el denunciado fue sometido a proceso inmediato por delito de Hurto Agravado, siendo sentenciado a pena privativa de libertad suspendida; siendo así se	La gravedad de la pena que se espera como resultado del proceso, esto es, pena privativa de libertad no menor de cuatro años, lo que significa que la pena a imponerse va ser efectiva.	No expone peligro de obstaculización.

	<p>tiene que la pena a imponerse al denunciado estará dentro del tercio superior, esto es, 5 a 6 años.</p>		
<p>CARPETA FISCAL N° 491-2017</p>	<p>Se trata de un delito grave, cuya pena es no menor de tres ni mayor de ocho años y se determinará conforme al artículo 45°-A y 45°, debiéndose tener en cuenta que el denunciado, según la consulta de casos fiscales a nivel nacional, registra investigaciones.</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.</p>	<p>La pena probable supera los cuatro años, existe el riesgo inminente de que eluda y entorpezca el proceso de averiguación de la verdad. El denunciado perturbará la actuación probatoria de encontrarse en libertad y tratará de ocultarse y obstaculizar la averiguación de la verdad al tratar de eludir la acción de la justicia. Debe tomarse en cuenta que el denunciado podría guarecerse y/o ocultarse en lugares expresamente conocidos por ellos y que si bien cuentan con DNI, esto no constituye garantía suficiente que asegure que el imputado no intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria, toda vez que no cuentan con domicilio fijo, por lo que no tiene arraigo domiciliario donde se les pueda notificar válidamente y asegurar su presencia en el proceso, generando peligrosidad porque muestra inescrupulosidad al perpetrar el ilícito penal grave. Siendo que la Prisión Preventiva persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para el proceso.</p>

<p>CARPETA FISCAL N° 500-2017</p>	<p>Constituye delito contra el Orden Financiero y Monetario - Posesión y/o Circulación de Billetes Falsos. La conducta delictiva se encuentra prevista en el artículo 255°, "El que fabrica, introduce en el territorio de la República o retira de él, máquinas, matrices, cuños o cualquier otra dase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas o se encuentra en posesión de uno o más pliegos de billetes falsificados, o extrae de un billete auténtico medidas de seguridad, con el objeto de insertarlas en uno falso o alterado, o que, a sabiendas, los conserva en su poder será reprimido con pena privativa no menor de cinco ni mayor de doce años, concordante con el artículo 16° del mismo cuerpo legal; por las razones antes expuestas, se provee que el juicio de reproche en la pena es muy superior a los cuatro años de pena privativa de libertad. La prognosis de la pena será evidentemente superior a los cuatro años de privación de su libertad.</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de "la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento".</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>
	<p>El delito imputado es Hurto Agravado, el cual tiene una conminación legal de pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, por lo que la prognosis de la pena será evidentemente superior a los cuatro años, máxime si se debe apreciar la modalidad utilizada,</p>	<p>Estando al marco punitivo del delito denunciado, se evidencia que la pena a imponer en caso de que los imputados sean condenados será de tal entidad y gravedad, que hace inferir que éstos en libertad rehúyan a la acción de la justicia.</p>	<p>La forma y circunstancias en las que se habrían desarrollado los hechos, el historial personal de uno de los imputados y dada la forma en que perpetraron el hecho ilícito y la gravedad de la pena del delito que se les imputa, y que los mismos con la intención de desvincularse de las graves</p>

