

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ EN EL CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA

Preventive prison in Peru in the context of health emergency

Victor Hugo Silva Gamboa (*)

SILVA GAMBOA, Victor Hugo: LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ EN EL CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XVI N° 81, Setiembre 2020, pps. del 7 al 35.

Print ISSN: 2308- 5401 / Line ISSN: 2617- 0566
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495)
www.latindex.org.unam.mx

RESUMEN

La pandemia del COVID19 ha impactado sobre problemas de gestión estatal y organización del Estado, lo que ha traído como consecuencia, que se esté vulnerando los derechos fundamentales de los reclusos. Los mismos que por estar privados de la libertad están a total merced del cuidado gubernamental. La prisión preventiva es «una medida cautelar personal de carácter coercitivo, que se dicta de manera provisional afectando la libertad personal. El Acuerdo Plenario N.001-2019/CIJ-116, define a la prisión preventiva como «una institución procesal, de relevancia constitucional, por lo que redefine algunos aspectos de esa institución procesal, ya que dicho instrumento de coerción excepcional, sin embargo, ha tenido un excesivo uso dentro de la administración judicial peruana. Se ha puesto relevancia a que en las audiencias de prisión preventiva deben de existir debates únicos, donde el argumento judicial debe ser puntual, preciso y concreto, a fin de asegurar que el procesado no evada o interfiera con la investigación judicial. En el trabajo se presentan los principales aspectos, características y principios que rigen la institución de la prisión preventiva en el Perú, sus limitaciones temporales y alternativas a su aplicación.

ABSTRACT

The COVID pandemic19 has impacted on problems of state management and state organization, which has resulted in the violation of the fundamental rights of inmates. The same people who, because they are deprived of liberty, are at the total mercy of government care. Pretrial detention is «a personal precautionary measure of a coercive nature, which is issued provisionally, affecting personal liberty. Plenary Agreement No. 001-2019 / CIJ-116, defines preventive detention as «a procedural institution, of constitutional relevance, for which it redefines some aspects of this procedural institution, since said instrument of exceptional coercion, however, it has had an excessive use within the Peruvian judicial administration. It has been emphasized that in preventive detention hearings there must be unique debates, where the judicial argument must be punctual, precise and concrete, in order to ensure that the accused does not evade or interfere with the judicial investigation. The work presents the main

(*) Estudio de Post Grado en la UIGV en la Mestría de Derecho Penal y Civil. "Juez Mixto Penal y Unipersonal de Pachitea-Huanuco.

aspects, characteristics and principles that govern the institution of preventive detention in Peru, its temporal limitations and alternatives to its application.

PALABRAS CLAVES

Prisión preventiva, medida cautelar personal de carácter coercitivo, libertad personal, pandemia del COVID19, reclusos.

KEY WORDS

Preventive detention, personal precautionary measure of a coercive nature, personal liberty, COVID19 pandemic, inmates.

Fecha de recepción de originales: 05 de Agosto de 2020.

Fecha de aceptación de originales: 28 de Agosto de 2020.

SUMARIO

- 1 Introducción
- 2 Restricciones de derechos fundamentales y fines de la coerción
- 3 Definición de prisión preventiva
- 4 Internacionalización del proceso penal y protección de los derechos humanos
- 5 Tribunal Constitucional declara estado de cosas inconstitucional con respecto al hacinamiento de los establecimientos penitenciarios
- 6 La constitucionalización del proceso penal
- 7 Principios de coerción
 - 7.1. Principio de legalidad.
 - 7.2. Principio de rogación.
 - 7.3. Principio de contradicción
 - 7.4. Principio de judicialidad
 - 7.5. Principio de instrumentalidad
 - 7.6. Principio de temporalidad.
 - 7.7. Principio de provisionalidad
 - 7.8. Principio de proporcionalidad: a) Subprincipio de Idoneidad, b) Subprincipio de Necesidad, c) Subprincipio de Proporcionalidad stricto sensu
 - 7.9. Principio de ultima ratio
 - 7.10. Principio de razonabilidad
 - 7.11. Principio de debida motivación
8. Presupuestos materiales para la imposición de la prisión preventiva
 - 8.1. Aparente comisión del delito o *fumus commissi delicti*
 - a) Fundados o suficiencia de los elementos de convicción de la comisión de un delito
 - b) La imputación
 - c) El cumplimiento de requisitos que han de reunir los elementos de convicción
 - 8.2. Prognosis de pena superior a cuatro años de prisión
 - 8.3. Peligro procesal o *periculum libertatis*
 - a) Peligro de fuga
 - a.1.1. El arraigo : Arraigo domiciliario. / -Arraigo familiar. / -Arraigo laboral. / -Arraigo por propiedades.
 - a.1.2. Facilidades para abandonar el país o permanecer oculto
 - a.1.3. La gravedad de la pena que espera como resultado del procedimiento
 - a.1.4. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.
 - a.1.5. 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.
 - b) Peligro de obstaculización
 - c) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente
 - d) Peligro procesal mixto
 - 8.4. Argumentación jurídica
9. Principios procesales de la prisión preventiva
 - 9.1. El principio de excepcionalidad
 - 9.2. El principio de temporalidad
 - 9.3. El principio de variabilidad
10. Modalidades de la prisión preventiva
 - 10.1. Prisión preventiva comunicada
 - 10.2. Prisión preventiva incomunicada
11. Duración de la prisión preventiva
 - 11.1. Prolongación de la prisión preventiva
 - 11.2. Adecuación en la prolongación de la prisión preventiva
 - 11.3. Cesación de la prisión preventiva
12. Cese de la prisión preventiva
13. Revocatoria de comparecencia con restricciones por prisión preventiva
14. Control judicial de oficio de la prisión preventiva
15. Contexto de la emergencia sanitaria
16. Conclusiones
17. Referencias bibliográficas

1 INTRODUCCIÓN

La libertad es uno de los bienes más preciados en un Estado social y democrático de derecho (Sánchez Córdova, 2020, p.64), es un derecho fundamental (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución), regulado en la normativa internacionales de derechos humanos, reconocidos y ratificados por el Perú, como es el caso del artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos (EXP. N.º 05436-2014-PHC/TC TACNA). Este derecho a la libertad personal tiene una doble dimensión, subjetiva y objetiva que dota de fundamento a diversos derechos constitucionales y, por otro, justifica la propia organización constitucional (Sentencia 02663-2003-HC/TC, fundamento 3). Por ello, es de gran importancia el que las autoridades judiciales tengan especial cuidado al momento de dictar una medida que restrinja este derecho.

«La prisión preventiva es la medida de coerción más grave del ordenamiento jurídico, pues importa la privación de libertad antes de la sentencia y una afectación a la presunción de inocencia, sobre la base de la existencia del peligro procesal» (Neyra, 2015, p. 158). Por ello los jueces en tener en cuenta algunos aspectos muy importantes, tal como lo indica Amoretti (2020):

1) reconocimiento de la libertad personal, como regla general, y la excepción es la prisión preventiva; 2) cumplimiento de pautas dadas por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema que deben regir las consideraciones sobre la prisión preventiva; 3) que no se debe privar de la libertad personal a un imputado para recién comenzar a investigar, tal como lo ha resuelto la CIDH; 4) los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que en nuestro país los jueces se exceden en dictar medidas de encierro dentro de los procesos judiciales; y 5) que la

suficiencia, la razonabilidad, la necesidad y urgencia, son de suma importancia para efectos de dictar prisión preventiva (p.33)

Nadie se atrevería a negar que la sociedad del siglo XXI vive un proceso de transformaciones, un estado perpetuo de mutabilidad donde la única constante universal es el cambio (Rodríguez Hurtado y otros, 2012, p.26). Surgen nuevas realidades a las que los hombres y mujeres deben de adaptarse, surgiendo conflictos diversos, problemáticas varias a la que se debe de enfrentar. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) emitió un informe referido a la medida de prisión preventiva, calificándola como «una de las mayores dificultades que enfrenta los Estados pertenecientes a la OEA en cuanto a respetar y garantizar los derechos que poseen los reclusos, además del problema estructural reprochable e inaceptable en una sociedad democrática que supuestamente debería respetar el derecho a la presunta inocencia» (CIDH, 2013).

En un segundo informe, la CIDH (2014-2017), receta una serie de estándares específicos cuyo objetivo es disminuir la práctica de la prisión preventiva, resaltando otras medidas opcionales como alternativas procesales, que permitirán al procesado enfrentar en libertad su enjuiciamiento.

Problema inmenso es el surgido por la difusión de la pandemia del COVID19, la cual finalmente ha alcanzado suelo peruano (6 de marzo de 2020), reportándose el primer caso de dicha enfermedad. A partir de ese momento el gobierno peruano dictó diversas medidas para afrontar dicho mal, declarándose el estado de emergencia sanitaria, implementándose una serie de directivas y restricciones diversas orientadas a frenar la difusión del virus, las que han tenido un efecto variado, algunas no han sido efectivas y otras tampoco han sido acatadas, lo que se ha reflejado en la poca reducción de la cifra de infectados.

En el sistema carcelario, la situación se agravó por las obvias condiciones de reclusión y abandono institucional, lo que motivo a que el presidente del Consejo Nacional Penitenciario del INPE (8 de abril del 2020) emitiera un comunicado al presidente del poder judicial informando la decisión de «no admitir la entrada de más encarcelados en el sistema penitenciario nacional mientras la situación de emergencia siga vigente» (Hidalgo, 2020, p.69).

