



**Universidad
Norbert Wiener**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO Y
CIENCIA POLITICA**

TESINA

"La Prisión Preventiva: ¿Medida Cautelar o anticipo de pena?"

Un análisis comparado del uso desmedido de la prisión preventiva en
América Latina"

Presentado por:

DAVID TEODORO CERNA CAMONES

Asesor:

Dr. Juan Carlos Centurión Portales

Tesina para optar el Título Profesional de Segunda Especialidad
en Derecho Procesal

Lima – Perú

2018

**La prisión preventiva: ¿medida cautelar o anticipo de pena?
Un análisis comparado del uso desmedido de la prisión preventiva en
América Latina**

ÍNDICE

I.	CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.	Descripción de la realidad problemática	5
2.	Formulación del problema	21
2.1.	Problema general	22
2.2.	Problema específico.....	22
3.	Formulación de objetivos	22
3.1.	Objetivo general	23
3.2.	Objetivos específicos	23
4.	Antecedentes de la investigación	23
5.	Justificación e importancia del estudio.....	24
5.1.	Justificación práctica.....	24
5.2.	Justificación teórica	25
6.	Limitaciones del estudio	25
7.	Viabilidad del estudio	26
II.	CAPÍTULO II: NOCIONES DE DERECHO PENAL	
8.	Definición	27
9.	Teoría de la pena.....	28
9.1.	Teorías absolutas de la pena.....	30
9.2.	Teorías relativas de la pena.....	32
9.3.	Teorías mixtas de la pena	34
10.	La pena en el Código Penal peruano	34
11.	Evolución de la teoría del delito	35
12.	Teoría del delito	36
12.1.	Acción.....	36
12.2.	Tipicidad.....	37
12.3.	Antijuricidad.....	37
12.4.	Culpabilidad.....	38
III.	CAPÍTULO III: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL PENAL	
13.	Nociones generales del proceso penal	40
14.	Fundamento de las medidas cautelares personales.....	40

15.	Las medidas cautelares como limitación de derechos fundamentales	42
16.	Naturaleza cautelar.....	43
17.	Funciones.....	45
	17.1. Funciones cautelares.....	45
	17.2. Funciones no cautelares.....	47
18.	Presupuestos.....	47
IV.	CAPÍTULO IV: LA PRISIÓN PREVENTIVA	
19.	Definición	49
20.	Principios constitucionales de la prisión preventiva	54
	20.1. Principios rectores de la prisión preventiva.....	56
	20.2. El principio de excepcionalidad.....	56
	20.3. El principio de temporalidad.....	57
	20.4. El principio de variabilidad.....	57
21.	La prisión preventiva y la presunción de inocencia.....	57
22.	La prisión preventiva y su naturaleza procesal.....	61
V.	CAPÍTULO V: EL JUICIO PARALELO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ	
23.	La prisión preventiva en la jurisprudencia penal peruana...63	
24.	“El juicio paralelo en la prisión preventiva”: <i>la influencia mediática en las decisiones judiciales</i>	64
25.	El hacinamiento carcelario producto del uso indiscriminado de la prisión preventiva.....	65
VI.	CAPÍTULO VI: LA REFORMA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA AMÉRICA LATINA	
26.	La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva.....	69
27.	La reforma procesal penal de la prisión preventiva.....	78
VII.	CAPÍTULO VII: ANÁLISIS JURISPRUDENCIA	
28.	Jurisprudencia Nacional.....	86
	28.1. Exp. N° 04780-2017-PHC/TC (Acumulado)-Piura - Caso: <i>Ollanta Humala Tasso - Nadine Heredia</i>	86
	28.2. Casación N° 631-2015-Arequipa “ <i>El arraigo como supuesto del peligro de fuga</i> ”.....	95
	28.3. Casación N° 626-2013-Moquegua “ <i>Doctrina Jurisprudencia Vinculante sobre la audiencia, motivación y elementos [fumus delicti comisi, pena</i>	

	<i>probable, peligro procesal –peligro de fuga-]de la medida de prisión preventiva”</i>	97
28.4.	Casación N° 391-2011-Piura “Nuevos elementos de convicción para la cesación de la prisión preventiva”.....	98
29.	Jurisprudencia Internacional	99
29.1.	Sentencia de la Corte IDH – Caso <i>Tibi Vs. Ecuador.</i> ..	100
29.2.	Sentencia de la Corte IDH – Caso <i>García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú</i>	101
30.	Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2017/CIJ-116: “Alcances del artículo 274.2 del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1307: Adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva”.....	103
31.	Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ “Circular sobre prisión preventiva”	105

CONCLUSIONES..... 108

RECOMENDACIONES..... 110

- Propuesta de *lege ferenda*..... 111

BIBLIOGRAFÍA..... 112

ANEXO

- Anexo I: Exp. N° 04780-2017-PHC/TC (Acumulado)-Piura - Caso: *Ollanta Humala Tasso - Nadine Heredia*.
- Anexo II: Casación N° 631-2015-Arequipa “*El arraigo como presupuesto del peligro de fuga*”.
- Anexo III: Casación N° 626-2013-Moquegua “*Doctrina Jurisprudencia Vinculante sobre la audiencia, motivación y elementos [fumus delicti comisi, pena probable, peligro procesal – peligro de fuga-] de la medida de prisión preventiva*”.
- Anexo IV: Casación N° 391-2011-Piura “*Nuevos elementos de convicción para la cesación de la prisión preventiva*”.
- Anexo V: Sentencia de la Corte IDH – Caso *Tibi Vs. Ecuador*.

- Anexo VI: Sentencia de la Corte IDH – Caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*.
- Anexo VII: Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2017/CIJ-116: *“Alcances del artículo 274.2 del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1307: Adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva”*.
- Anexo VIII: Decreto Legislativo N° 1307 *“Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada”*.
- Anexo IX: Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ *“Circular sobre prisión preventiva”*.

I. CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción de la realidad problemática

La libertad personal constituye una afirmación esencial en el moderno constitucionalismo y es uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía axiológica; pues solo el derecho a la vida lo supera¹. Es así que, de todos los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el máspreciado, siendo ésta la razón de su más contundente reconocimiento y refinada reglamentación².

Es en esta perspectiva, que la privación de la libertad personal es la modalidad más radical de intervención del Estado³, puesto que, incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, que es la libertad personal, y que a su vez es el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica⁴.

¹ Vide: San Martín Castro, Cesar, Derecho Procesal Pena, 3 Edición, Grijley, Lima, 2014, p. 957.

² Vide: Gimeno Sendra, Vicente; El proceso de hábeas corpus, Tecnos, Madrid, 1996, p. 15.

³ Se entiende que la privación de la libertad es una limitación de un derecho fundamental, pues en este mismo sentido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido reiteradamente que si bien la libertad personal es limitable, tal limitación ha de ser equitativa, siempre y cuando se respeten determinadas condiciones expresas adecuadas al fin: Cfr. STEDH, Asunto "Buckley", de 25 de setiembre de 1969 y STEDH, Asunto "Handyside", de 7 de diciembre de 1976. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el Estado está obligado a no restringir la libertad más allá de los límites "estrictamente necesarios", y que en sede penal, tiene un carácter cautelar (SCIDH, Asunto "Suarez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párrafo 77).

⁴ Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto; Presunción de inocencia y prisión sin condena, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1996, p. 19.

No obstante, a pesar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido en el inciso 24) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, no es un derecho absoluto como todo derecho fundamental, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley⁵; sin embargo, estas restricciones, a pesar de estar previsto en una ley⁶, no deben ser una regla sino una excepción así como lo señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9, inc. 3, que de modo enfático dice que *“la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”*. Todos estos condicionamientos y cuidados para privar del derecho a la libertad

⁵ El tribunal Constitucional señala que *“la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido en el inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú; y, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley”* (STC, Exp. N° 03556-2012-PHC/TC-Junín, Caso: Serafín Martín, FJ. 3), por consiguiente, *“la libertad personal, en cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias”* (STC, Exp. N° 04630-2013-PHC/TC-La libertad, FJ 3); asimismo, en reiteradas sentencias ha señalado que: *“la libertad personal no es sólo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Por ello es que los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma en que se reconocen tales derechos”* (STC, Exp. N° 2029-2005-PHC/TC-Lima, Caso Fortunado Félix Utrilla Aguirre, FJ 5), *“(…) como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley* (STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC-Lima, Caso: Vicente Ignacio Silva Checa, FJ 5)

⁶ Al respecto, la CIDH, en un asunto contencioso, ha señalado que las restricciones, aun cuando se amparen en una ley, no pueden ser irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad (SCIDH, Asunto “GangaramPanday”, de 21 de enero de 1994). Por otro lado, la Comisión Andina de Juristas dice que las restricciones requieren de leyes que en última instancia no contradigan el fin último de todo derecho: el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos, Cfr. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Protección de los Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, Lima, p. 40-41.

a una persona, parten como es lógico de una directiva fundamental del principio de la excepcionalidad⁷.