<p>CARPETA FISCAL N° 509-2017</p>	<p>pluralidad de personas, utilizando un vehículo, mediando destreza. Los denunciados anteriormente han sido condenados por delitos contra el patrimonio, y los denunciados Carlos Javier Talavera Cajo y Christian Tapia Salazar cuentan con denuncias por delitos similares, de lo que se desprende que los denunciados se dedicarían a cometer estos ilícitos en la modalidad aludida, máxime si en el acta de registro vehicular consta prendas de vestir, probablemente especies hurtadas, indicando el denunciado Dinder Daniel Moreno Velásquez que las mismas no le pertenecen. Por lo que se colige que la pena sería superior a los cuatro años.</p>		<p>imputaciones que se les hace, se colige que los imputados pueden obstaculizar la acción de la justicia y perturbar la actividad probatoria, máxime si aún faltan materializarse las diligencias solicitadas se actúen para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Los imputados en libertad podría de alguna u otra manera influenciar en la persona de la agraviada para que cambie su versión y declare en su favor, teniendo en cuenta que aquella los sindicó directamente como la persona que participaron en la sustracción de sus pertenencias.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 551-2017</p>	<p>Suficientemente motivado.</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.</p>	<p>Deberá tenerse en cuenta de que es muy probable que el procesado influya en determinar que no se pueda identificar a su cómplice, de esta manera entorpecer la etapa de instrucción conforme a lo estipulado en el inciso 2 del artículo 270° de la ley procesal.</p>
	<p>El delito de lesiones graves, previsto en el artículo 121°, primer párrafo, inciso 2, tiene una penalidad no menor de seis ni mayor de doce años de pena, debido a que las lesiones sufridas producirán secuelas de desfiguración permanente, lo que evidencia que la pena superará ampliamente los cuatro</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.</p>	<p>La pena probable a imponerse supera los cuatro años, existe el riesgo inminente de que eludan y entorpezcan el proceso de averiguación de la verdad, por lo que perturbarán la actuación probatoria de encontrarse en libertad, tratando de ocultarse y obstaculizando la averiguación de la verdad al tratar de eludir la acción de</p>

<p>CARPETA FISCAL N° 559-2017 (33° F.P.P.L.)</p>	<p>años.</p>		<p>la justicia. Además, se debe tomar en cuenta que podrían guarecerse y/o ocultarse en lugares exprofesamente conocidos por ellas, como lo viene haciendo su familiar Martha Soledad Hinostriza Crispin, quien lejos de comparecer y reconocer los hechos que se le imputa, se mantiene en la clandestinidad, no constituyendo garantía suficiente que asegure que no intentarán eludir la acción de la Justicia o perturbar la acción probatoria y asegurar su presencia en el proceso, generando peligrosidad toda vez que muestra inescrupulosidad al perpetrar el ilícito penal grave. Hay amedrentamiento y violencia no solo con la agraviada, sino también de los familiares de ésta, respecto de quienes la agraviada refiere que se encuentran amedrentados por la actitud amenazante que ha mostrado el cónyuge de una de las denunciadas cuando ha acudido a la casa de la agraviada para reclamarle que por su culpa las denunciadas se encuentran detenidas, por lo que existe peligro de obstaculización.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 559-2017 (43° F.P.P.L.)</p>	<p>Sólo subsunción.</p>	<p>Estando a los hechos descritos, por la forma y circunstancias en que sucedieron y teniendo en cuenta que la conducta del imputado revela una clara peligrosidad y no respeto a bienes jurídicos tutelados en el presente caso, poniendo en riesgo a la toda la colectividad. Además, constituye peligro de fuga el hecho mismo investigado,</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>