Realmente la situación es muy grave. Según datos del 2019 proporcionados por el INPE, la población penitenciaria en el Perú es de 91,283 personas. «De estas, 55,358 se encuentran cumpliendo pena privativa de la libertad en virtud a una sentencia condenatoria, pero 35,925 personas se encuentran recluidas por mandatos de prisión preventiva» (La ley. El ángulo legal de la noticia, 2019). Lo que se traduce en que el 39 % de internos aún no tiene condena, Siendo el departamento de Lima es el que registra el mayor número de reos: 28,153, de los cuales 12,648 están bajo prisión preventiva (el 44.9%) mientras que 15,511 ya cuentan con sentencia (55%) (La ley, 2019). Cifras alarmantes también muestran las provincias: Ica se registra una población penitenciaria de 7,308 personas, con 5,248 sentenciados y 2,060 sin condena; La Libertad, tiene un total de 5,597 reos; Ancash 4,601; Lambayeque 4,330; Piura 4,074; Junín 3,889 y Cusco 3,342.

De estos datos crudos, es que se deduce el peligro que atraviesa la salud y la vida de las personas vulnerables que se encuentran internadas en los centros penitenciarios del país, surgiendo la consideración de tipo humanitario de variar la condición en la que se encuentran los reclusos. Siendo la alternativa el reemplazar la prisión preventiva con la prisión domiciliaria, la misma que se encuentra tipificada en el artículo 290 del Código Procesal Penal Peruano. Sin embargo, este razonamiento pasa por prever otro tipo de inconvenientes, como es el hecho de que no es suficiente la

existencia del acentuado factor señalado en la norma adjetiva, sino que también está circunscrita a que deba evitarse el peligro de fuga o de obstaculización de la verdad que busca el proceso.

Con este objetivo, el Poder Judicial expide una serie de resoluciones, en las cuales se toma en cuenta el factor del peligro procesal (Res. N° 105-2020-P-PJ; y la Resolución administrativa N°000138-2020-CE-PJ). En ellas se conforma una directiva conformada por jueces encargados de evaluar de oficio todas las resoluciones vigentes, las cuales contengan prisiones preventivas; también se establecen diversos criterios para poder valorar en el nuevo contexto el requisito de peligro procesal respecto a los reclusos y su derecho a la salud; protegiéndose a la población vulnerable (personas mayores de 65 años, pacientes con enfermedades crónicas riesgosas, madres gestantes o con hijos menores de tres años.

Respecto al hacinamiento en los penales, la CIDH ha indicado lo siguiente:

«[...] el hacinamiento es la consecuencia previsible de los siguientes factores fundamentales: (a) la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria; (b) la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana (llamadas de «mano dura» o «tolerancia cero»; (c) el uso excesivo de la detención preventiva y de la privación de libertad como sanción penal; y (d) la falta de una respuesta rápida y efectiva por parte de los sistemas judiciales para tramitar, tanto las causas penales, como todas aquellas incidencias propias del proceso de ejecución de la pena» (CIHD, 2011, párr. 60).

En el presente trabajo vamos a caracterizar la institución de la prisión preventiva, medica coercitiva regulada en la normativa procesal penal peruana, expo-

niendo sus diversos aspectos (no poco polémicos y contradictorios en la realidad), adicionando aspectos de la nueva realidad imperante debido a la declaración del estado de emergencia originada en la pandemia por el COVID19.

2 RESTRICCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y FINES DE LA COERCIÓN

El derecho fundamental restringido con la medida coercitiva de la prisión preventiva es la libertad, en su aspecto de libertad locomotora o de circulación. Dejando claro que la medida cautelar no tiene otro mayor alcance hacia otros derechos fundamentales como la salud, el trabajo, la relación familiar, el honor y la dignidad. Que si bien es cierto se ven limitados por el encierro, no son objeto directo de la restricción, ni deben serlo.

Siendo la finalidad de la medida coercitiva el aseguramiento de la prueba, para alcanzar la verdad procesal y evitar la obstrucción del proceso.

Además, tiene el fin cautelar de garantizar el resultado del proceso (esto es, la garantía de una vez concluido el proceso judicial y determinada la responsabilidad penal del imputado, se dé cumplimiento efectivo de la pena efectiva, según los alcances de la sentencia definitiva.

Esto debido a que si no es habido el imputado (presencia personal en el foro judicial) no se puede dictar sentencia. Por lo tanto, la medida se avoca evitar la fuga del procesado.

Tiene también, un fin tuitivo coercitivo, cual es evitar la continuidad delictiva del imputado (evita que el delito continúe produciéndose). Esto no está exento de polémica y debate, ya que el procesado cuenta con la presunción de inocencia. Sin embargo, en la realidad se busca evitar la prolongación de los males, especialmente

en favor de las víctimas. Ese puede ser el caso de un padre abusador frente a su hijo maltratado, o el administrador público que malversa los bienes de una institución estatal, etc. Con suspensión de derechos (ejercicio del cargo, patria potestad).

3 DEFINICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es «una medida cautelar personal de carácter coercitivo, que se dicta de manera provisional afectando la libertad personal. Dada su inmersión en contra de uno de los derechos fundamentales de la persona, como lo es la libertad personal; por ello el legislador ha regulado su aplicación bajo el cumplimiento estricto de determinados requisitos —artículo 268 del CPP—, mediante los cuales se busca comprobar la configuración de un peligro concreto y fundado» (Cas. N.º 778-2015).

Para Espinoza Ramos (2020) «la prisión preventiva es una medida de coerción personal cuya finalidad es asegurar la presencia del investigado en el proceso penal. Además, es una medida excepcional que solo se dicta si concurren una serie de requisitos, los cuales son de difícil cumplimiento debido a la naturaleza excepcional de la medida» (P. 64).

Que, como medida de coerción de carácter personal, priva procesalmente de la libertad personal a un imputado por un tiempo determinado, legalmente previsto y judicialmente establecido, en función a la tutela de los fines característicos del proceso -que éste se desarrolle regularmente en función a su meta de esclarecimiento de la verdad (ordenada averiguación de los hechos), a la necesidad de garantizar la presencia del imputado a las actuaciones procesales y al aseguramiento de la ejecución de la pena» (pp.20-21).

Para Piñol (2009), las medidas de coerción y la prisión preventiva, pretenden

evitar que se frustre el adecuado desarrollo de la investigación por el transcurso del tiempo. (p.345)

Para Rodríguez Hurtado y otros (2012), la gravedad de la medida es reconocida por el modelo procesal peruano, que, por ello, establece exigencias para que se respeten los derechos ciudadanos, resaltando su aplicación como medida excepcional, debido a la presunción de inocencia (pp. 93-96).

La Casación Penal N° 01-2007 señala que: «La prisión preventiva (...) 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 fin punitivo)».

Bruzzone (2005) opina sobre la prisión preventiva, dándole una finalidad de «neutralizar los llamados peligros procesales (de entorpecimiento de la investigación y fuga), cuando para preservar la doble finalidad que reconoce el proceso penal: averiguación de la verdad y cumplimiento del derecho material.»

Para la CIDH el «objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia» (CIDH, Informe N° 12/96. Caso 11.245 – Argentina-, Resolución del 1 marzo 1996, p. 48).

4 INTERNACIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este creciente proceso de globalización, se van generalizando el uso de

diversos conceptos, provocándose un acelerado desarrollo internacional, que crea vínculos supranacionales cada vez más sólidos, que trascienden la dimensión local, produciéndose una interdependencia entre los Estados, que implica organizaciones y personas, fomentándose la consolidación de estructuras de entendimiento internacional. (Rodríguez Hurtado y otros, 2012)

Esto ha dado origen a una gran normativa supranacional, referida a canalizar mejor el desarrollo del proceso penal. Así, si en el Perú se vulnera alguno de aquellos preceptos se podrá recurrir en última instancia a una jurisdicción interamericana en busca de tutela de los derechos humanos.

En cuanto a la normativa internacional que regula la detención de procesados, tenemos, en primer lugar:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): Art. 9: «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado».
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP):
 - «Art. 9:
 - 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.
 - 3. (...) La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo».
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH): Art. 7: «3. Nadie

puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios». Art. 8: «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

- El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) reconoce lo siguiente: «1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delinquentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica».
- En la Observación General N.º 21 del Comité de Derechos Humanos se estableció lo siguiente: «3. El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con

el artículo 7, [...] sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión».

4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición. [...]

10. [...] Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso [...]

- En la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en su Protocolo Facultativo: «Artículo 10
1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión».

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARA ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL CON RESPECTO AL HACINAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional (EXP. N.º 05436-2014-PHC/TC TACNA) declaró estado de cosas inconstitucional con respecto al hacinamiento de los establecimientos penitenciarios debido a las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional.

Planteando medidas como:

«a) Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe con carácter de urgencia, en un plazo no mayor a 3 meses, luego de publicada de la presente sentencia, el grado de cumplimiento así como los resultados de la declaratoria de emergencia del Sistema Penitenciario y del INPE, ya dispuesta por el Decreto Legislativo 1325 y ampliada por el Decreto Supremo 013-2018-JUS, a fin de ampliar, reforzar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, lo que será informado a este Tribunal para el correspondiente seguimiento y control.

(...)

ii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para afrontar el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú y de mecanismos para el control efectivo de su cumplimiento;

iii. El establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para superar las severas deficiencias en la infraestructura de los establecimientos penitenciarios, instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional; y,

iv. Exhortar a que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, evalúe en un plazo no mayor a 3 meses, la reestructuración integral del INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, así como garantizar los objetivos mencionados supra, tomando en consideración aspectos medulares como la profesionalización, capacitación, seguridad y mejoras remunerativas progresivas de su personal, así como también la lucha eficaz contra la corrupción al interior de la institución, a través de mecanismos efectivos de prevención, control y sanción que correspondan, para lo cual se deberá contar con la colaboración de las autoridades competentes.