Es en este sentido, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha reconocido insistiendo que la libertad del procesado debe ser la regla, subrayando que la privación –y en específico la prisión preventiva- es excepcional, cuyo objetivo es *asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial y que se debe aplicar 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. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa*⁸. En similar sentido, en otro informe la CoIDH ha señalado que la prisión preventiva reviste suma gravedad, por lo que es del caso rodearla de las máximas garantías, en tanto que se aísla al imputado y se le separa forzosamente de su familia y de su ámbito laboral; se entorpece el ejercicio de su derecho de defensa⁹.

Y para proteger la libertad personal, la CIDH, mediante la *Opinión Consultiva OC-6/86*¹⁰, ha fijado ciertas pautas para una correcta

⁷ San Martín Castro, Cesar, Derecho Procesal Pena, 3 Edición, Grijley, Lima, 2014, p. 959.

⁸ Informe CoIDH 12/96, 17 de noviembre de 1993, párrafo 84, Caso: "Jorge A. Giménez v. Argentina.

⁹ Cfr. Informe CoIDH 2/97, 11 de marzo de 1997, párrafos 7, 48 y 49; Informe CoIDH 12/96, 17 de noviembre de 1993, párrafo 78, 81 y 83, Caso: "Jorge A. Giménez v. Argentina.

¹⁰ Cfr. CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, "La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", punto 18; Cfr. San Martín Castro, Cesar, Derecho Procesal Pena, 3 Edición, Grijley, Lima, 2014, p. 957.

restricción del mismo, y por ende, para privar de este derecho primero se deberá analizar si se cumple con los siguientes criterios:

- a) *Que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que estos permitan;*
- b) *Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas" y;*
- c) *Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.*

Y a pesar de la existencia de las *normas internacionales* vinculantes, derivadas del derecho internacional de los tratados, que son muy claras en reconocer el derecho a la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la detención preventiva; en la praxis los diversos Estados han hecho caso omiso a estas normas y compromisos asumidos¹¹; y, *contrario sensu*, han venido aplicando de manera desproporcional y arbitrariamente la prisión preventiva, dejando de lado el principio de excepcionalidad¹²; y con ello han generado un sin fin de problemas en las cárceles¹³.

¹¹ PRIMERA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS. Miami, Florida 9 al 11 de diciembre de 1994. Plan de Acción suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Primera Cumbre de las Américas: *en esta cumbre los Jefes de estado asumieron el compromiso político -expresado al más alto nivel desde hace veinte años en el marco-, de adoptar las medidas necesarias para remediar las condiciones inhumanas en las cárceles y reducir al mínimo el número de detenidos en espera de juicio"*

¹² Vid: INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMERICAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013.

¹³ *El uso no excepcional de esta medida agrava otros problemas ya existentes en las cárceles: altos niveles de hacinamiento, lo que genera una situación de vulnerabilidad de otros derechos fundamentales de los reclusos, como el derecho a la integridad personal. En la absoluta mayoría de los países de la región las personas*

Desde hace más de una década la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en muchos países de la región¹⁴. En su reciente **Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas** la CIDH señaló entre los problemas más graves y extendidos en la región, el uso excesivo de la prisión preventiva; y destacó que esta disfuncionalidad del sistema de justicia penal es a su vez la causa de otros problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados¹⁵. En este sentido, a nivel técnico otros actores calificados como ILANUD han considerado que “un

en prisión preventiva están expuestas a las mismas condiciones que las personas condenadas, y en ocasiones a un trato peor que éstas. Las personas en prisión preventiva sufren grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad; además padecen el impacto psicológico y emocional del hecho mismo de estar privados de libertad sin haber sido condenados, y por lo general son expuestos al entorno de violencia, corrupción, insalubridad y condiciones inhumanas presentes las cárceles de la región. Incluso los índices de suicidios cometidos en prisiones son mayores entre los presos en prisión preventiva. De ahí la especial gravedad que reviste esta medida y la necesidad de rodear su aplicación de las máximas garantías jurídicas: Cfr. DEPARTAMENTO DE SALUD MENTAL Y ABUSO DE SUSTANCIAS, PREVENCIÓN DEL SUICIDIO EN CÁRCELES Y PRISIONES, OMS, 2007, págs. 8 y 10. Y en especial, la aplicación de esta medida afecta de manera extendida y desproporcionada a personas pertenecientes a grupos económicamente más vulnerables, quienes por lo general encuentran obstáculos en el acceso a otras medidas cautelares, como la fianza, ni pueden afrontar los gastos que implica la representación de un abogado privado, contando solo con la defensa pública y sus limitaciones. INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMERICAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013.

¹⁴ CIDH. Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.111. Documento 21 rev., adoptado el 6 de abril de 2001, Cap. VII, párr. 26. Cuatro años antes, la CIDH ya había dicho que la prisión preventiva constituía “un problema serio en varios países miembros de la OEA”: Cfr. CIDH. Informe No. 2/97, Caso 11.205, Fondo, Jorge Luis Bronstein y otros, Argentina, 11 de marzo de 1997, párr. 8.

¹⁵ Cfr. INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMERICAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013.

caso de especial gravedad dentro del panorama [regional] del aumento de las poblaciones penitenciarias es el de los presos y presas sin condena”, y que por tanto, “la región deberá continuar sus esfuerzos para mantener niveles más prudentes de presos y presas a la espera de sentencia”¹⁶.

Esta misma situación también ha sido identificada sistemáticamente en las Américas por los mecanismos de monitoreo de las Naciones Unidas, entre ellas el Comité de Derechos Humanos (HRC), el Comité contra la Tortura (CAT), el Subcomité contra la Tortura (SPT), el Grupo de Trabajo sobre las Detenciones Arbitrarias (GTDA) y el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (RT), cuyo mandato está relacionado con la salvaguarda de los derechos humanos de las personas procesadas penalmente y/o privadas de libertad¹⁷. Este problema del uso excesivo de la prisión preventiva ha sido reconocido incluso en otras instancias de la propia Organización de Estados Americanos (OEA), en donde se estimó que en la región existe un promedio de

¹⁶ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*, 2009, págs. 78 y 79. Por otro lado, el *Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, celebrada en Santo Domingo*, dio cuenta de algunas de las causas comunes que a nivel regional tienen incidencia en los altos índices de personas en prisión preventiva, como lo son: el retardo en el trámite de los procesos penales, la ausencia de asesoría legal adecuada, la influencia de la opinión pública, y la “tendencia de los fiscales y jueces a que se ordenen mandatos de detención para aquellas personas cuyo proceso está en trámite, en vez de recurrir a otras medidas”: UNODC, INFORME DE LA REUNIÓN DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL (de América Latina y el Caribe) SOBRE LA REVISIÓN DE LAS REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS, celebrada del 3 al 5 de agosto de 2011 en Santo Domingo, República Dominicana, párr. 9-14.

¹⁷ INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMERICAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013.

más del 40% de la población penitenciaria está bajo la modalidad de la prisión preventiva¹⁸.

Ante estos hechos lamentables, la ColDH sostiene que la aplicación excesiva, desmedida y arbitraria de la prisión preventiva desnaturaliza la esencia de un Estado democrático de derecho y por consiguiente es contraria a los principios de este¹⁹. Y la instrumentalización de esta medida, como una forma de justicia expedida que resulta una pena anticipada, es contrario a lo establecido por la Convención y la Declaración Americanas de Derechos Humanos²⁰.

A lo largo de los últimos años la Corte IDH, en el ejercicio de sus funciones de monitorio, se ha referido consistentemente al uso excesivo de la detención preventiva como uno de los principales problemas relacionados con el respecto y garantía de los derechos humanos de las personas privadas de libertad; en este sentido, se ha

¹⁸ TERCERA REUNIÓN DE AUTORIDADES RESPONSABLES DE POLÍTICAS PENITENCIARIA Y CARCELARIAS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 17 – 18 de septiembre de 2012, Washington, DC. OEA/SER.K./XXXIV GAPECA/doc.15/12. 17 septiembre 2012 17 - 18 de septiembre de 2012: *en la cual se hizo referencia al "amplio uso de la detención preventiva"*. Por otro lado, en las Recomendaciones de la SEGUNDA REUNIÓN DE AUTORIDADES RESPONSABLES DE LAS POLÍTICAS PENITENCIARIAS Y CARCELARIAS DE LOS ESTADOS DE LA OEA (Valdivia, 2008), *instaron a los Estados a la aplicación de la prisión preventiva de acuerdo con las normas del debido proceso y respetando los principios de excepcionalidad y proporcionalidad*: Cfr. SEGUNDA REUNIÓN DE AUTORIDADES RESPONSABLES DE LAS POLÍTICAS PENITENCIARIAS Y CARCELARIAS LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA. 26 al 28 de agosto de 2008, Valdivia, Chile. OEA/Ser.K./XXXIV DE GAPECA/doc.6/08 rev. 5 27 agosto 2008.