		que por la gravedad de la penalidad prevista, ocasiona miedo y temor al imputado de ir a la cárcel; por lo que el imputado huirá de la persecución penal.	
CARPETA FISCAL N° 580-2017	Estando a los hechos descritos, por la forma y circunstancias en que sucedieron y teniendo en cuenta que la conducta del imputado revela una clara peligrosidad y no respeto a bienes jurídicos tutelados en el presente caso, poniendo en riesgo a la toda la colectividad. Además, constituye peligro de fuga el hecho mismo investigado, que por la gravedad de la penalidad prevista, ocasiona miedo y temor al imputado de ir a la cárcel; por lo que huirá de la persecución penal.	Al ser un delito que afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad (libertad sexual), produce sensibles daños en la víctima y vulnera irreparablemente su proyecto de vida. Al ser sancionado con pena no menor de seis ni mayor a ocho años, es obvio que se trata de un delito muy grave que afecta también la salud e integridad física; considerando que la pena es muy grave, es un motivo más para que el denunciado evada la acción de la justicia, es decir existe peligro de fuga.	Debe resaltarse que el denunciado no ha brindado una debida colaboración con el esclarecimiento de los hechos investigados, pues niega las imputaciones por más que éstas son evidentes, argumentando que la agraviada se le insinuaba, lo que demostraría un peligro inminente de obstaculización probatoria.
CARPETA FISCAL N° 591-2017	El delito de Extorsión está previsto en el primer párrafo del artículo 200°, sancionado con una pena no menor de diez ni mayor de quince años. Dada la naturaleza del delito, es evidente que la pena probable a imponerse siempre va a ser superior a los cuatro años, tanto más si la conducta estaría encaminada a ejecutar su conducta punible ante la exigencia de dinero al agraviado para recuperar su vehículo, que dicha ventaja económica indebida que se exige produce un efecto intimidatorio al agraviado. Además, en autos no	La prognosis de la pena a imponerse en caso la sentencia sea condenatoria, nos conduce a la probabilidad de que esta sea superior a los cuatro años. Teniendo en cuenta la forma y circunstancia de los hechos, que en resumen se trata de la exigencia económica a través del teléfono celular que le fue incautado al imputado, exigiendo recompensa o rescate por la entrega o recuperación del vehículo, el cual le fue hurtado con fecha anterior; por lo que es perfectamente posible concluir que, al haberse realizado el análisis de la prognosis de la pena ésta	El imputado niega los hechos en su contra, refiriendo haber estado en lugar de su intervención porque había acordado encontrarse con un amigo de apelativo “Cuchara” y al estar ingresando a los servicios higiénicos es intervenido, lo que demuestra la obstaculización de la averiguación de la verdad, pese haber sido intervenido con el dinero que le entregó el agraviado y habérsele incautado el teléfono celular con el cual realizó llamadas y mensaje al agraviado exigiendo una ventaja económica indebida.

	<p>existirían por el momento causas que atenúen la responsabilidad penal. Es imposible que se le aplique una pena inferior a los cuatro años.</p>	<p>resulta ser alta. Dada la fase inicial de la investigación formalizada, la calificación del tipo y la gravedad de la correspondiente pena son indicadores que pueden justificar razonablemente la necesidad de atender los fines de la Prisión Preventiva. En suma, como resultado del proceso penal el peligro de fuga adquiere mayor virtualidad por la gravedad del hecho delictivo, la pena correspondiente y la diversidad de elementos de cargo.</p>	
<p>CARPETA FISCAL N° 617-2017</p>	<p>El delito está previsto en el segundo párrafo del artículo 296°, concordante con el inciso 1 del artículo 298°, sancionando con pena de tres a siete años, de lo que se desprende que la pena que se impondría sería superior a cuatro años de pena privativa de la libertad.</p>	<p>El delito imputado es de especial gravedad, ya que la pena a imponerse al denunciado podría superar en demasía los cuatro años de pena privativa de la libertad; lo cual permite asegurar la presencia del imputado en el proceso penal que garantice una debida investigación de los hechos por parte del órgano judicial, o cuando eventualmente se trate de la ejecución de la pena. La pena drástica puede generar una influencia en el ánimo o la conducta procesal del denunciado y dar lugar al riesgo de fuga.</p>	<p>Obstaculizará la averiguación de la verdad del proceso penal que se instaure en su contra, ya que antes de ser intervenido trató de darse a la fuga a fin de eludir la acción de la justicia.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 619-2017</p>	<p>El delito de Micromercialización, previsto en el numeral 1 del artículo 298° se encuentra sancionado con pena no menor de tres ni mayor a siete años, por lo que analizando la prognosis de la pena concreta, siendo que no le ampara ninguna eximente, no tiene capacidad</p>	<p>Existe suficientes motivos que permiten determinar que el denunciado eludirá la acción de la justicia, considerando que la pena probable a imponérsele es alta, no menor de cuatro ni mayor a siete años, por lo que existe alta probabilidad que el denunciado huirá de la justicia, buscando sustraerse de un proceso</p>	<p>No expone peligro de obstaculización</p>