(...)

d) De no adoptarse las medidas suficientes que superen dicho estado de cosas inconstitucional, en el plazo de 5 años, estos deberán ser cerrados por la autoridad competente, hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (...)

6 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

En las últimas décadas, el Derecho Constitucional ha cobrado gran importancia, ello se ha visto reflejado en la creación de Tribunales Constitucionales en casi todos los países de tradición civilista, los que tienen la delicada función de realizar un análisis constitucional del sistema jurídico, generalizándose en ellos la visión piramidal del Derecho (propugnada por Kelsen)

Teniendo bastante influencia en nuestro sistema penal el proceso de internacionalización de los derechos humanos. Landa (2014) señala que el modelo contemporáneo de Estado constitucional

establece una serie de fundamentos intrínsecos, entre los que se encuentra la apertura constitucional a los sistemas de fuentes de derecho internacional. De allí la consolidación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (p.219).

Por su parte Ferrajoli (2004) establece que «un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la crisis del Estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes». (p.16) Es así que (Lovatón, 2016) da cuenta de «un progresivo proceso de internacionalización de los Estados constitucionales y el reconocimiento y protección supranacional de derechos y, simultáneamente, del retroceso de las soberanías nacionales a favor de un nuevo orden internacional luego de la segunda guerra mundial, que se condensó en la suscripción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y que, en el caso del continente americano, se concretó en la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre suscrita ese mismo año». (p.71) Lo que ha confluído en un proceso de internacionalización del Estado constitucional y de globalización de la economía, de las comunicaciones, de la tecnología, concluye este autor (Lovatón, 2016). Proceso que no ha sido lineal, habiéndose dado con avances y retrocesos, sin embargo, da un resultado positivo, iniciándose como protección de los derechos y mantenimiento de la paz, pasando luego al desarrollo de los derechos de las mujeres o de los pueblos indígenas.

En la medida que Estado se encuentra al servicio de la sociedad y de las personas, es que el proceso penal posibilita la efectiva satisfacción de los intereses de la víctima.

Siendo que la Constitución, en ese afán de protección de las personas, va a afectar también, algunos de los derechos de los procesados, los mismos que son derechos fundamentales. (Rodríguez Hurtado y otros, 2012, p.27)

La prisión preventiva no puede ser concebida como equivalente a una pena anticipada, lo que ha llevado al acogimiento en las constituciones nacionales a la recepción de los estándares internacionales de derechos humanos, fortaleciendo el bloque de constitucionalidad.

Así, Ferrajoli (2012), insiste en que esta corriente debe tomarse como fuentes de la producción de normas vigentes que innovan o modifican el ordenamiento mismo, ya que la producción del derecho vigente está reservada a las instituciones políticas, legislativas o de gobierno.

La nueva forma jurídica del Estado hace énfasis en la Constitución como norma jurídica, por ello se le denomina Estado Constitucional. De allí que, todos los contenidos del derecho se impregnan de la constitucionalidad del sistema, siendo esto así, toda interpretación de la normativa legal será de acuerdo a la conformidad de la Constitución (Guevara Vásquez, 2020, pp. 8-36).

7 PRINCIPIOS DE COERCIÓN

Los principios de coerción son los siguientes:

7.1. Principio de legalidad.

Son aquellas medidas dadas por ley, siguiendo la formalidad prevista en la norma. También debe estar dada por ley también la forma.

El artículo VI del Código Penal establece la legalidad de las medidas limitativas de derechos: «Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción,

en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad».

7.2. Principio de rogación.

Ninguna medida se aplica de oficio, si no a pedido de parte. Esta medida debe ser pedida por el Ministerio Público, la Procuraduría y actor civil (en lo que les compete).

Las medidas coercitivas deben ser indefectiblemente a solicitud de parte; sin embargo, esto no impide que se puedan dar medidas de oficio, aunque estas tengan carácter excepcional, como cuando en si tienen que ver con derechos fundamentales en juego.

7.3. Principio de contradicción

Contenido en el artículo 268 del NCPP, mediante él solo el Ministerio Público puede requerir al Juez el encarcelamiento provisional del imputado con fines cautelares. Por lo tanto, es su deber motivar cualificadamente su requerimiento, dado que el mismo fijará los términos del contradictorio; lo que será de preponderancia para fijar el debate versará estrictamente sobre su contenido. Por ello, es importante que el Juez penal que conozca de una solicitud de prisión preventiva observe dicho principio para así, poder brindar al imputado y su defensa un tiempo apropiado, razonable para preparar su contradicción, y pueda llevarse a cabo, sin afectar dicho derecho y lograr efectividad en los hechos de la defensa.

Esto se dará en la audiencia, que plasmará un efectivo contradictorio que permita decidir con igualdad de armas la prisión preventiva.

7.4. Principio de judicialidad

Se darán aquellas medidas de coerción bajo el control del juez (previo y posterior). En

virtud de este principio de exclusividad jurisdiccional, que ostentan los órganos judiciales, solo el Juez predeterminado por ley está legitimado para restringir el *ius ambulandi* de una persona, dentro de un proceso penal y bajo la normativa legal (*nulla coactio sine lege*).

La prisión preventiva puede ser admitida en cualquier etapa del procedimiento (San Martín Castro, 2015, p. 4456), teniendo competencia el juez para aplicarla (juez unipersonal o juzgado colegiado, bajo la solicitud del Ministerio Público).

7.5. Principio de instrumentalidad

Según Calamandrei (2005), la prisión preventiva es un instrumento del instrumento; es decir, es un mecanismo jurídico procesal que coadyuva de manera subordinada a la eficacia del proceso penal, que a su vez es un instrumento para la aplicación del derecho penal sustantivo, cumpliendo un fin netamente cautelar-procesal, el cual es evitar que el imputado mediante su fuga o acciones de obstaculización probatoria que perjudique la obtención de la verdad o la ejecución de una pena privativa de la libertad en caso de condena.

7.6. Principio de temporalidad

Ninguna medida es indeterminada, todas son determinadas en cuanto al plazo. Tienen un inicio y un final establecido previamente.

7.7. Principio de provisionalidad

La medida es variable, modificable, si las condiciones por las que se dio la medida cambian. Pudiendo variar de detención a comparecencia o viceversa. Es decir, no existe en este punto, cosa juzgada. No pudiendo durar más que el proceso.

Siendo su permanencia legítima en el decurso del procedimiento, solo si se cumplen los siguientes supuestos: a) Solo si

permanece el peligro procesal que motivó su imposición con la misma intensidad; así, si este disminuye, deberá variarse por una medida alternativa. b) se exige persistencia de los fundados y graves elementos de convicción en mayor o igual intensidad inculminatoria; y 3) se refiere a su carácter proporcional a lo largo del tiempo.

7.8. Principio de proporcionalidad

Este principio tiene tres aspectos que lo caracterizan, idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricto sensu.

La Corte Suprema mediante la Casación N.º 626-2013 Moquegua, exhortó a los actores procesales que además del *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis* discutieran y analizaran su proporcionalidad y la extensión de su duración.

El Nuevo Código procesal Penal (artículos VI del título preliminar y 253 inciso 2) señala que «la prisión preventiva solo podrá ser impuesta con respeto del principio de proporcionalidad; por lo tanto, es competencia del Juez examinar y motivar el cumplimiento de esta regla de aplicación» (artículo 200 de la Constitución) lo que constituye un mecanismo de contención frente a cualquier arbitrariedad, dándole razonabilidad y legitimidad a la medida judicial de privación de la libertad.

La Corte IDH en el caso López Alvares vs Honduras se pronunció al respecto:

«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 aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. Fundar la privación en consideraciones generales, sin tomar en cuenta los datos del caso particular, abriría la puerta, en buena

lógica —que en realidad sería mala lógica—, a someter a las personas a restricciones y privaciones de todo género y de manera automática, sin acreditar que son pertinentes en el supuesto particular que se halla a consideración de la autoridad.» (f. 20 y 68)

a) Subprincipio de Idoneidad:

También denominado principio de adecuación, implica la verificación de una relación de causalidad entre la medida privativa de derechos (prisión preventiva); y un fin constitucionalmente legítimo (lograr la averiguación de la verdad material y la ejecución de una eventual condena).

b) Subprincipio de Necesidad:

Mediante él se exige determinar impredecibilidad de la medida, en un caso en concreto. Para ello, es necesario determinar previamente si antes de tomar dicha decisión, se puede optar por otra medida cautelar alternativa, individualmente o colectivamente.

El Juez señalará el peligro procesal (fuga y/o de obstaculización), y establecerá los criterios bajo los cuales se les va a evaluar, razonando por qué no se optó por medida distinta. Revisando cada peligro procesal, bajo este test de medir si estos otros medios son más o menos gravosos. «Por esto, él o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos». (Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 0045-2004-AI/TC; f. j. 39). Este principio está muy vinculado al principio de ultima ratio.

Otras medidas restrictivas de derechos alternativas a la prisión preventiva, pueden ser: la comparecencia simple y restrictiva; medidas de suspensión preventiva de derechos; impedimento de salida del país; los grilletes electrónicos; arresto domiciliario; medidas de coerción real como el embargo, la incautación u otras medidas reales.

c) Subprincipio de Proporcionalidad *stricto sensu*

Ore Guardia (1996) destaca que «en este estadio se evalúa la equivalencia entre la intensidad de la medida y la magnitud del peligro procesal, de modo que el grado de afectación de un determinado derecho fundamental, como [es] la libertad, no debe ser mayor a la finalidad que se busca con ello». (p.16-17)

Se debe de evaluar aquí si existe proporcionalidad entre la medida vs la finalidad. Siendo resultante de dicha comparación, la existencia de un mayor beneficio frente a un menor perjuicio, o sea se pondera afectaciones. Se obtiene una mayor ganancia frente a menor afectación (proporción entre los bienes que se oponen).