¹⁹ INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMERICAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013.

²⁰ La CIDH ha considerado "*absolutamente inaceptable, que de hecho, la prisión preventiva se transforme en la forma usual de administración de justicia, sin debido proceso, juez y sentencia*": INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN REPÚBLICA DOMINICANA, CIDH. OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 rev. 1, adoptado el 7 de octubre de 1999. Cap. VI, párr. 224.

pronunciado con respecto a este problema en sus informes especiales a los distintos países:

CUADRO INFORMATIVO: Informe de la CIDH sobre la prisión preventiva

PAÍS	PERSONAS PRIVADA DE LIBERTAD	PORCENTAJE DE PERSONAS PROCESADOS (PRISIÓN PREVENTIVA)	INFORME DE LA CIDH
Honduras	11,727 (2012)	47.98%	–CIDH. <i>Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras</i> , OEA/Ser.L/V/II.147, adoptado el 18 de marzo de 2013), párr. 19.
Venezuela	21,877 (2009)	65%	–CIDH. <i>Democracia y derechos Humanos en Venezuela</i> , OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, adoptado el 30 de diciembre de 2009, párrs. 859 y 860.
			–CIDH. <i>Observaciones de la Comisión</i>

Haití	5,480 (2007)	85%	<i>Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Haití en abril de 2007, OEA/Ser.L/V/II.131, adoptado el 2 de marzo de 2008, párr. 36.</i>
Bolivia	6,864 (2006)	74% (2006) 75% (2008)	- CIDH. <i>Acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, adoptado el 28 de junio de 2007, Cap. III, párr. 190.</i>
Guatemala	8,200 (1999-2000)	Dos terceras parte del total de la población penitenciaria	-CIDH. <i>Quinto informe sobre la situación de los derechos Humanos en Guatemala, Cap. VII, párr. 26 y Cap. VIII, párr. 10.</i>
Paraguay	2,266 (1998)	93%	-CIDH. <i>Tercer informe sobre la situación de los derechos Humanos en Paraguay, Cap. IV, párr. 38</i>
Perú	27,500	52%	-CIDH. <i>Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, OEA/Ser.L/V/II.106.</i>

	(2000)		Doc. 59 rev., adoptado el 2 de junio de 2000. Cap. IX, párr. 13
Colombia	43,221 (1997)	45.85%	–CIDH. <i>Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia</i> , OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, adoptado el 26 de febrero de 1999. Cap. XIV, párr. 15.
México	116,000 (1996)	50%	–CIDH. <i>Informe sobre la situación de los derechos humanos en México</i> , OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1, adoptado el 24 de septiembre de 1998. Cap. III, párrfs. 222 y 229.
Ecuador	9,280 (1994)	70%	–CIDH. <i>Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador</i> , OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, adoptado el 24 de abril de 1997. Cap. VI.

Cuadro 1: *Elaboración propia de los informes de la Corte IDH*

CUADRO INFORMATIVO: Estado de la prisión preventiva

Estado	Número de personas privadas de libertad	Número/porcentaje de procesados	Número/porcentaje de condenados	Fecha de la información
Bolivia	13,654	11,410 (84%) Preventivos.	2,244 (16%) Sentenciados.	A octubre de 2012
Brasil	549,577 (508,357 en custodia del Sistema Penitenciario y 41,220 custodiados por las Policía Judicial de los estados (Secretarías de Seguridad Pública).	191,024 (37.6%) (De los 508,357 custodiados por el Sistema Penitenciario).	317,333 (62.4%) (De los 508,357 custodiados por el Sistema Penitenciario).	A junio de 2012
Chile	53,171	10,823 (20.4%) Sin sentencia (detenidos, procesados	42,348 (79.6%) Con sentencia firme	Al 31 de julio de 2012

		imputados).		
Colombia	113, 884	34,571 (30.35%) Sindicados.	79,313 (69.65%) Condenados	Al 31 de diciembre de 2012
Costa Rica	13,017	3,248 (25%) Indiciados.	9,769 (75%)	2012
El Salvador	26,883	6,459 (24%) Procesados.	20,424 (76%) Condenados	8 de octubre de 2013
Ecuador	19,177	9,409 (49%) No sentenciados (8,630 procesados, 377 contraventore s, 402 con medidas de apremios).	9,768 (51%) Sentenciados (4,732 con sentencia ejecutoriada (25%), y 5,036 en impugnación o modificación)	Al 1 de agosto de 2012
Guatemala	14,635	7,357 (50.3%) Preventivos.	7,278 (49.7%) Condenados.	A octubre de 2012

Honduras	12,407	6,064 (48.9%) Procesados.	6,343 (51.1%) Condenadas.	A abril de 2013
Nicaragua	9,168	1,127 (12.3%) Acusados.	8,041 (87.7%) Condenados	Al 31 de diciembre de 2012
Panamá	14,521	9,443 (65%) En proceso A órdenes del Ministerio Público: 5,592; a órdenes del Org. Judicial: 3,135; Otros: 716.	5,078 (35%) Condenados Delitos: 4,421 Faltas: 339.	A octubre de 2012
Paraguay	7,901	5,780 (73.1%) Procesados	2,126 (26.9%) Condenados	Al 23 de septiembre de 2012
Perú	58,681	34,508 (58.8%) Procesados	24,173 (41.2%) Sentenciados	Al 31 de julio de 2012

Uruguay	9,330	6,065 (65%) Prisión preventiva	3,265 (35%) Condenados S. 1º Instancia: 535 S. 2º Instancia: 2,924	Al 31 de julio de 2012
Venezuela	36,236	18,735 (52%) Detención preventiva (Procesados)	17,501 (48%) Con sentencia firme (Condenados)	Al cierre del primer semestre de 2012.

Cuadro 2: *Proporción general de personas en prisión, Tomado del INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AMERICAS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013, p. 20, 21.*

Estos problemas del uso excesivo de la prisión preventiva y los demás problemas que ello genera en el sistema penitenciario no son ajenos en el Perú. Así en la legislación penal peruana, el conflicto de la prisión preventiva es latente; y este conflicto se suscita en un contexto de reforma del proceso penal con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal (en adelante NCPP)²¹. A pesar que este nuevo modelo procesal ha implicado numerosos cambios enmarcados en el respeto de las garantías procesales²², no ha significado un avance en cuando a la protección desmedida de la

²¹ De la Jara, Ernesto; Chávez-Tafur, Gabriel; Ravelo, Tafur; Grández, Agustín; Del Valle, Oscar y Sánchez, Liliana; La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, p. 8.

²² Ministerio de Justicia (Minjus). Secretaría Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, "La reforma procesal peruana. Hacia una justicia rápida y transparente", Informe estadístico 2006-2010, Lima.

prisión preventiva. Y esto debido a la política criminal peruana basado en la sobrecriminalización²³, en donde la mayoría de delitos que son cometidos la pena supera los 4 años.

Según indicadores del Ministerio de Justicia²⁴, entre julio del 2006 y marzo del 2010, en los 11 distritos que aplican el NCPP 2004 se atendieron 201 088 denuncias, dentro de los cuales **se presentó 3278 requerimientos de prisión preventiva**, lo que equivaldría al 1,6% del número de denuncias. Y según los datos estadísticos encontrado, podemos señalar que entre los años de 2007 y 2010, en **La Libertad** se registró un total de 56 153 denuncias (1560 al mes) hubo 941 requerimientos de prisión preventiva, lo que representa el 1,7% del número de denuncias. En **Arequipa**, entre octubre del 2008 y abril del 2010 hubo un total de 39 626 denuncias ingresadas (2201 cada mes), así como 252 requerimientos de prisión preventiva (0,6% del total)²⁵.

Por su parte, el Ministerio Público informó²⁶ que entre el 2009 y el 2010, La Libertad registró 32 063 denuncias (1687 al mes), entre el 2009 y 2010 hubo 661 solicitudes de prisión preventiva resueltas (3,9% del total de denuncias). En el caso de Arequipa, durante el mismo período de enero del 2009 a julio del 2010 se vieron 39 216 denuncias (2064 por mes); y entre el 2009 y 2010 se registraron 309

²³ El universo de denuncias consiste, en su gran mayoría, precisamente en aquellos delitos por los que con más frecuencia se solicita prisión preventiva: robo y hurto, que entre ambos acumulan el 62% del total de denuncias y para los cuales el Código admite como pena entre un año y cadena perpetua. A excepción del delito de lesiones, con 10%, los otros 38 delitos registrados por la PNP acumularon el 28% restante, cada uno con un índice de frecuencia de 3% o menos.