	<p>restringida u otra causal que haga posible considerar una pena por debajo del mínimo legal, sino todo lo contrario. Cuenta con antecedentes penales por el mismo delito. Se espera que la pena a imponer sea superior a cuatro años.</p>	<p>judicial y a la postre evadir su responsabilidad penal.</p>	
<p>CARPETA FISCAL N° 624-2017</p>	<p>Sólo subsunción.</p>	<p>Dada la gravedad del delito de microcomercialización de drogas y tenencia ilegal de arma de fuego y municiones, éste tratará de eludir la acción de la justicia. Se tiene en cuenta que se ha recabado el reporte SIATF en el cual se aprecia cuatro denuncias penales formalizadas en su contra ante el Poder Judicial, por delitos contra el tráfico ilícitos de drogas y tenencia ilegal de arma de fuego, respecto de los años 2013, 2014 y 2015. El denunciado sí presenta dos sentencias condenatorias en 2015 y 2016 del 33° Juzgado Penal de Lima, por microcomercialización, con penas de cuatro años en cada sentencia, según Registro Nacional de Condenas, por lo que el investigado es altamente proclive a incurrir en la comisión de ilícitos penales y por ello, pretenderá sustraerse a la acción de la justicia. Debemos indicar que el imputado Juan Carlos Ariste Torres pretenderá darse a la fuga, porque la menor pena será de cuatro años, razón por la cual resulta debidamente acreditado que eludirá la acción de la justicia y existe un contundente peligro de fuga.</p>	<p>Se le encontró drogas y armas y por ello, la pena a imponerse al investigado será superior a cuatro años, lo que conllevaría a sostener que el imputado eludirá la acción de la justicia, motivo por el que, queda acreditado que el citado tratará de obstaculizar la acción de la justicia por la potencial sanción penal que se le fuese a imponer.</p>

<p>CARPETA FISCAL N° 632-2017</p>	<p>La sanción a imponerse resulta superior a cuatro años. Los hechos investigados constituirían delito de Tenencia Ilegal de Municiones, previsto en el primer párrafo del artículo 279°, cuya pena es no menor de seis ni mayor de quince años. Debe tenerse en cuenta la naturaleza del delito denunciado es de mera actividad, el cual castiga al autor por la sola posesión de las municione. Asimismo, ha sido sentenciado por otros delitos por lo cual es proclive a la comisión de ilícitos penales.</p>	<p>Con relación a la gravedad de la pena es preciso indicar que en caso se le encuentre responsable de los hechos imputados por la gravedad de la pena podría abstraerse de las investigaciones y eludir la acción de la justicia.</p>	<p>No expone peligro de obstaculización.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 637-2017</p>	<p>El delito de Peligro Común en agravio del Estado (SUCAMEC), está previsto en el primer párrafo del artículo 279°-G, cuya pena privativa de libertad es no menor de seis ni mayor de diez años.</p>	<p>Con base en todo lo expuesto, indiscutiblemente la pena probable será superior a los cuatro años y existe el riesgo inminente de que el denunciado eluda.</p>	<p>El denunciado entorpece el proceso de averiguación de la verdad, perturbará la actuación probatoria de encontrarse en libertad tratando de ocultarse y obstaculizando la averiguación de la verdad al tratar de eludir la acción de la justicia.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 638-2017</p>	<p>Los delitos de Hurto Agravado y Tenencia Ilegal de Armas, los cuales tienen una conminación legal no menor de seis ni mayor de diez y no menor de tres ni mayor de seis. Es de prever que la posible pena se encontrará en un tercio por encima del tercio superior del quantum de la pena prevista para el delito de Hurto Agravado. Según se advierte de las ocurrencias policiales, se tiene que el imputado registra más de tres hechos delictivos en menos de cinco años, pues</p>	<p>El quantum de la posible pena que recibiría el imputado será superior a los cuatro años y motivaría al imputado a tratar de evadir el accionar de la justicia y sustraerse de su responsabilidad penal.</p>	<p>Por la elevada prognosis de pena, el denunciado tratará de obstaculizar el accionar de la justicia y perturbar su normal desenvolvimiento.</p>