Mediante la ponderación debe evaluarse si la afectación inmediata al *ius ambulandi* del imputado, y los potenciales perjuicios personales y/o patrimoniales que pudiera sufrir estando en prisión deben ceder ante los fines del proceso penal: la averiguación de la verdad y la ejecución de una eventual condena, porque el beneficio es mayor que el sacrificio tolerable. Debe tenerse claro que sin análisis de proporcionalidad la prisión preventiva es ilegítima, por lo tanto, si en una audiencia no se analiza la proporcionalidad respecto a cada imputado, la medida será nula de pleno derecho (Exp. 17-2017-9-Gonzalo Monteverde; Exp. 25-2018-2 – Cuellos Blanco del Puerto, Exp. 33-2018-6 - Cuellos Blanco del Puerto; entre otros).

7.9. Principio de ultima ratio

El principio de ultima ratio, exige que la prisión preventiva sea el último recurso utilizado por la magistratura utilizado por la magistratura para evitar el peligro procesal advertido; debiendo el Juez de garantías fundamentar detalladamente porque se escoge dicha vía y no las otras medidas de alternativas, teniendo en cuenta la posibilidad de peligro procesal. Siendo la libertad la regla

general, y la excepción las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

7.10. Principio de razonabilidad

Implica que la legalidad de las medidas limitativas de derecho se sustenta conforme a la constitución, siendo con ello, causa y motivo suficiente, debido a su posible ocurrencia.

7.11. Principio de debida motivación

Es una obligación del magistrado el fundamentar su decisión exponiendo de manera lógica y coherente las normas y principios en que se sustenta. La motivación se debe enfocar en explicar que qué fin se busca, por qué esa medida es proporcional y por qué otra no serviría (Casación N.º 626-2013 Moquegua).

Debiéndose exponer el cumplimiento de presupuestos de la coerción: Su alta probabilidad (*Fumus commissi delicti*) (apariencia, verosimilitud, sospechas graves, suficientes, fuertes. Exigiéndose para la prisión preventiva el tener grado de probabilidad equivalente a sospecha grave (S.P. Casatoria 01- 2017 lavado de activos; A.P. 01- 2019 Sospecha fuerte). No siendo suficiente la duda o la simple probabilidad. También se exige fundamentar el grado de peligro procesal (*Periculum in mora*).

8. PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Del Río Labarthe (2016) nos dice que, los presupuestos materiales de la prisión preventiva son requisitos de imprescindible observancia y verificación, enfocados en el caso concreto. Su acreditación le da legitimidad a la restricción de la libertad ambulatoria. Siendo los mismos presupuestos exigidos para las otras medidas cautelares en el proceso penal. Siendo estos fundamentos:

- La aparente comisión del delito (*fumus commissi delicti*)
- El peligro procesal (*periculum libertatis*).
- Prognosis del tipo penal imputado

Algunos autores suman a estos presupuestos los exigidos en la Casación N.º 626-2013 Moquegua:

- Proporcionalidad de la medida.
- Duración de la medida
- Principio de debida motivación.

8.1. Aparente comisión del delito o *fumus commissi delicti*

Se da cuando se haya realizado el delito doloso o culposo y existan elementos razonables de prueba que la persona participe en la realización del hecho delictivo. Denominado también, *fumus boni iuris*, este presupuesto consiste en la apariencia y justificación del derecho subjetivo estatal, en este caso la «razonable atribución de hecho punible a una persona determinada» (Gimeno Sendra, 2000, p. 17).

Es la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público, que respalda la formalización de la Investigación Preparatoria, en ella se explora sobre la verosimilitud de la existencia del hecho y la participación del imputado. Es lo que el artículo 268 literal a del NCPP consigna como «fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe».

La jurisprudencia y doctrina ha tratado de dotarle de significado; para Asencio Mellado (2017) es necesario que se cumplan tres grandes: a) Fundados o suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito. b) La imputación de este delito. c) El

cumplimiento de requisitos que han de reunir los elementos de convicción. (Asencio Mellado, 2017)

a) Fundados o suficiencia de los elementos de convicción de la comisión de un delito.

Existen diversos criterios en la jurisprudencia y doctrina más autorizada referente a este tópico, señalando que este grado de convicción debe ser: 1) De alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria (Casación 626-2013- Moquegua, f. 27); 2) De sospecha grave, mayor al que se tiene para una acusación (Sentencia Plenaria 1-2017, f. 23, párr.5); 3) De sospecha fundada y grave (Casación 1445-2018, FJ 3); 4) De sospecha vehemente o sospecha bastante (San Martín Castro, 2015, p. 457); 5) Sospecha fuerte (Acuerdo Plenario N° 01- 2019/CIJ-116) 6) De alto grado de probabilidad cercano a la convicción o certeza, pero nunca idéntico (Del Río Labarthe, 2016, p. 166); 7) De una gran probabilidad de condena al final del procedimiento (Maier, 2004, p. 417); 8) De casi certeza de la comisión de un delito y que el imputado es autor o participe del mismo (Guevara Vásquez, 2018).

Según la teoría del conocimiento, existen tres tipos de conocimiento: posibilidad, probabilidad y certeza. **La posibilidad** es aquello que puede ocurrir, por no ser opuesto a la naturaleza ni a la razón (Rosas Yataco, 2016), siendo esto ajustable a la etapa de apertura de una investigación, que implica conocimiento de un hecho factible con implicancias penales (*notitia criminis*), esto sería sospecha inicial simple de un suceso delictivo. La **probabilidad** se da en un grado avanzado del conocimiento sobre un caso dado, más próximo a la verdad y es argumentable razonablemente, se encuentra en medio entre la certeza y la duda (Rosas Yataco, 2016). Dicha probabilidad puede ser probabilidad **negativa** (lo que permite el sobreseimiento del proceso); o

probabilidad Positiva, cuando existen más elementos de convicción positivos que negativos para inferir razonablemente la existencia de un delito y la intervención delictiva del imputado, denominada «**probabilidad positiva estándar**», en el caso de la Formalización de la Investigación (Sentencia Plenaria 01-2017 la llama «sospecha reveladora»); la **mediana Probabilidad positiva**, implica un grado de convicción que se requiere para formular una acusación Fiscal; para la adopción de la prisión preventiva, en la Sentencia Plenaria 01-2017, el grado de convicción sobre un hecho criminal y la vinculación del imputado aquel es al **probabilidad alta**, debe ser mayor al de una acusación. Mientras que la **certeza** es firmeza subjetiva que se tiene de estar en posición de la verdad. (Rosas Yataco, 2016) o firme convicción de estar en posición de la verdad. (Cafferata Nores, 1994).

Se requiere que «existan **fundados y graves elementos de convicción** para estimar razonablemente la comisión de un delito, esto significa que entramos en el ámbito cualitativo, por el cual lo que importa es la calidad del medio o medios de prueba, más que la cantidad de los mismos» (Carrión Díaz, 2016, pp.36-61); Para la aplicación de la prisión preventiva es necesaria una «valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza, pero nunca idéntico» (Del Río Labarthe, 2008, p. 43).

b) La imputación

«La importancia de la conducta humana está en que se enmarca como elemento de enlace con la **tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad**, necesarios para imputar penalmente a un sujeto. (Silva Sánchez, 2000, p. 13).

Para Gimeno Sendra (2015), «imputar implica atribuir al procesado un «hecho

delictivo y que, además, no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal». (pg. 684).

Aquí el Juez debe verificar del requerimiento Fiscal, que los hechos presentados y los elementos de convicción sustentados, acrediten en alto grado de probabilidad todos y cada uno de los elementos del tipo penal, los penales y los prejudiciales, de la modalidad delictiva imputada, todas las categorías materiales del delito: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad (Asencio Mellado, 2017).

c) El cumplimiento de requisitos que han de reunir los elementos de convicción

Requisito de obligatoria observancia de cumplimiento por parte del Juez, por ser objetivo, implica que los elementos de convicción que en su momento podrían justificar una condena deben haber sido obtenidos respetando las garantías legales, constitucionales y convencionales que les son inherentes (Asencio Mellado, 2017).

8.2. Prognosis de pena superior a cuatro años de prisión

La imputación necesariamente tendrá que versar sobre un delito o un concurso de delitos que permitan colegir que la pena a imponer sea superior a los cuatro años de privación de libertad efectiva. **Calificación racionalmente aproximativa al tipo penal imputado** es regulada en la Circular de Prisión Preventiva establece en el fundamento segundo párrafo segundo, que:

«(...) no puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)» (Resolución Administrativa N° 325- 2011- P-PJ Circular sobre prisión

preventiva de fecha 13 de setiembre del 2011).

Solo tendrá sentido de imponer esta medida excepcional si existen razones que puedan hacer pensar al juez que, al culminar el proceso, la condena que tendrá que cumplir el inculpaado implicará de todas maneras su internamiento en un penal.

Para la determinación de la pena se tendrá en cuenta aspectos establecidos en el Código Penal como:

La pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes; b) Causales de disminución o agravación de la punición, como son: error de prohibición vencible, error de prohibición culturalmente condicionada vencible, tentativa, responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal, responsabilidad restringida por la edad, complicidad secundaria, agravante por condición del sujeto activo, reincidencia, habitualidad, uso de inimputables para cometer delitos, concurso ideal de delitos, delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos, concurso real retrospectivo; c) Asimismo, se debe tener en cuenta la regla del derecho premial, como confesión, terminación anticipada conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Siendo desproporcional dictar una medida de prisión preventiva si la prognosis da como resultado una pena privativa de libertad suspendida.