²⁴ Informe general sobre los resultados de la aplicación del Código Procesal Penal 2010.

²⁵ Cfr. De la Jara, Ernesto; Chávez-Tafur, Gabriel; Ravelo, Tafur; Grández, Agustín; Del Valle, Oscar y Sánchez, Liliana; La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, p. 15, 16.

²⁶ Ministerio Público. Balance de la Gestión en el NCPP. Fiscalía de la Nación. Equipo Técnico Institucional de Implementación del NCPP.

requerimientos resueltos de prisión preventiva (1,5% del total de denuncias).

Como se puede observar, en el 2013 el número de requerimientos de prisión preventiva probablemente no superaba un margen de entre 0,5 y 4% respecto del total de denuncias registradas de hechos delictivos en los distritos judiciales observados²⁷.

En lo que respecta a la **región Lima**, el INPE²⁸, en su reciente informe del mes de octubre de 2016, ha señalado que del total de personas privadas de libertad que son 39, 731, hay un total de 17, 865 personas privadas de libertad en calidad de procesados de los cuales el sexo masculino representa un total de 16, 900 internos y el sexo femenino 965 internas.

Y la situación de las personas privadas recluidos en el establecimiento penitenciario de Lima en calidad de proceso en el año 2016 son:

CUADRO INFORMATIVO: El total de personas privadas de libertad y del total de personas en condición de prisión preventiva

MES	TOTAL DE PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD	TOTAL DE PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD EN CONDICIÓN DE PROCESADO
1. Enero	38,886	21,650

²⁷ De la Jara, Ernesto; Chávez-Tafur, Gabriel; Ravelo, Tafur; Grández, Agustín; Del Valle, Oscar y Sánchez, Liliana; La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, p. 16.

²⁸ INPE. Informe Estadístico Penitenciario, octubre de 2016.

2. Febrero	39,056	21,788
3. Marzo	39,190	21,706
4. Abril	39,259	21,706
5. Mayo	39,220	20,655
6. Junio	39,402	20,325
7. Julio	39,503	20,129
8. Agosto	39,584	20,121
9. Setiembre	39,639	19,782
10. Octubre	39,731	17,865

CUADRO 3: fuente estadístico elaborado a partir del INFORME ESTADÍSTICO del INPE

Como se puede observar en los diversos informes de la CIDH y la CoIDH, los diversos Estados de la región -y en especial la situación del Perú-, se ha venido aplicado de manera excesiva –desmedida y arbitraria- la prisión preventiva en desmedro de los Derechos Humanos y el principio de excepcionalidad que esta medida comprende. El fundamento irracional de esta aplicación *prima facie* es la bandera de la lucha contra la inseguridad ciudadana y la criminalidad organizada.

2. Formulación del problema

2.1. Problema general

- ¿La prisión preventiva es una medida cautelar o un anticipo de pena?

2.2. Problema específico

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la prisión preventiva?
- ¿La prisión preventiva es una medida cautelar o un anticipo de pena en la legislación penal peruana?
- ¿Es la prisión preventiva una medida de precaución para garantizar un juicio y una sanción o es un castigo previo a la determinación judicial de la culpa y la pena?
- ¿La prisión preventiva es una medida excepcional o una medida de *prima facie*?
- ¿Rigen las garantías procesales mínimas en la aplicación de la prisión preventiva?
- ¿Se debe tomar en cuenta la presión mediática para la aplicación de la prisión preventiva?

3. Formulación de objetivos

3.1. Objetivo general

- Determinar que la prisión preventiva es una medida cautelar y no un anticipo de pena

3.2. Objetivos específicos

- Determinar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva.
- Determinar que la prisión preventiva es una medida cautelar y no un anticipo de pena en la legislación penal peruana.
- Determinar que la prisión preventiva no es una medida de precaución para garantizar un juicio ni una sanción o castigo previo a la determinación judicial de la culpa y la pena.
- Determinar que la prisión preventiva es una medida excepcional y no una medida de *prima facie*.
- Determinar que en la aplicación de la prisión preventiva rigen las garantías procesales mínimas.
- Determinar que en la aplicación de la prisión preventiva no se debe tomar en cuenta la presión mediática.

4. Antecedentes de la investigación

Los antecedentes que preceden a la investigación de la tesina intitulada “La prisión preventiva: ¿medida cautelar o anticipo de pena?.Un análisis comparado del uso desmedido de la prisión preventiva en América Latina”, son:

- a) **“Presupuestos para la prisión preventiva en los delitos de violación sexual en los juzgados penales de Huaura. Año 2013”** – presentado por José Santos Litano León, para optar el

Título de abogado – Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión (Huacho - 2015).

- b) **“Revisión periódica de oficio de la prisión preventiva y el derecho a la libertad”** – presentado por Omar Castillo Ticona, para optar el Título profesional de abogado – Universidad Privada Antenor Orrego (2015).
- c) **“Influencia del peligro procesal en la imposición de prisión preventiva en los delitos de hurto y robo agravados”** – presentado por Juana Poccomo Asto, para obtener el Título profesional de abogada – Universidad Nacional San Cristóbal de Humanga (Ayacucho - 2015).
- d) **“La prisión preventiva judicial y la vulneración del derecho de presunción de inocencia del investigado en el distrito de padre abad, Ucayali, 2014-2015”** – presentado por Gabriela Marleni Serrano Vega, para obtener el Grado de magister en Derecho Penal – Universidad Nacional Hermilio Valdizán (Huánuco - 2015)

5. Justificación e importancia del estudio

5.1. Justificación práctica

Desde el punto de vista práctico, la presente investigación se justifica debido a que la libertad es un derecho fundamental de la persona humana y como tal no se puede privar de manera arbitraria y desmedida.

En el presente trabajo de investigación se analizará la situación de los diversos países, así como los informes emitidos por la CIDH y la

CoIDH y la situación del Perú para luego analizar la problemática de la aplicación de la prisión preventiva. Y luego se analizará de manera sistemática tanto en la legislación, la normativa internacional y la doctrina procesal penal para consolidar cual es la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, si es una medida de coerción personal o un adelantamiento de pena; en donde determinaremos de manera clara y precisa que la naturaleza jurídica de esta medida corresponde a la coerción personal.

5.2. Justificación teórica

La importancia de esta investigación radica en definir y dar a conocer la problemática de la prisión preventiva en la legislación penal peruana y en la región de América.

Luego el análisis se centrara en la situación de la región lima en el año 2016 para observar la aplicación de la prisión preventiva, los avances y retrocesos.

Luego esta investigación pretenderá difundir y restablecer las pautas fijadas por la CIDH, mediante la *Opinión Consultiva OC-6/86*, para privar la libertad: a) *Que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que estos permitan;* b) *Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, es decir que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas" y;* c) *Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.*

6. Limitaciones del estudio

Las limitaciones que se han presentado, en el desarrollo de la presente investigación son:

- Reducido material bibliográfico respecto a un análisis crítico de la prisión preventiva.
- El problema mediático de la prisión preventiva, el famoso “juicio paralelo”.
- El tiempo disponible para dedicarse a exclusivamente a investigar el tema.

7. Viabilidad del estudio

A pesar de las limitaciones expresadas, esos factores negativos no han sido impedimento para desarrollar la presente investigación

En consecuencia, la presente investigación intitulada: La prisión preventiva: *¿medida cautelar o un anticipo de pena?*. Un análisis comparado del uso desmedido de la prisión preventiva en América Latina, resulta viable, ya que en la actualidad se está haciendo un uso desmedido de la prisión preventiva en el Perú y América Latina.

II. CAPÍTULO II: NOCIONES DE DERECHO PENAL

8. Definición

El derecho penal²⁹ es un instrumento de control social, para ser usado en todo proceso de criminalización. Es pues "una forma de control social lo suficientemente importante como, para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal"³⁰.

El derecho penal, como instrumento de control social, tiene una naturaleza secundaria, es decir "*última ratio legis*". En este sentido, el Derecho Penal sólo actuará cuando los otros medios de control social resulten insuficientes³¹. Y la razón por la que se estima que sólo se debe recurrir al Derecho penal cuando, frente a la conducta dañosa de que se trate, ha fracasado el empleo de otros instrumentos sociopolíticos, radica en que el castigo penal pone en peligro la existencia social del afectado, se le sitúa al margen de la sociedad, y con ello, se produce también un daño social³².

²⁹ La denominación del término "Derecho Penal", la más usual en la literatura peruana es, precisamente, Derecho Penal, y es también ésta la que predomina en la literatura comparada de habla hispana. En el derecho comparado, podemos ver que en España hasta principios del siglo XIX predominaba el término *Derecho Criminal*, sin embargo en la actualidad se ha impuesto el término *Derecho Penal*; en Italia, los positivistas optaron por denominarle *Diritto Criminale* aunque ahora se usa la expresión *Diritto Penale*; en Alemania se ha abandonado prácticamente la denominación "*Kriminalrecht*" optándose por la de "*Strafrecht*"; y en Francia se utiliza "*Droit penal*" o "*Droit Criminal*".

³⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 8.

³¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 8.

³² Cfr. Roxin, Claus; óp., 19080, p. 23; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 8, al respecto, este autor señala que "*el Derecho Penal, y los otros mecanismos de control social, tienen las mismas finalidades:*

La función del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos. Y es justamente para esto, que el Derecho penal, con anticipación, crea principios y reglas según las cuales se ha de tratar el delito, describe las conductas prohibidas, prevé las penas y medidas de seguridad, la manera cómo se ejecutará, las garantías que tendrá el sujeto en el desarrollo del proceso³³.

9. Teoría de la pena

La historia del Derecho Penal es la historia del desarrollo del poder punitivo estatal; pues en el devenir del derecho penal siempre se ha discutido acerca de la pena; y al respecto, las interrogantes que siempre se han formulado son *¿es legítimo imponer una pena?*, *¿bajo qué condiciones es legítima la pena?*, *¿para qué y porque se impone la pena?*; y todas estas interrogantes se ha intentado responder a través de la teoría de la pena.

Al respecto, entendemos por “pena” a la imposición del poder punitivo que priva o restringe temporalmente algunos derechos que se impone conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal. En consecuencia, la pena el instrumento con que cuenta el Estado para ejercer el control social formal³⁴.

buscan evitar aquellas conductas que la sociedad considera indeseables y, en contrapartida, estimular otras conductas que se ajustan a las normas de convivencia social. También responden siempre a un sistema de valores que están en concordancia con el ordenamiento constitucional"

³³ JESCHECK, Hans. Óp., cit., 1993, p. 200.

³⁴ Si esta tarea del, control social formal, es ejercido con la sola aplicación de un medio, es decir la pena, se habla de un Derecho Penal Monista, si por el contrario junto a la pena se aplica otros medios como es las medidas de seguridad se habla de un Derecho Penal Dualista. MUÑOZ CONDE, Francisco; Las objeciones de conciencia en derecho penal, en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, p. 51. En un sentido similar

Algunos autores, definen a la pena como la representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de cómo este orden se representa; y, sostienen en este sentido que la pena es la reacción de los miembros de una sociedad, impulsada por sentimientos irracionales y emotivos, frente a una transgresión contra el orden moral, que pretende restaurarlo³⁵.

Y para justificar la imposición punitiva y/o establecer los límites a la aplicación de la pena por parte del poder penal, se han desarrollado las denominadas teorías de la pena: las teorías relativas y las teorías absolutas³⁶. Aunque algunos autores como Bacigalupo y Binder cuestionan la errada denominación de la "teoría de la pena", pues consideran que estas teorías son axiomas, principios o dogmas³⁷ -menos una teoría propiamente³⁸- que lo único que buscan es justificar el poder penal.

Santiago Mir Puig: MIR PUIG, Santiago; Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, 2ª Edición, Bosch, Barcelona 1982, p. 25.

³⁵ GARLAND, David; Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social, Traducción de Berta Ruiz De la Concha, Siglo veintiuno Editores, México, 1999, p. 39.

³⁶ Según Ortiz Ortiz, el estudio de la clasificación de las teorías de las penas fue propuesta por Berner: ORTIZ ORTIZ, Serafín; los fines de la pena, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República de México, México, 1993, p. 100.

³⁷ Autores como Enrique Bacigalupo sostiene que "las teorías de las penas" no son teorías propiamente, sino son principios o axiomas legitimados. Esta tesis es sostenida debido al entendimiento del autor que la función del Derecho Penal es la de fundamentar en último término la imposición de la sanción punitiva. En este sentido, afirma que la *teoría de la pena* no responde acerca de: *¿Qué es la pena?*, sino *¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena?*, porque la esencia -el ser- de la pena depende exclusivamente de la función y/o naturaleza que se le asigna [BACIGALUPO, Enrique; Derecho penal. Parte general, presentación y anotaciones de Percy García Caveró, Ara, Lima, 2004, p. 31.]; en el mismo sentido, Binder señala que la denominación - de "teorías de las penas" - a un conjunto de principios y axiomas que fundamentan la imposición punitiva-es impropio porque un conjunto de razones que justifiquen su aplicación no constituye una teoría. Señala que la pregunta pertinente a la que debería responder la mal denominada "teoría" de la pena es *¿cuándo el Estado puede ser violento? O ¿es posible hallar razones que justifiquen la violencia del Estado?*; de igual manera, Luigi

9.1. Teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas de la pena³⁹ –o también denominado *teorías clásicas, retributivas o de la justicia*- invocan valores absolutos de la

Ferrajoli señala: la pregunta ¿por qué castigar? Puede ser entendida con dos sentidos distintos: a) el de *porqué existe la pena*, o bien por qué se castiga; b) el de *porqué debe existir la pena*, o bien por qué se debe castigar. En el primer sentido el problema del “porque” de la pena es un problema *científico*, o bien empírico o de hecho, que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falseables pero de cualquier modo susceptibles de ser creídas como verdaderas o falsas. [FERRAJOLI, LUIGI; El derecho penal mínimo, en Prevención y teorías de la pena, BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 26.]

³⁸ Ferrajoli señala que estas teorías contestan el fundamento axiológico con el argumento asertivo de que la pena no satisface en concreto los fines de ellas atribuida; por ejemplo, que no previene los delitos o no reeduca a los condenados o incluso tiene una función criminógena opuesta a los fines indicados que la justifican. Semejantes críticas están en principio viciadas a su vez por una falacia naturalística, siendo imposible derivar así de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas: FERRAJOLI, Luigi; El derecho penal mínimo, en Prevención y teorías de la pena, BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 28. Por otro lado, alguno señalan que la pena si encuentra su fundamento a partir de los diferentes fines que se le han atribuido: PÉREZ LEGÓN, Daniel; Las teorías sobre la pena (pena de muerte y privación de libertad), en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, núm. 19, México, 2007, p. 135-146.

³⁹ Los máximos representantes de esta teoría son los idealistas alemanes, quienes han sostenido que la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto: Kant, quien representa el fundamentación ética de la pena y Hegel, quien representa la fundamentación jurídica: ROXIN, CLAUDIUS; Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva en el derecho penal, en Problemas básicos de derecho penal, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 12. En este orden de ideas, la filosofía penal kantiana gira en torno a dos ideas centrales: el respeto de la dignidad humana y el principio de igualdad como regla a priori para fijar el quantum de un castigo justo. La teoría de la pena de Hegel es algo más que una venganza primitiva, que un mero mal que se impone porque ya se ha producido otro mal. Hegel diferencia entre la existencia y el concepto de delito (y su superación dialéctica): si bien el delito se dirigiría en un plano contra una existencia jurídica externa: Falcón y Tella, José/ Falcón y Tella, Fernando; Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?, p. 168. En la teoría hegeliana de la pena, el delito es visto como negación del ordenamiento que es a su vez negada por la pena, lo que permite a la realidad del Derecho “*conciliarse consigo misma*”: la vulneración del Derecho existe positivamente sólo en cuanto voluntad individual del delincuente, voluntad que sería válida de no ser negada, pero cuya negación anula el delito restableciendo el Derecho: SZCZANSKI VARGAS, Federico L.; El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa, en Revista Ius et

justicia⁴⁰. Estas teorías parten de la idea de verdades absolutas⁴¹ en sí misma. Se fundamentan en la idea del libre albedrío. Es decir, el fundamento de la imposición radica en que una persona es libre de actuar y se le debe sancionar por el mal cometido, porque pudo actuar de otra forma y no lo hizo, es decir, tuvo la capacidad de decidir sobre el bien y el mal⁴². Y es a partir de estas premisas que esta teoría se sub divide en la *teoría de la expiación* y la *teoría de la retribución*⁴³.

En esta teoría, lo que se busca es la esencia de la justicia, dejando de lado alguna finalidad social, un fin utilitario. La pena es

Praxis, Año 21, N° 1, 2015, p. 171 – 216. Cfr. MIZRAHI, ESTEBAN; La legitimación hegeliana de la pena, en Revista de Filosofía, Vol. 29, Número 1, p. 7-31.

⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; Derecho penal. Introducción, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 130. Una teoría retributiva es incompatible con la persecución de finalidades mediante la imposición y ejecución de la pena, ay que con ello se frustraría la expresión misma del reproche; pero al mismo tiempo, una teoría de la pena debe enmarcarse dentro de un entendimiento del derecho como institución regulativa: SZCZRANSKI VARGAS, Federico L.; El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa, en Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, 2015, p. 171 – 216.