	<p>una agravante cualificada que permite aumentar la prognosis de pena hasta por un tercio por encima del máximo legal de la pena prevista del delito instruido, aunando a ello. Además, nos encontraríamos ante un concurso real de delitos, porque hubo distintas unidades de tiempo, las presuntas penas a imponer deberán de sumarse, lo que supera la barrera de cuatro años.</p>		
<p>CARPETA FISCAL N° 639-2017</p>	<p>La pena en el delito de Robo Agravado es no menor de doce ni mayor de veinte años, pese a advertirse que en la investigación concurre una circunstancia atenuante, el hecho de no haber consumado el delito (tentativa); sin embargo, resulta indudable que la pena a imponerse a los denunciados será superior a cuatro años.</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.</p>	<p>Considerando que la pena privativa de libertad a imponerse por el delito de Robo Agravado, en grado de tentativa, será superior a los cuatro años; por consiguiente, existe el riesgo inminente de que los denunciados se oculten y entorpezcan el proceso de averiguación de la verdad, al tratar de eludir la acción de la justicia.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 645-2017</p>	<p>La pena en el delito de Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, es no menor de diez ni mayor de quince años, y al advertirse que no concurren circunstancias atenuantes, resulta evidente que la pena a imponerse será superior a cuatro años.</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.</p>	<p>Considerando que la pena supera los cuatro años, por lo que existe el riesgo inminente de que el denunciado se oculte y entorpezca el proceso de averiguación de la verdad al tratar de eludir la acción de la justicia, como lo ha venido realizando durante la investigación preliminar al querer brindar su declaración indagatoria solicitando la presencia de un traductor del idioma chino mandarín, pese a residir en Perú por más de veinte años, tiempo en que habría aprendido el idioma</p>

			español.
CARPETA FISCAL N° 646-2017	<p>El delito de Violencia contra la Autoridad, para impedir el ejercicio de sus funciones, previsto en el artículo 366° con la agravante contenida en el inciso 1 (con el concurso de dos o más personas) del primer párrafo e inciso 3 (contra miembros de la Policía nacional de Perú) del artículo 367°, con una pena conminada de ocho a doce años; además del concurso real del delito de lesiones leves, que en su tercer párrafo regula la agravante cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional de Perú, que tiene una pena conminada de tres a seis años, por lo que la prognosis de la pena será evidentemente superior a los cuatro años.</p>	<p>Igualmente, la gravedad de la pena a imponerse, en este caso particular, sería una pena mayor a cuatro años, dada la peligrosidad de portar una réplica de arma de fuego, lo cual tiene la intención de someter a sus víctimas, siendo un sujeto peligroso para la sociedad y sin demostrar arrepentimiento alguno de sus actos.</p>	<p>La pena será mayor a los cuatro años, existe el riesgo inminente de que el denunciado eluda y entorpezca el proceso de averiguación de la verdad. Consecuentemente se tiene que el denunciado perturbará la actuación probatoria de encontrarse en libertad tratando de ocultarse y obstaculizando la averiguación de la verdad al tratar de eludir la acción de la justicia. Se debe tomar en cuenta que el denunciado podría guarecerse y/o ocultarse en lugares expresamente conocidos por él, no constituyendo garantía suficiente que asegure que el denunciado no intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria, por lo que su accionar estaría destinado a obstaculizar las investigaciones del hecho. Siendo que la Prisión Preventiva persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para el proceso ésta deberá sustentarse en la audiencia.</p>
CARPETA FISCAL N° 657-2017	<p>El delito de Robo Agravado, en grado de tentativa, el mismo que se encuentra previsto en el primer párrafo del artículo 16° y artículo 188° (tipo base) con las agravantes del artículo 189°, numeral 3; que prevé una pena no menor de doce ni mayor</p>	<p>La pena a imponerse está entre los 12 y 20 años; en ese sentido, atendiendo a la naturaleza y a la gravedad del hecho, la pena a imponerse sería superior a los cuatro años, lo que no asegura la presencia del imputado en el proceso penal, que garantice una</p>	<p>Siendo que por la gravedad del delito en que ha incurrido, la pena a imponerse sería pena de libertad efectiva, por lo que resulta válido inferir que buscará eludir la acción de la justicia y obstaculizar la averiguación de la verdad del proceso penal que se</p>