8.3. Peligro procesal o *periculum libertatis*

Denominado también *periculum in mora* (peligro en la demora). Con la imposición de la prisión preventiva lo que se pretende evitar es que el sujeto pasivo de la medida perjudique la averiguación de la verdad y la ejecución de una eventual condena mediante su de fuga u obstaculización de la actividad probatoria.

Procederá la prisión preventiva cuando el juez verifique que existen razones suficientes que hagan pensar que el acusado fugara, entorpecerá u obstaculizará las investigaciones para evitar que se acredite su responsabilidad penal.

El peligro procesal tiene que acreditarse mediante la «existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva» (Acuerdo Plenario 01-2019-CIJ- 116; f. j. 41) Este juicio es obligadamente personalísimo. (Constitución 139.9; artículo VII Título Preliminar del NCPP)

El Tribunal Constitucional ha establecido al respecto lo siguiente:

«La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso, y que están ligadas, fundamentalmente, a las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpaado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo la orden de [prisión preventiva], o en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios, por no encontrarse razonablemente justificados» (EXP. N.º 1567-2002-HC/TC, de fecha 02 de agosto de 2002, f. j. 6).

El peligro procesal tiene dos manifestaciones, peligro de fuga y de obstaculización de la actividad probatoria.

a) Peligro de fuga

Para establecer si en determinado

proceso existe peligro de fuga el legislador ha creído conveniente indicar determinados criterios recogidos en el artículo 269 del NCPP. No son los únicos a utilizar por el Juez en tanto puede incluir los que considere pertinente; según la Resolución Administrativa 325-2011-P-PJ (en adelante, Circular 325-2011) estos deberán responder a la constitución, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Para Ferrajoli (1995) «el peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva» (Hurtado Pozo, 2004, p. 154). «Si el imputado no estuviera ante ese miedo, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse» (Ferrajoli, 1995 p. 556). Vítale (2007) aclara que «es que, en verdad es la prisión durante el proceso, o la amenaza de encarcelamiento, la que fomenta el interés en la fuga del imputado. Es decir que sin prisión preventiva no habría peligro alguno de rebeldía» (p.107).

La Corte Suprema frente a los abusos en la utilización de la prisión preventiva (CAS N° 1445-2018 / Nacional). Establece algunas líneas al respecto:

«Este juicio sobre el peligrosismo debe ser la afirmación de un riesgo concreto. Debe de exponer la necesaria relación de diversos aspectos o circunstancias, esto a través de una visión integral. Además, el riesgo debe de ser grave, evidente. Entendiéndose como la existencia de elementos objetivos, concurrentes que la persona tiene una alta probabilidad de evadir la justicia».

a.1) El arraigo del imputados en el territorio nacional y las facilidades para abandonar el país.

a.1.1. El arraigo

El Juez debe de verificar una vinculación

cierta y consistente que el imputado pudiera tener con personas o bienes ubicados en el territorio nacional, que le refrenaría el deseo de fugar a territorio extranjero. El análisis del arraigo no supone evaluar la existencia o inexistencia de este presupuesto, sino que se debe ponderar la calidad de arraigo (San Martín, 2015, p. 460). La Corte Suprema en la Casación 626-2013– Moquegua, estableció que «no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia de algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva» (f. j. 39).

- **Arraigo domiciliario.** – Se refiere a la posibilidad concreta de poder ubicar al imputado en un determinado tiempo y espacio, en el que se requiera su presencia para la realización de un acto procesal. Por ello, si el imputado informa falsamente ante las autoridades policiales, Fiscales o judiciales sobre su dirección domiciliaria podrá ser valorado en su contra. Con relación al domicilio, el hecho que tenga dos viviendas (domicilios múltiples) a su nombre no implica que trate de confundir sobre su ubicación. Sa es una inferencia incorrecta.

La Corte Suprema a establecido que el que se tenga dos viviendas, no es prueba de falta de certeza de la dirección domiciliaria (casación N° 1145-2018-Nacional, f. j. 5). No puede argumentarse inexistencia de arraigo porque el inmueble es alquilado, necesitándose solo estar en posesión del mismo. Asimismo, la no correspondencia del domicilio que figura en la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC) u otra institución pública o privada, de ninguna manera podrá constituirse ausencia de arraigo, cuando plenamente el domicilio real ha sido acreditado por algún otro medio.

- **Arraigo familiar-** se refiere a la vinculación familiar sentimental, la

dependencia económica y afectiva, de ahí que esta última puede ser tomado en cuenta ante la ausencia de la primera.

- Para Del Rio Labarthe (2016), «este tipo de arraigo no será de calidad cuando el imputado carezca de vínculos familiares en el país, o que aun cuando los tenga, aquellos son de poca intensidad para reprimir una eventual fuga; que puede ser porque estas personas no dependen de su permanencia en el Perú para su subsistencia, o que, aun necesitando de él, dadas determinadas circunstancias antecedentes es posible inferir que huirá dejándolos desamparados. Es importante tener en cuenta que «no es necesario que estos vivan con el imputado, porque puede existir arraigo familiar cuando el pariente a pesar de no vivir bajo el mismo techo, depende de él para su subsistencia» (p. 198)
- **Arraigo laboral.** – Se refiere a «la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país» (Casación 631-2015-Arequipa; f. j. 4). Presentando una triple significación: 1) ubica al imputado en un tiempo y espacio determinado; 2) determina que el imputado permanecerá en el país dado que la actividad laboral o comercial que ejerce permite su desarrollo personal y/o la subsistencia de su familia. 3) relacionado con esto último, fortalece el arraigo familiar. Se debe de acreditar que la persona tiene un trabajo específico y que por él perciba una remuneración o ingresos que le permitan mantener a su familia.
- **Arraigo por propiedades.** - Este tipo de arraigo implica evaluar el desincentivo que tendría el imputado para fugar dejando aquellas propiedades de gran importancia económica o con gran carga emocional, dado que serían difíciles o imposibles de llevar consigo en una eventual huida; las mismas que se podrían perder, dañar o depreciar,

perjudicando su patrimonio o su salud emocional.

a.1.2. Facilidades para abandonar el país o permanecer oculto

El hecho de que la persona tenga un movimiento migratorio, tenga un pasaporte y familiares en el extranjero, no significa necesariamente que va a tener facilidades para fugar o facilidades para ocultarse en algún lugar del mundo.

La eventual salida definitiva del país por parte del imputado se puede efectuar de manera formal o informal. La salida del país de manera formal se evita mediante la entrega de pasaporte y/o visa a la autoridad judicial, también con la imposición de una medida de impedimento de salida del país; en cambio la salida furtiva tiene una mayor complejidad para ser advertida, ya que pareciese que solo son necesarios la posesión de grandes medios económicos para hacer efectivo este deseo.

En cuanto a la intensidad del movimiento migratorio del imputado, debe valorarse la los contextos y circunstancias de cada viaje, así como el hecho de si el procesado se encuentra nacionalizado en otro país.

Lo relativo a las facilidades de permanecer oculto, tendrá más ventaja una persona no publica en comparación con alguien muy conocido, al margen de tener o no recursos financieros.

a.1.3. La gravedad de la pena que espera como resultado del procedimiento

Es lógico pensar que la intensidad del peligro de fuga estará influenciada a la gravedad de la pena que eventualmente podría imponerse (Concepción, 2018).

Criterio a valorarse conjuntamente con el grado de arraigo que tenga el procesado y alguna otra circunstancia que lo pueda ayudar en su deseo de fuga. Este hecho aislado, de

ningún modo justificará la imposición de la prisión preventiva por sí sola.

a.1.4. Magnitud del daño causado frente a la voluntad del imputado para repararlo.

Pareciese que la reparación del agraviado no tiene mucho que ver con el peligro procesal, mas es posible, una interpretación, respecto a la voluntaria actitud del procesado, frente a las necesidades de la víctima del delito, que podría dar indicios de buena conducta procesal.

Así también, no deberá de deducirse conducta obstruccionista si la persona se acoge a su derecho a guardar silencio.

Tampoco se podrá, vincular la libertad del procesado con la afectación producida a la víctima, ya que «es manifiestamente desproporcionado limitar la libertad a efectos de garantizar la eficacia de una acción civil, incorporada al proceso penal». (Del Rio Labarthe, 2016, p. 210)

a.1.5. 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.

No declarar o confesar el delito, no aportar a la investigación, así como el ejercicio de un derecho, de ningún modo puede constituir como un mal comportamiento procesal actual o anterior. Sí es correcto afirmar tiene una mala fe y falta de lealtad procesal, si durante el procedimiento, el imputado proporciona información falsa, documentación apócrifa u realiza otra conducta activa que dificulte, retrase o direcciona la investigación.

El arraigo procesal (Nakazaki, 2018) del imputado en otro procedimiento es un criterio objetivo para poder evaluar su intención de sometimiento procesal. Podrán tomarse en cuenta la conducta del imputado en todos los procesos en los cuales fue investigado,

indistintamente del resultado (archivo, sobreseimiento, absolución) incluso aquellos en los cuales la prognosis de pena fue inferior a cuatro años.

Por lo tanto, no puede presumirse el mismo riesgo de fuga de quien se encuentra no habido del que sí lo está, y que incluso se pone a disposición de las autoridades.