⁴¹ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2014, p. 47.

⁴² BUSTOS RAMÍREZ, Juan; Obras completas, T. I. Derecho penal. Parte general, Ara Editores, Lima, 2004, p. 525.

⁴³ La *teoría de la expiación*, postula que la pena como expiación –a diferencia de la pena como retribución- no es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo con el orden quebrantado. La *teoría de la retribución*, señala que no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor ya de por sí, el que se ocasione un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el Derecho: HEIKO H. LESCH; La función de la pena, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2000, p. 20. En mismo sentido, se señala que la teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnable, no es vinculante: DURÁN MIGLIARDI, Mario; Teoría absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual, en Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 16, Chile, 2011, p. 91 – 113.

concebida como la mera retribución, es un mal que es la pena, a cambio de un mal cometido que es el delito. Y ahí se agota la esencia de la pena cual es una mera retribución. En esta teoría se rechaza de plano la idea que la pena busca conseguir una finalidad, por el contrario, la pena se agota en sí misma en cuando mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo⁴⁴.

Esta teoría reza la frase que la pena es legítima si es justa; pero no, si es útil; pues una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad⁴⁵. Y los tres pilares fundamentales en la cuales recae esta teoría son: *primero*, la potestad estatal para castigar al responsable mediante la pena. *Segundo*, la existencia de la culpabilidad. *Tercero*, la necesidad de armonizar la culpabilidad y la gravedad de la pena⁴⁶.

9.2. Teorías relativas de la pena

Las teorías relativas –o de la prevención- renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena y dejan de lado la idea del fundamento de la pena para preguntarse para qué sirve la pena⁴⁷. Se defiende firmemente que la pena es un importante mecanismo a través del cual se debe llegar a un determinado fin, y esta finalidad

⁴⁴ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2014, p. 47.

⁴⁵ JESCHECK, HANS-HEINRICH; WEIGEND, Thomas; Tratado de derecho penal. Parte General, 5º Edición, renovada y ampliada, Traducción de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002, p. 75.

⁴⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2014, p. 48; Hurtado Pozo, José; Derecho penal. Parte general, Tomo I, Idemsa, Lima, 2005, p. 35; JESCHECK, HANS-HEINRICH; Weigend, Thomas; Tratado de derecho penal. Parte General, 5º Edición, renovada y ampliada, Traducción de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002, p. 72.

⁴⁷ La justificación utilitarista y preventiva de las llamadas teorías relativas tienen sus antecedentes remotos en Platón, Aristóteles, y Epicuro y se desarrolla como doctrina jurídica y política con el Iusnaturalismo y el contractualismo del siglo XVII, con el que se ponen las bases del Estado de derecho y del Derecho Penal moderno, con pensadores como Hobbes –para quien no hay que preocuparse del mal pasado, sino del bien futuro–.

debe ser la protección de la sociedad, evitando en el futuro la comisión de nuevos hechos delictivos.

En esta teoría, se pretende legitimar desde la *utilidad*, cumpliendo consecuencias externas beneficiosas para la sociedad. Y para ello fundamentan la aplicación de la pena ya sea en la racionalidad puramente sociológica del hombre o en su racionalidad económica (*prevención general*), o bien en la diferenciación substancial biológica, antropológica o social de los hombres (*prevención especial*)⁴⁸. Lo que se persigue son fines relativos: la protección de la sociedad⁴⁹.

Esta teoría abarca ciertas presiones en cuanto a la prevención de la pena se refiere⁵⁰: la *prevención general negativa*⁵¹-o de la intimidación-, establecen la función disuasorio de la sanción penal mediante la amenaza de la pena. La *prevención general positiva* -o de la integración-, tiene la función de reforzar la fidelidad al orden constituido. La *prevención especial negativa*⁵² -o de la incapacitación-, tiene una función negativa de eliminar o, de un modo u otro, neutralizar al reo. La *prevención especial positiva*⁵³ o

⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Introducción. Aspectos filosófico-Jurídicos, en *Prevención y teorías de la pena*, Bustos Ramírez, Juan (Director), Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, p. 21.

⁴⁹ Las justificaciones otorgadas con base en una doctrina de justificación de la pena deben consistir en justificaciones *relativas* y *condicionadas*, para no convertirse a su vez en operaciones de legitimación apriorística y, por lo tanto ideológica: FERRAJOLI, LUIGI; El derecho penal mínimo, en *Prevención y teorías de la pena*, BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, p. 26.

⁵⁰ BARATTA, ALESANDRO; Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal, en *Prevención y teorías de la pena*, BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, p. 83

⁵¹ SZCZRANSKI VARGAS, Federico L.; El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa, en *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, 2015, p. 171 – 216.

⁵² WOLF, PAUL; Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena, en *Prevención y teorías de la pena*, BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director), Editorial Jurídica Cono Sur, 1995, p. 61

⁵³ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael; *Prevención y garantías: conflicto y síntesis*, Edición electrónica Espagfratic, Doxa N° 25, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España,

de la corrección, que atribuyen a la sanción penal la función positiva de corregir al condenado.

9.3. Teorías mixtas de la pena

Las teorías mixtas de la pena o también denominada ecléctica, es una concepción mixta de la teoría absoluta y relativa de la pena, pues estas reúnen en la pena las características que las teorías anteriores consideraban primordiales: Identifican a la pena como justa y útil⁵⁴.

En esta teoría, se considera que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo (llegando a la justicia) y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos (llegando a la utilidad)⁵⁵.

10. La pena en el Código Penal Peruano

La pena y las medidas de seguridad, en la legislación penal peruana, tienen una función resocializadora y rehabilitadora. Así lo establece la Constitución Política del Perú (art. 139°, inc. 22), el Código Penal (art. IX del Título Preliminar) y el Código de Ejecución Penal (art. II del Título Preliminar). En este sentido, se formula la siguiente interrogante: *¿La pena realmente resocializa y rehabilita al delincuente? ¿Se puede hablar de resocialización y rehabilitación en el Perú?*

1989, p. 31. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO; Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs, en ADCP, Vol. XIX, 2006.

⁵⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 65 – 66.

⁵⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 65 – 66.

El Código Penal de 1991 introdujo a la legislación penal peruana normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido, el artículo I del Título Preliminar señala que “este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”; y el artículo IX del Título Preliminar del mismo Código Penal, expresa que “la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”. En consecuencia, podemos considerar que el actual código penal peruano se refiere a las teorías preventivas.

Por otro lado, al igual que el autor Villavicencio, podemos decir que el actual código se inscribe en la línea de una teoría unitaria aditiva de la pena como función de la pena. Y este cuerpo legal, en el artículo 28, establece que las penas en el Perú son: la pena *privativa de libertad* (temporal y cadena perpetua), la pena *limitativa de derechos* (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación), la pena de multa; y la pena *restrictiva de libertad* (expatriación y expulsión).

11. Evolución de la teoría del delito

La teoría del delito nace de la ley y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica⁵⁶. Se construye como análisis de distintos niveles, en el que cada nivel supone al anterior, pero ello no autoriza que nos podamos mover de un plano a otro de análisis, cuando nos convenga⁵⁷. De este sentido, se van descartando simultáneamente las causas que impedirían aplicar la pena de las que la fundamentan.

⁵⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; óp., cit.,

⁵⁷ ZAFFARONI, Raúl; óp., cit., 1981 I, p. 143.

Esta definición de la teoría del delito es producto de una larga evolución de la dogmática penal, pues tiene su campo de estudio en la parte general del Derecho Penal, y así se afirma que la teoría del delito no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles⁵⁸.

El objeto de estudio de la teoría de la imputación penal es plantear una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Penal positivo permite atribuir al regular las conductas delictivas que estime importantes⁵⁹.

12. Teoría del delito

La teoría del delito o teoría de la imputación penal, se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible⁶⁰.

En este sentido, "delito" es una conducta típica, antijurídica y culpable.

12.1. Acción

La acción es un concepto jurídico normativo, pues el derecho penal lo obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se realiza una abstracción de lo que existe en la realidad⁶¹.

⁵⁸ HURTADO POZO, José; *óp.*, cit., 2005.

⁵⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2006, p. 224.

⁶⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2006, p. 223.

⁶¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2006, p. 262.

Lo que sí podemos tener en cuenta es que la valoración de este elemento puede variar según los criterios adoptados.

12.2. Tipicidad

La tipicidad es la verificación de si la conducta realizada coincide con lo descrito en la ley penal (tipo). La tipicidad es una función que se le denomina al tipo penal⁶².

Este proceso de imputación implica dos aspectos: la imputación objetiva y subjetiva. Así, determinar el tipo objetivo (*imputación objetiva*), supone identificar los aspectos de la imputación de la conducta y la imputación del resultado⁶³.