	de veinte años; por lo que dada la gravedad de los hechos imputados, la naturaleza del delito denunciado; se desprende que la pena que se impondría sería muy superior a la de cuatro años.	debida investigación de los hechos por parte del órgano judicial, o cuando se trate de la ejecución de la pena, puede generar una influencia en el ánimo o la conducta procesal del denunciado, y por tanto dar lugar a que se presente el riesgo de fuga.	instaure en su contra.
CARPETA FISCAL N° 663-2017	El hecho investigado constituye la presunta comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas-Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, conducta tipificada en el segundo párrafo del artículo 296° del Código penal, el cual tiene una pena básica de no menor de 6 ni mayor de 12, por lo que la pena superará los cuatro años de pena privativa de la libertad.	No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.	No expone peligro de obstaculización.
CARPETA FISCAL N° 710-2017	El hecho investigado constituye la presunta comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas - Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, conducta tipificada en el segundo párrafo del artículo 296°, el cual tiene una pena básica de no menor de 6 ni mayor de 12, por lo que la pena superará los cuatro años de pena privativa de la libertad.	No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.	El Juez Penal debe tener 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; advirtiéndose que en el presente caso, la pena probable a imponerse podría motivar fácilmente que el imputado se oculte con el objeto de alterar el normal desarrollo del proceso y de su resultado, ya que su ausencia dificultaría la adecuada marcha del proceso su resultado y la adecuada marcha de la

			<p>administración de justicia; además existe el riesgo de que el denunciado estando en libertad prosiga en la comisión del acto ilícito que se le imputa.</p>
<p>CARPETA FISCAL N° 781-2017</p>	<p>“Cuando no existan atenuantes, ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior”, es decir, la pena a imponerse al denunciado estará ubicada dentro del tercio inferior; razón por la cual, la pena a imponerse sería no menor de 12 años ni mayor de 14 años 8 meses, coligiéndose que supera ampliamente los cuatro años, por lo que la pena a imponerse deberá ser de carácter efectivo. Se tiene como atenuante la tentativa, pues no existe alguna causa de justificación o de exculpación imperfecta, que amerite la imposición de una pena privativa de libertad inferior a los cuatro años.</p>	<p>No expone ni establece la diferencia de “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”.</p>	<p>Es muy probable que el denunciado amenace al agraviado e influya en su manifestación, teniéndose en cuenta que fue amenazado con una réplica de arma de fuego por el denunciado y su coimputado, la cual fue colocada al lado derecho de su abdomen (altura de las costillas diciéndole “entrega todo, colabora, ya perdiste, o quieres que te enfrí”, amenaza con la que pretendían suprimir la capacidad psicológica de resistencia del agraviado para que se despoje de sus pertenencias, no logrando su cometido debido a la intervención policial.</p> <p>Registra otras detenciones e investigaciones en su contra, por lo que su conducta es tendiente a la comisión de hechos delictuosos, tal es así que registra una detención el 15/12/2011 por Hurto Agravado, internado en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, investigación que concluyó con dictamen (sobreseimiento), además registra la Denuncia N° 469-2015, con dictamen, ante la 2° Fiscalía Provincial Penal de Villa María del Triunfo.</p> <p>Como es de verse existe un “modus vivendi” ilícito por parte del imputado.</p>

**ANEXO N° 2: CONTENIDO ÍNTEGRO Y COMPLETO DE LOS
REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA (34) PRESENTADOS POR EL
MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA AL JUZGADO PENAL
DE TURNO DE LIMA EN EL AÑO 2017 (SOPORTE CD-ROM)**