En este extremo la Corte Suprema de la Republica en el expediente N° 3-2015-2, con fecha 20 de mayo del 2015, apuntó: «No es aceptable equiparar u otorgar un trato procesal igualitario a un investigado que a pesar de todas las consecuencias negativas que se asumen al aceptar y allanarse a la medida de prisión preventiva, respecto al investigado que no lo hace y rehúye a la misma».

b) Peligro de obstaculización

Binder (1993) considera «que el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado» (p. 199)

Para Asencio Mellado (1987) «el imputado tiene que tener capacidad, aptitud y voluntad para influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta». (p. 137)

La Casación N° 1673-2017 NACIONAL, f. j. 9.5 ha establece algunas pautas:

- Este peligro tiene que ser concreto, inminente y grave; no se puede justificar, por ejemplo, en que como el imputado dada su condición personal, profesional, laboral oposición económica o determinados conocimientos tendrá las facilidades para obstruir la recolección de fuentes de prueba.
- Además, la calidad de las fuentes de

prueba que se pretenda asegurar; tienen que ser pertinentes, conducentes y útiles para la investigación y el proceso, solo referentes al hecho imputado judicialmente, jamás respecto a otros.

- La fuente de prueba no se pueda asegurar de otra forma (prueba anticipada, allanamiento e incautación etc.).
- No debe de vulnerarse el derecho de defensa del imputado;

El Acuerdo Plenario 01-2019-CIJ-119 establece:

«Este peligro, nunca afirmado de manera general y abstracta, se debilita, disminuye o desaparece: (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio -la STEDH caso Müller vs. Francia, de 17 de marzo de 1997, señaló que a partir de la culminación de la investigación preparatoria no era posible (en principio y según el caso concreto, como es obvio) estimar la existencia de riesgo para la obtención de pruebas del caso (...) este peligro pierde su razón de ser (iv) cuando, los actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba incriminatoria que se podía falsear ya ha sido alterada».

El peligro de obstaculización se manifiesta de la siguiente manera:

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

d) Peligro procesal mixto

La evaluación del peligro procesal, será

realizada de manera individual (peligro de fuga o de obstaculización). No será acertado, por lo tanto, sumar ambos criterios y concluir que existe peligro procesal (Exp. 75-2017- 3 Costa verde del Callao).

8.4. Argumentación jurídica

Con la argumentación se podrá llevar a cabo un proceso equilibrado, ya que mediante la argumentación es posible ejercer una defensa adecuada.

9. PRINCIPIOS PROCESALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Para Carrión Díaz, (2016) la aplicación de las medidas limitativas de derechos es normada por principios jurídicos que dan forma a las medidas cautelares. Siendo de obligatorio cumplimiento por las autoridades, tanto del Ministerio Público, como del Poder Judicial.

9.1. El principio de excepcionalidad

Estas medidas, solo serán aplicables en situaciones específicas, propias a la naturaleza particular del proceso. «Una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas». Exp. N.º 033-2000-HC/TC. Lima, 13 de abril de 2000.

Al respecto Jauchen (2005) precisa que «sólo como excepción puede aplicarse una coerción personal restrictiva o privativa de su libertad cuando, en el caso concreto, conforme al delito cometido a circunstancias particulares, se pongan en peligro los fines del proceso; la eficaz investigación del hecho y la efectiva aplicación de la ley penal; debiendo tomarse como base las pautas

recién indicadas de las que debe extraerse el peligro de que el imputado de cualquier modo perturbe o frustre la investigación o eluda la acción de la justicia dándose a la fuga. Toda privación de libertad que no persiga exclusivamente estos propósitos es inconstitucional». (p. 283).

9.2. El principio de temporalidad

Por este principio, el tiempo cobro vital relevancia dentro del proceso, ya que las medidas que tienen como objetivo limitar la libertad del procesado, solo deben de ser ejecutadas dentro del periodo pre establecido, necesario para obtener los medios probatorios pertinentes.

Nuestro Tribunal Constitucional al respecto señala que, «las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*; es decir, que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial; por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales se adoptó la medida, la misma sea variada. Y es que toda medida cautelar, por su naturaleza, importa un pre juzgamiento y es provisoria, instrumental y variable». (Exp. N° 1196-2005-PHC/TC).

9.3. El principio de variabilidad

La naturaleza de la prisión preventiva es temporal, por tanto, al cambiarse los presupuestos iniciales, bajo los cuales se dictó la medida restrictiva, se deberán de cambiar también las medidas adoptadas. Pudiéndose revocar, inclusive de oficio dichas medidas, cambiándose por otras restricciones menos afflictivas de la libertad. Existiendo inclusive, la posibilidad de hacerlo de oficio, dentro de la investigación preliminar o dentro de la fase intermedia.

La adopción y el mantenimiento de las

medidas cautelares están en función del mantenimiento o variabilidad de los presupuestos que facilitaron su adopción inicial (Carrión Díaz, JE. 2016)

10. MODALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

10.1. Prisión preventiva comunicada

Es aquella medida restrictiva de la libertad personal que permite el imputado mantener visitas de amigos y familiares, así como mantener llamadas telefónicas (autorizadas y supervisadas por los agentes del Instituto Nacional Penitenciario).

10.2. Prisión preventiva incomunicada

Es una medida extrema, que podría ser dictada durante el proceso a pedido del Ministerio Público. Siendo su finalidad instrumental, el evitar que el imputado directamente, a través de tecnologías de la comunicación o cualquier medio idóneo pueda contactarse con personas en libertad y para obstaculizar o dificultar la averiguación de la verdad.

11. Duración de la prisión preventiva

La norma exige que la duración de la prisión preventiva sea expresa, se pretenda por el Ministerio Público, se debata y el juez la motive la resolución.

El NCPP, en su artículo 253 inciso 3 establece que: «la restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario (...)» (cursiva agregada). Posteriormente, en el artículo 254.2.c sostiene que el auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad, la fijación del término de la duración de la medida.

Para Calamandrei (2005). «Este pre-

cepto adjetivo regula dos tipos de límites temporales: ordinario y el de prolongación, los cuales variaran de acuerdo a la naturaleza del proceso penal en la que se encuentre la causa: simple, complejo o de criminalidad organizada; si bien, es prerrogativa exclusiva del titular de la acción penal pública declarar la naturaleza del proceso de ningún modo puede tratarse de un test antojadizo e irrelevante, esta deberá hacerse de acuerdo a las características particulares de la investigación y los parámetros de la norma adjetiva, acreditando según el estadio procesal que determinado proceso merece determinada clasificación».

El modelo exige fijarla con un límite máximo. Sin embargo, esa duración no tiene por qué llegar al máximo. El juez puede fijar un número menor de meses.

En el caso de un proceso simple, el límite es de nueve meses.

Si el proceso es complejo, el plazo máximo es de 36 meses (antes de la reforma era 18 meses)

11.1. Prolongación de la prisión preventiva

El artículo 274 del NCPP establece que el plazo ordinario podrá prolongarse por un determinado periodo dependiendo la clasificación del proceso.

Debido a la complejidad de los procesos, se puede adicionar mayor cantidad de días al plazo originario:

- Un máximo de nueve meses, en los procesos simples
- Un máximo de dieciocho meses, en los procesos complejos, y
- Hasta un máximo de doce meses, en los procesos de criminalidad organizada.

El D. Leg. 1307, en su artículo 274, establece la prolongación de la prisión preventiva:

«1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, el plazo de la prisión preventiva podrá prolongarse:

a) Para los procesos comunes hasta por nueve (9) meses adicionales.

b) Para los procesos complejos hasta dieciocho (18) meses adicionales.

c) Para los procesos de criminalidad organizada hasta doce (12) meses adicionales.

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

Para la prolongación la prisión preventiva se necesita determinar que se han dado circunstancias que han tornado complejo el desarrollo del proceso, circunstancias de especial dificultad que, en su momento, cuando se dictó la prisión preventiva no fueron previstas. La existencia del peligro se entiende que este aún persiste.

El peligro existe, mientras los elementos del proceso no han variado. Si en la marcha del proceso han aparecido datos que desvirtúan la vinculación del sujeto con los hechos o disminuyen su nivel de participación, allí lo que procede es un cese de la prisión preventiva o sea su liberación.

11.2. Adecuación en la prolongación de la prisión preventiva

Mediante Decreto Legislativo 1307 del 30 de diciembre del 2016 se incorporó esta institución jurídica en el NCPP, estableciendo en el inciso 2 artículo 274, «Excepcional-

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

11.3. Cesación de la prisión preventiva Decreto Legislativo 1513 (4 de junio de 2020)

Hay un principio de variabilidad o alterabilidad que determina que pueda variar la medida que recae sobre un imputado. Esto de acuerdo al texto del artículo N° 283 del Código procesal penal del 2004, cuando en el desarrollo del proceso surjan nuevos elementos de convicción que de algún modo desbaraten los presupuestos iniciales que justificaron la medida. Estos nuevos elementos de convicción deberán presentarse a lo largo de investigación y darán lugar a una nueva situación para el procesado.

Se da en la emergencia sanitaria, hasta después de noventa días posteriores a su cese, estableciendo una serie de condicionamiento de orden proceso y de ejecución penal para que las personas se puedan beneficiar las personas que buscan su libertad en relación al cese de la prisión preventiva y en otros casos en relación a la pena privativa de la libertad efectiva, partiendo no solo del problema de hacinamiento penitenciario (establecido por Tribunal Constitucional, en la sentencia EXP. N.° 05436-2014-PHC/TC TACNA, estableciéndose como «estado de cosas inconstitucional»), sino también por el riesgo que implica en los centros penitenciarios el contagio de esta pandemia del Covid19. Es así que, tenemos esta medida de cesación de la prisión preventiva, con la variación de las condiciones que inicialmente justificaron la medida cautelar de prisión preventiva.