12.3. Antijuricidad

La antijuricidad significa “contradicción con el derecho”⁶⁴. Es decir, en esta etapa de la teoría del delito, la conducta típica tiene que ser confrontada con los valores provenientes de todo el ordenamiento jurídico. Y solo producto de la graduación de valores de la antijuricidad, se decide definitivamente si el hecho es antijurídico o conforme a derecho, si es que contradice o no al ordenamiento jurídico o a su conjunto.

La antijuricidad se diferencia en la *antijuricidad formal y material*⁶⁵. Esta dicotomía entre antijuricidad formal y material no siempre tuvo el mismo significado: antes se hacía mención al derecho positivo

⁶² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 228.

⁶³ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 228.

⁶⁴ JESCHECK/WEIGEND; óp., cit., 2002, p. 249; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 529.

⁶⁵ ROXIN, Claus; 1999, p. 559.

para indicar la antijuricidad o al apoyo en la invocación de puntos extrajurídicos⁶⁶.

Será antijuricidad formal cuando la relación de contradicción se produce entre la conducta y el ordenamiento jurídico. Y su fundamento recae en la desobediencia del deber de actuar o de abstención que se establece mediante las normas jurídicas.

La antijuricidad material se concibe como la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger. Esta afectación al bien Jurídico tutelado puede ser una lesión o una puesta en peligro⁶⁷.

12.4. Culpabilidad

La culpabilidad orientada a limitar al poder penal debe surgir a partir de las garantías del principio de culpabilidad para obtener legitimación democrática⁶⁸.

Se trata de una culpabilidad por el hecho y no por la conducta de vida o por el carácter o por el ánimo. Para ello, la doctrina moderna insiste en identificar un aspecto formal y material de la culpabilidad⁶⁹.

La culpabilidad formal, equivale al conjunto de elementos contemplados como presupuestos subjetivos de la imputación en un sistema de Derecho penal históricamente dado. Y la culpabilidad

⁶⁶ MAURACH/ZIPF, 1994, p. 421-422.

⁶⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 529.

⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, óp., cit., 2000, p. 381

⁶⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 563.

material, se refiere al conjunto de presupuestos en que se fundamenta dicha culpabilidad⁷⁰

⁷⁰ JESCHECK, *óp.*, cit., 1993, p. 380; Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Derecho penal. Parte general, Grijley, 2006, p. 564.

III. CAPÍTULO III: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

13. Nociones generales del proceso penal

El proceso penal existe porque existe el poder coercitivo del estado para imponer una pena estatal. Sin embargo, la imposición de una pena no puede ser de modo alguno irracional en un Estado de Derecho, es necesario el establecimiento de medios que canalicen la vigencia del poder punitivo. Así, se requiere que, para la imposición de una pena, se cuide observar pasos y garantías preestablecidas a fin de que, si se decide imponer una pena, ésta corresponda realmente al imputado⁷¹.

En el desarrollo del proceso penal pueden adoptarse dos clases de medidas cautelares: a) *las medidas cautelares personales*, que recaen sobre el imputado y pretenden asegurar la eficacia de la sentencia condenatoria que en su día pueda pronunciarse; y b) *las medidas cautelares patrimoniales*, que recaen sobre el patrimonio del imputado o de terceros, y pretenden asegurar la responsabilidad civil, que pueda derivarse de la sentencia en un proceso penal⁷².

14. Fundamento de las medidas cautelares personales

De acuerdo al artículo 2 del apartado 24, parágrafo b, de la Constitución Política se establece “*no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley*”, concordante con ello, en el artículo VI del Título Preliminar del CPP se establece que “*las medidas que limitan derechos*

⁷¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor; El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación, Palestra, 2009, p. 47.

⁷² MONTERO AROCA, Juan; et. al.; Derecho jurisdiccional III, 13º edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 465 y 466.

fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo 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”.

Según el artículo 253, las medidas que limitan los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificado por el Perú, solo podrán ser restringidas, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella⁷³. Y en el artículo 254, se establece que las medidas que el juez de la investigación preparatoria imponga requiere resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado y fija como requisitos del trámite que los requerimientos del Ministerio Público sean motivados y debidamente sustentado.

Esta actividad procesal se desarrolla bajo la vigencia de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, judicialidad y prueba.

La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, existan suficientes elementos de convicción y solo tendrá lugar cuando fuere absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario.

⁷³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor; El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación, Palestra, 2009, p. 369.

La adopción de esta medida cautelar, debe respetar – escrupulosamente- los siguientes principios⁷⁴:

- a) El principio de legalidad.
- b) El principio de proporcionalidad.
- c) El principio de prueba insuficiente.
- d) Principio de necesidad.
- e) Principio de provisionalidad.
- f) Principio de judicialidad.

15. Las medidas cautelares como limitación de derechos fundamentales

La medida cautelar es un instituto jurídico, por medio del cual, se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso. el órgano jurisdiccional que conoce un proceso, cuya decisión se requiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución a pedida de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia⁷⁵.

Las medidas cautelares personales del proceso penal se definen como aquellas resoluciones judiciales, mediante las cuales -y en el curso de un proceso penal-, se tiene por finalidad limitar un derecho fundamental del imputado, con el objetivo de asegurar el desarrollo del proceso y eventualmente, la posible ejecución de la sentencia

⁷⁴ Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor; El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación, Palestra, 2009, p. 371.

⁷⁵ PRIORI POSADA, Giovanni; la tutela cautelar y el problema del tiempo y el proceso, en *JUS Doctrina y Práctica*, N° 4, abril de 2007, p. 244; Cfr. DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacifico, 2016, p. 36.

que en su día se pronuncie⁷⁶. En este proceso, el elemento más importante de esta definición es la existencia de resoluciones que constituyen una limitación de un derecho fundamental y su vocación marcadamente cautelar, esto es aseguramiento de la eficacia del proceso.

En este sentido, el derecho fundamental que se suele restringir en el ámbito de las medidas cautelares personales es la libertad personal, a partir del cual se analizarán las reglas de limitación aplicables a las mismas. En esencia, los requisitos que deben respetarse para la limitación del derecho a la libertad son los mismos que deben respetarse para la limitación de cualquier otro derecho fundamental, independientemente de la naturaleza cautelar de la medida o de que esta haya sido acordada, dentro o fuera de un proceso⁷⁷.

16. Naturaleza cautelar

La medida cautelar nunca constituye un fin en sí misma, sino que está preordenada a la emanación de una ulterior resolución definitiva (o principal), con el propósito de preparar el terreno y de aportar los medios más aptos para su éxito. Es decir, la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial, una tutela mediata, esto es más que a hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si la resolución definitiva es un instrumento del derecho sustancial, en la medida cautelar se encuentra una instrumentalidad cualificada, elevada por así

⁷⁶ ASECIO MELLADO, José; Derecho procesal penal, 3º edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 192.

⁷⁷ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacifico, 2016, p. 36.

decirlo, al cuadrado; es, con relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento"⁷⁸

Esta medida, constituye la característica más relevante de las medidas cautelares, un criterio decisivo para distinguirlas de otras figuras afines, pues *"la medida cautelar se distingue por su accesoriedad, no existe sin un proceso al cual aquélla se encuentre funcionalmente subordinada, lo que significa que con carácter general, existe mientras exista el proceso principal"*⁷⁹. Es decir, depende necesariamente del proceso penal⁸⁰.

Al respecto, Del Rio Labarthe ha señalado que en el ámbito de la limitación de la libertad personal como medio de aseguramiento del resultado y desarrollo del proceso penal, la instrumentalidad determina que *"la medida cautelar personal solo puede adoptarse estando pendiente un proceso declarativo, o para preparar la incoación en el más breve plazo; se extingue cuando el proceso principal concluye; y los efectos que genera, coinciden solo parcialmente, con los efectos de la sentencia dictada en el proceso principal"*⁸¹.

En tal sentido, se dice que las medidas cautelares personales –para ser aplicados como tal- deben cumplir con tres requisitos básicos: 1) existencia de una **limitación de un derecho fundamental**, 2) deben ser utilizadas con el **propósito de asegurar la eficacia de determinada persecución penal**; y, 3) deben aparecer **durante el**

⁷⁸ Cfr. CALAMANDREI, Piero; Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Lima, Ara, 2005, p. 44 y 45.

⁷⁹ DAMIAN MORENO, La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal, óp., cit., p. 96.

⁸⁰ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, 2016, p. 54.

⁸¹ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, 2016, p. 55; SAN MARTÍN CASTRO, Cesar; Derecho procesal penal, Vol. II, Lima, Grijley, 2003, p. 1075.

proceso penal, es decir, en un momento anterior a la sentencia o conclusión del mismo. En efecto, la naturaleza instrumental atribuible a las medidas cautelares personales del proceso penal, tiene su fundamento en la misma razón que justifica la aplicación de cualquier medida cautelar, la necesidad de tiempo para la actuación del derecho objetivo, en el caso concreto"⁸².