La norma establece dos presupuestos concurrentes:

En primer lugar, que la persona que está cumpliendo prisión preventiva no haya sido sujeta a un proceso por determinada relación de delitos taxativamente previstos en este decreto legislativo, delitos graves y que por ello, en el marco de la política de represión criminal, son merecedores de esta medida cautelar (asesinato, sicariato, feminicidio, homicidio, lesiones graves, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, explotación sexual, trata de personas, tráfico de migrantes, tráfico de drogas agravado, cohecho, colusión, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, terrorismo, apología del terrorismo, banda criminal, rebelión, sedición, delitos contra la humanidad: tortura, genocidio, desaparición forzada).

También, en esta relación de delitos, figuran tipologías que, por su regulación y prognosis de pena, en ningún caso alcanzarían una medida de prisión preventiva (ni antes, ni en la situación actual). Parece que el legislador no ha sido muy cuidadoso en la elaboración de esta relación de injustos. Es así que encontramos, en la relación establecida, delitos como: homicidio por emoción violenta, agresiones, abuso de autoridad (simple), peculado de uso, ejercicio ilegal de la medicina, exposición a personas al peligro en el marco de la salud pública.

Otro requisito negativo para el pedido de cesación de la prisión preventiva concurrente, solicitado por la norma, es que la persona no tenga en su contra una segunda medida vigente de prisión preventiva en su contra por otro caso distinto, o tenga condena a pena efectiva por otro caso diferente en su contra.

En dicha situación, la medida de privación de la libertad es reemplazada por la de comparecencia restringida, adicionándose las siguientes restricciones:

- a) Por el mismo plazo que faltaba para dar cumplimiento a la medida de prisión preventiva, se dicta impedimento de salida del país.

- b) Debiéndose reportar el procesado, de manera virtual ante el juzgado competente. Concluido el Estado de Emergencia Sanitaria, se volverá al reporte presencial.
- c) Asistencia a todas las citaciones del fiscal o el juez.

A estos criterios concurrentes se suman otros que tiene que ver con la evaluación concreta de ciertas condiciones como, que el procesado tenga plazo de prisión preventiva ampliada y notificada para el inicio de juicio oral, se encuentren dentro los grupos de riesgo al COVID-19, el riesgo a la vida y la afectación a la salud de las internas e internos procesados, y el riesgo de contagio al interior del recinto carcelario, se tomaran en cuenta otras medidas dictadas en el Estado de Emergencia sanitaria referidas al aislamiento social.

Si se dictará la cesación de la prisión preventiva, el juez dictará las medidas o reglas de conducta necesarias para asegurar la presencia del procesado en el juicio.

Si procede imponer medida de vigilancia electrónica, el magistrado deberá verificar previamente, la capacidad operativa para la ejecución del mandato con el Instituto Nacional Penitenciario.

En caso se disponga la medida de arresto domiciliario, existe la prohibición que este sea el mismo de la víctima. Debiendo separar entre ambos domicilios la distancia de quinientos metros.

12. CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El cese de la medida de prisión preventiva debe de ser realizado por el Ministerio Público, si es percibida dicha situación atentatorio de los derechos de la salud es percibida. Pudiendo hacerlo cuantas veces lo considere necesario.

En el caso del imputado, es una facultad

procesal que puede utilizar, según las circunstancias lo ameriten.

La magistratura puede amparar dicha situación siempre que acredite la ocurrencia de alguna de las eventualidades antes señaladas. En caso de denegación podrá solicitarlo nuevamente, saneando lo observado en la misma.

El encarcelamiento provisional solo tendrá que permanecer vigente mientras subsistan las razones que permitieron su adopción o fenezca el plazo impuesto. Esto es, solo podrá durar hasta el plazo estipulado por el Juez, siempre que antes no haya sido incorporado un nuevo elemento de convicción que permita colegir razonablemente que la probabilidad de condena o que el peligro procesal disminuyó considerablemente en su intensidad, o, que la medida dejó de ser proporcional. En este sentido, «La ausencia de alguno de los presupuestos para la privación cautelar de libertad, no permite decretar la libertad del imputado, la exige». (Del Rio Labarthe, p. 280)

El Juez debe tener en cuenta: 1) las características personales del imputado, 2) el tiempo de privación de la libertad 3) el estado de la causa (artículo 283.3); decretado el cese, las medidas restrictivas garantizarán el peligro procesal (artículo 283.4).

El juez, previo requerimiento del Ministerio Público, puede revocar la cesación de la prisión preventiva y ordenar el encarcelamiento del imputado, cuando se dé el caso de incumplimiento de las restricciones impuestas, teniendo en cuenta el plazo transcurrido.

13. REVOCATORIA DE COMPARENCIA CON RESTRICCIONES POR PRISIÓN PREVENTIVA

Debido a que toda medida cautelar personal (principio de provisionalidad) es

posible variar la medida por una de menor o mayor lesividad, siempre que se repare cualquier modificación sustancial en las condiciones que motivaron su imposición, que puede ser por la disminución o incremento en la intensidad de los supuestos materiales: *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis*; o por que la medida dejó de ser proporcional.

El artículo 279 establece la posibilidad de revocar la comparecencia por prisión preventiva.

14. CONTROL JUDICIAL DE OFICIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El NCPP en su artículo 255.2 informa que la prisión preventiva es reformable aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición, por lo tanto, constituye una obligación del juez el verificar constantemente la medida restrictiva de la libertad, durante la vigencia de la misma.

La indefensión puede producirse por consecuencia de los escasos recursos del imputado, la falta de diligencia y preparación del abogado defensor o la falta de objetividad y diligencia por parte de los órganos responsables del procedimiento penal.

Esta situación puede afectar gravemente los derechos fundamentales a la libertad y a la salud del procesado privado de su libertad. Existiendo, inclusive, circunstancias que modifican las bases sobre las cuales se le impuso la medida cautelar.

La Corte IDH en la causa Bayarri vs. Argentina, el 20 de octubre de 2008, expresó:

«Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad

de aquél. Como ya se dijo, el Juez es garante de los derechos de toda persona bajo custodia del Estado, por lo que le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme el principio de presunción de inocencia». (párr. 67)

De ser posible, el mismo Juez que dispuso la medida al obligado por ley deberá revisar periódicamente la vigencia de las condiciones que su motivaron en su momento su imposición.

15. CONTEXTO DE LA EMERGENCIA SANITARIA

En tiempos de pandemia solo se puede contener el peligro en las condiciones de salud decretados por el MINSA, debidos a la sobrepoblación, hacinamiento de los penales. En ellos hay deficiente atención médica en los penales. El peligro en la salud de los reclusos puede surgir por un tema de edad, comorbilidades, patologías.

No hay peligro de fuga, debido a que están cerradas las fronteras. Aquí la prisión preventiva cede para dar paso a la libertad, por obra de la función jurisdiccional (que en este caso no es ponderación de derechos).

El habeas corpus correctivo, también podría ser aplicable, ya que estaría dirigido a corregir el problema de salud.

Para Valverde (2020) «el COVID-19 llegó a todos los países del mundo con un efecto devastador en nuestras vidas, el cual obligó a que los gobiernos tomarán medidas inmediatas con la finalidad de mitigar la propagación del contagio hacia la población, entre las medidas dictadas se decretaron estados de emergencia, estados de alarma, restringiéndose derechos y las libertades fundamentales de las personas, el aislamiento social, el cierre de fronteras y la suspensión de las actividades económicas y educativas, entre otras».

La declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultura (Comité DESC) el cual expresa lo siguiente: «La pandemia de COVID-19 amenaza con desbordar los sistemas públicos de atención sanitaria y está teniendo efectos devastadores en todo el mundo y en todas las esferas de la vida, como la economía, la seguridad social, la educación y la producción de alimentos. Han fallecido ya decenas de miles de personas, entre ellas el personal médico y de enfermería que están encargándose del tratamiento médico en primera línea». Por ello, el Comité de los DESC ha recomendado a los Estados adoptar con carácter urgente medidas especiales, para proteger y mitigar los efectos de la pandemia de los grupos más vulnerables como son: los refugiados y las poblaciones afectadas por los conflictos, así como las comunidades las personas mayores, las personas con discapacidad y los grupos sometidos a discriminación.

Frente al riesgo que representa la presente pandemia, es deber de los Estados, adoptar de forma inmediata todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad humanas, dentro de sus áreas donde son responsables.

Precisa Valverde (2020) que «las denuncias sobre deficiencias en la atención y tratamiento médico prestados a las personas con COVID-19 incluyen malas condiciones de infraestructura, higiene, falta de profesionales con la adecuada capacitación y competencia, ausencia de insumos y materiales técnicos requeridos, y ausencia de información respecto del tratamiento médico a seguir, lo cual se ve agravado por la escasez de recursos». Por ello, coincidimos con este autor al afirmar que «el derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia».

En el contexto de la emergencia sanitaria, a raíz de la pandemia por Covid19, los criterios a evaluar a fin de que la magistratura otorgue la variación de la prisión preventiva, se deberá tener en cuenta las condiciones de salud del detenido, así como las instalaciones sanitarias del recinto cancelario que lo acoge, su grado de control epidemiológico o su posibilidad real de cuidados respecto a las enfermedades potencialmente latentes, así como la edad del recluso y su grado de comorbilidad y riesgos respecto al desarrollo potencial de las enfermedades propias de esta pandemia.

Por ello, la preservación de los derechos a la integridad física y a la salud, demanda en los momentos excepcionales presentes, toda la tutela posible, ha de estarse, por consiguiente, a las necesidades de la evolución de la pandemia pueda originar. Siendo de gran relevancia, la gravedad y los problemas de salud del imputado, acreditados medicamente, así como el estado de salubridad del establecimiento penal, previo informe del INPE, serán determinantes para la evaluación correspondiente, a fin de salvaguardar la salud del detenido.

También, es determinantes el grado de hacinamiento del penal que aloja al prisionero. Si existe tópicos, si hay capacidad para aislar a los enfermos para evitar los contagios, si cuenta con un número proporcionalmente funcional de médicos.

Estos son los criterios importantes que se incorporan a la evaluación de la variación de la medida restrictiva de la libertad, y este es el nuevo contexto, que se aprecia de acuerdo a la realidad existente, elementos que el juez va a saber advertirlos, perfilarlos y desarrollarlos desde el caso concreto.

El magistrado apreciara estos elementos humanos, propios de un estado democrático de derecho en el que priman la vigencia de los derechos humanos frente a cualquier otra normativa legal, carente hoy de realidad. Se prioriza la salud y buen trato

humano, las condiciones mínimas del habitat carcelario, ya que el imputado sometido a la privación de su libertad se encuentra, en cuanto a su cuidado físico y sanitario, bajo el control total externo de la institución carcelaria, dependiendo totalmente de ella para sobrevivir.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos lanza un llamado a los países de la región a fin de reducir la población sometida a medidas de carcelería, cambiando dichas medidas por otras alternativas a la privación de libertad:

«La CIDH señala que el hacinamiento constituye una amenaza debido al incremento del riesgo de contagio de enfermedades de tipo infeccioso, tal y como fuera indicado en su comunicado del 31 de marzo. Según la información disponible, esta situación afecta en mayor medida a personas que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, y con enfermedades crónicas o autoinmunes. De igual forma, la restricción de visitas también podría tener serias consecuencias para la salud mental de las personas privadas de libertad. Al respecto, según información enviada a la CIDH, la prohibición de visitas en Colombia también aplicaría a personal de psicología y de trabajo social, lo que estaría impactando el bienestar general de las personas detenidas». (Comisión Interamericana de Derechos Humanos Comunicado de Prensa: Frente a la pandemia del COVID-19, la CIDH manifiesta preocupación por la situación especial de riesgo que enfrentan las personas privadas de libertad en la región, del 9 de septiembre de 2020).

16. CONCLUSIONES

- La pandemia del COVID-19 ha sacado a la luz una serie de problemas de gestión estatal y organización del Estado, lo que ha traído como consecuencia que se esté vulnerando los derechos fundamentales de los reclusos. Los mismos

que por estar privados de la libertad están a total merced del cuidado gubernamental.

- Los derechos humanos vulnerados, en dicha situación son los derechos a la vida, la salud y a la presunción de inocencia.
- Una medida atinada es el este acuerdo plenario 01- 2019, que busca aclarar y buscar reducir los malos usos y las indebidas o desproporcionadas medidas de prisión preventiva dictaminadas en los últimos tiempos por la magistratura peruana.
- La mejora en la sustanciación de las resoluciones de pedidos de prisión preventiva va a depender de cada juez en cada caso concreto.
- Es muy necesario buscar incrementar la celeridad que debe aplicar un fiscal a una audiencia cuando hay un investigado, un preso preventivo.
- El plazo para la realización de la audiencia de la prisión preventiva, cuando hay un detenido, es de 48 horas del requerimiento, en casos comunes.
- En los casos de crimen organizado, la situación es distinta y muy difícil de homologar, ya que en dichos casos se debe de contemplar una ampliación, siendo el objetivo de la misma, el que se pueda preparar debidamente la defensa efectiva del detenido.
- Se ha puesto relevancia a que en las audiencias de prisión preventiva deben de existir debates únicos, ya no como en algunos casos se venía realizando, fundamentando en rondas de ida y vuelta el sustento del fiscal o la defensa, tratando de ordenarlo en una sola intervención.
- El argumento judicial debe ser puntual, preciso y concreto, sin incurrir en

- abundancia expositiva, ni al rigor narrativo, evitando invocaciones doctrinarias sin mayores citas extensas y confusas.
- La prisión preventiva, al ser una medida coercitiva excepcional, ha tenido un uso excesivo e innecesario dentro de la administración del sistema judicial peruano.
 - Es de resaltar, el esfuerzo gubernamental para sobrellevar y combatir la propagación del COVID-19, efectuando ciertas decisiones, entre las que se encuentra la prohibición de ingreso de más personas a los centros penitenciarios. Siendo medidas alternativas a tener en cuenta, la prisión domiciliaria, medida que tiene un fundamento de tipo humanitario.

17. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amoretti Pachas, M. (2020). Análisis de lo resuelto por la sala penal de apelaciones sobre la prisión preventiva impuesta a los árbitros en el caso Odebrecht. *En Heydegger, F. (coordinador). Prisión preventiva y detención domiciliaria. Casos polémicos. Lima, Perú. Instituto Pacífico. P.33.*
- Asencio Mellado, J. M. (09 de 07 de 2017). Seminario Gratuito: Prisión Preventiva. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=g9RA0c1Tyb0>
- Asencio Mellado, J. M. (1987). La prisión provisional. Madrid: Editorial Civitas.
- Barona Vilar, S. (1988) Prisión provisional y medidas alternativas. Barcelona. Editorial Bosch.
- Bruzzone, G. (2005) La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el proceso penal». En Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. MAIER. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Cafferata Nores, J. (1994). La Prueba en el Proceso Penal. Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- Calamandrei, P. (2005). Introducción al estudio de las providencias cautelares. Lima: Ara Editores.
- Carrión Diaz, JE. (2016) Manual Auto Instructivo Curso «Prisión preventiva». Academia de la Magistratura. Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/685/MANUAL%20PRISION%20PREVENTIVA.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 60.
- Concepción Carhuancho, R. A. (24 de octubre de 2018). Audiencia de Prisión Preventiva contra Keiko Fujimori Higuchi y otros. Lima: S. P. Nacional.
- Cornejo Cachay, D. y Rafael Miñope, M. (2020). La sobrepoblación penitenciaria a causa de la prisión preventiva en tiempos de Covid-19. Recuperado de: [file:///C:/Users/Master/Downloads/627-Texto%20del%20art%20C3%ADculo-2206-1-10-20201116%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Master/Downloads/627-Texto%20del%20art%20C3%ADculo-2206-1-10-20201116%20(1).pdf)
- Del Río Labarthe, G. (2008) La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima, Ara Editores.
- Del Río Labarthe, G. (2016). Prisión Preventiva y Medidas Alternativas. Lima: Pacífico Editores.
- Espinoza Ramos, B. (2020) Imputación suficiente y prisión preventiva. *En Heydegger, F. (coordinador). Prisión preventiva y detención domiciliaria. Casos polémicos. Lima, Perú. Instituto Pacífico.*

- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trota.
- Ferrajoli, L. (2004) Derechos y garantías: la ley del más débil. Cuarta edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012) El constitucionalismo entre principios y reglas. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676 pp. 791-817. Recuperado de: El constitucionalismo entre principios y reglas Luigi Ferrajoli.pdf
- Gimeno Sendra, V. (2015). Derecho Procesal Penal. Pamplona: Civitas
- Guevara Vásquez, I.P. (6 de 12 de 2018). 2018.12.06 - Conferencia: Prisión Preventiva. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=sWIOdbiqXy0&t=63s>
- Guevara Vásquez, I.P. (2020) Entre la constitucionalización del derecho penal y la expansión del derecho punitivo. *En Crispín, A. (Coordinador) (2020) Derecho Penal Constitucional. Lima, Gaceta Jurídica.*
- Hidalgo, C. (2020). Prisión preventiva y hacinamiento penitenciario en tiempos de COVID-19. Perú, Gaceta Jurídica.
- Hurtado Pozo, J. (2004). La reforma del proceso penal peruano - Anuario de derecho penal 2004. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Jauchen, E. M. (2005) Derechos del Imputado. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni.
- La ley. El ángulo legal de la noticia. Abril 2019. <https://laley.pe/art/7736/el-39-de-los-presos-en-el-peru-se-encuentra-recluido-por-prision-preventiva>
- Landa Arroyo, C. (2014) El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional. *En Castañeda Otsu, S.Y. (coordinadora). Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.*
- Lovatón Palacios, MD. (2016) LA GESTACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL INTERAMERICANO EN EL PERÚ. Tesis que presenta para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Neyra Flores, J.A. (2015) Tratado de derecho procesal penal, t. II, Lima, Idemsa.
- Pérez López, J. A. (2014). El Peligro Procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de Prisión Preventiva. Derecho y Cambio Social.
- Piñol Rodríguez, J.R. y otros (2009). Derecho Procesal Penal, Pamplona. Editorial Civitas.
- Rodríguez Hurtado, MP; Ugaz Zegarra, AF; Gamero Calero, LM; y Schönbohm, H. (2012). MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN Conforme a las Previsiones del Nuevo Código Procesal Penal – Decreto Legislativo No. 957
- Rosas Yataco, j. (2016). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Lima: Legales.
- San Martín Castro, C. (2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. Lima, INPECCP.
- Sánchez Córdova, JH. (2020) El estándar de prueba en la prisión preventiva a propósito del Acuerdo Plenario N.º 1-2019. *En Heydegger, F.*

- (coordinador). *Prisión preventiva y detención domiciliaria. Casos polémicos*. Lima, Perú. Instituto Pacífico.
- Silva Sánchez, J. (2000) Estudios de derecho penal. Lima, Grijley.
 - Vitale, G. (2007). Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie. Colección Claves del Derecho Penal. N° 10, 107.
 - Valverde Camán Frenando (2020). Derechos humanos en tiempos de pandemia: orientaciones y recomendaciones de los organismos internacionales para su protección. El Terno no hace al abogado. Recuperado de: <https://www.el-terno.com/colaboradores/Fernando-Valverde-Caman/derechos-humanos-en-tiempos-de-pandemia.html?fbclid=IwARZwamO6TtHsz6UEFCad4sWAE6FxyzIUhBlIRspiTDINUZ5LhZ-o>