La presunción de inocencia asume una especial intensidad en el tratamiento de las medidas cautelares personales del proceso penal, porque su aplicación debe restringirse a los objetivos estrictamente necesarios, para asegurar la eficacia del proceso. Cualquier interés subalterno, o distinto al aseguramiento del proceso, viola la instrumentalidad de la medida, es desproporcionado y lesiona el derecho a la presunción de inocencia.

17. Funciones

Las funciones de las medidas cautelares se dividen en: a) funciones cautelares y funciones no cautelares

17.1. Funciones cautelares

La función cautelar de las medidas cautelares es netamente prevenir la fuga del imputado.

En la posición de un sector de la doctrina penal, las normas que regulan las medidas cautelares personales en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, se puede advertir que la principal función que se persigue con estas es asegurar la disponibilidad

⁸² MONTERO AROCA, Juan; óp., cit., p. 461.

física del imputado en el proceso penal, situándolo a disposición del órgano judicial, para evitar su fuga.

Y la finalidad de evitar la fuga del imputado, se concreta en dos funciones específicas: a) *el aseguramiento de su disponibilidad física a lo largo del proceso penal*; y b) *garantizar su sometimiento a la ejecución de la pena que pueda imponérsele en la posible sentencia condenatoria que ponga fin a dicho proceso*⁸³.

Respecto a la función, la primera función específica de la medida cautelar es descrita por cierto sector de la doctrina, como la necesidad de asegurar la disponibilidad física del imputado a lo largo del proceso declarativo, esto es asegurar el desarrollo del proceso penal. Esta postura –de acuerdo a las posturas doctrinales– el cumplimiento de esta función, responde a la existencia de dos propósitos distintos: evitar que el proceso pueda suspenderse cuando esté excluido realizarlo en rebeldía, y asegurar la presencia del imputado con fines probatorios⁸⁴. La segunda función específica –como señala la doctrina– tiene como propósito asegurar la presencia del imputado para que, en el momento que deba dictarse la sentencia firme, pueda procederse a la ejecución de una pena corporal⁸⁵.

Entre otras de las funciones que podemos mencionar están: a) *aseguramiento de la ejecución de la pena*, b) *aseguramiento del desarrollo del proceso penal*.

⁸³ ASECIO MELLADO, José; *La prisión provisional*, óp., cit., p. 33; DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacifico, 2016, p 70.

⁸⁴ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacifico, 2016, p. 70

⁸⁵ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacifico, 2016, p 71.

17.2. Funciones no cautelares

La función no cautelar de las medidas cautelares tiene por finalidad calmar y/o satisfacer la demanda social de seguridad. Esta función responde a medidas de alarma social.

Cuando a través de una medida cautelar se persigue la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad; la limitación del derecho fundamental se encuentra dirigida a la consecución de un fin, que se integra en el concepto de prevención general⁸⁶.

18. Presupuestos

Las medidas cautelares personal del proceso penal, constituyen por un lado, una limitación del derecho fundamental a la libertad, y como tal se debe respetar ciertas reglas vinculadas a la limitación de derechos fundamentales. Y como tal debe entenderse las condiciones, reglas o requisitos necesarios para adoptar una medida cautelar personal, de lo que se desprende que es precisamente en su evaluación, donde se advierte qué características cautelares respeta dicho sistema.

En este sentido, los presupuestos generales aplicables a toda medida cautelar de naturaleza personal son: a) *fumus boni iuris* y b) *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es el primer presupuesto material de una medida cautelar personal del proceso penal. Y significa que para adoptarla, debe llevarse a cabo un

⁸⁶ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacifico, 2016, p. 88.

juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar la sentencia definitiva. El *periculum in mora*, está relacionado con el peligro procesal que representa el imputado para afrontar el proceso.

IV. CAPÍTULO IV: LA PRISIÓN PREVENTIVA

19. Definición

En el NCPP de 2004 se establecen una serie de medidas coercitivas⁸⁷ de naturaleza personal como: la detención preliminar, la prisión

⁸⁷ Las medidas cautelares o coercitivas se encuentran previsto en el Título I, Sección III del CPP. En este sentido, el art. 253 establece los principios que rigen dichas medidas, así como su finalidad. Estas medidas de aseguramiento tienen como única finalidad garantizar que la presencia del imputado en todo el proceso penal y de presentarse el caso de existir una sentencia condenatoria, hacer cumplir la efectividad de la sentencia, en el caso sea condenatoria. En la doctrina penal, Maier sostiene que "aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que pueden adoptar un tribunal en contra de un imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento" [Maier, Julio; La ordenanza procesal penal alemana, Vol. II, p. 127], Asencio Mellado, por su parte, afirma que "las medidas cautelares personales son aquellas resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimiento del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia" [Asencio Mellado, José María; Derecho procesal penal, 2º ed., Valencia, 2003, p. 192] y San Martín Castro ha señalado que "el proceso cautelar garantiza la efectividad de la potestad jurisdiccional, a través de la cual se concreta la potestad punitiva del Estado, indicando que el proceso penal trata de restaurar el orden jurídico perturbado, sancionando al culpable de la comisión del delito e indemnizando al agraviado" [San Martín Castro, Cesar; Derecho procesal penal, Tomo II, Lima, Grijley, p. 780] y en la jurisprudencia penal peruana, el Tribunal Constitucional, mediante la STC Exp. N° 731-2004-HC/TC, ha señalado que "(...) existen dos intereses que deben ser protegidos: a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad (...). Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia"; y de todas estas medidas cautelares, la prisión preventiva es la que implica, en su ejecución, la mayor afectación del derecho a la libertad, así como también a la presunción de inocencia. Al respecto, es de señalar que la ligereza con la que se está empleando la aplicación de la prisión preventiva en muchos países no ha dado importancia a lo gravoso de su aplicación, al operar en la práctica como el cumplimiento anticipado de una pena privativa de libertad de efectos irreversibles: Barreiro, Alberto Jorge; La reforma de la prisión provisional (leyes orgánicas 13 y 15 de 2003) y

preventiva, la comparecencia [simple y restrictiva]; la internación preventiva y el impedimento de salida. Medidas que de cierta forma limitan de manera directa el derecho fundamental de la libertad. Y de todas estas medidas, la más grave y nociva –con respecto a la libertad y a la presunción de inocencia- es la prisión preventiva⁸⁸.

En este sentido, el NCPP regula un sistema cautelar que sitúa a la prisión preventiva en su lugar preciso, autorizando la privación de la libertad, únicamente, cuando es absolutamente necesaria, siempre

la doctrina del Tribunal Constitucional (I). En: Jueces para la Democracia. Información y Debate, N° 51, Madrid, 2004, p. 37.

⁸⁸ La prisión preventiva se encuentra regulado en el Título III (Prisión preventiva), Capítulo I (Los presupuestos de la prisión preventiva) del Nuevo Código Procesal Penal, y consta de los siguientes artículos: 268°, 269° y 270°. La prisión preventiva, inicialmente el CPP de 1940 la llamó “detención definitiva” al establecer como medida previa la “detención provisional”, institución eliminada por la reforma operada por la Ley N.º 24388. En este sentido, se puede decir que en el CPP de 1940 como el CPP de 1991, denominaron a esta medida de privación cautelar de libertad, con el término detención, pero el NCPP, siguiendo la nomenclatura que utiliza el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3) ha optado por denominarla prisión preventiva, lo que es correcto si se tiene en cuenta que permite diferenciarla de la detención imputativa en todas sus modalidades: Del Río Labarthe, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 145; en el mismo sentido San Martín Castro, señala que: La elección del término prisión preventiva en lugar de prisión provisional, es más bien una cuestión terminológica y no existe aquí una cuestión de contenido en lo esencial, en consecuencia, la utilización del término detención o prisión preventiva en el ordenamiento procesal penal peruano, no es una cuestión meramente terminológica, si se tiene en cuenta que resulta muy útil para evitar la confusión en la denominación de dos medidas que responden a distintas características y presupuestos, pues así la expresión “detención” se utiliza en el NCPP, solo para calificar la detención preliminar y sus diversas modalidades: detención policial (art. 259), arresto ciudadano (art. 260) y detención preliminar judicial. Esta última debe diferenciarse expresamente de la prisión preventiva, fundamentalmente, porque tiene un carácter preliminar, responde a distintos presupuestos, y puede decretarse antes de la formalización y continuación de la investigación preparatoria (art. 336). Sin embargo, a pesar que esto es un tema terminológico, algunos autores señalan que debería desaparecer el término “prisión preventiva, y referirse a la misma siempre como prisión provisional, o todavía mejor como prisión cautelar. El empleo del término de prisión preventiva, otorga una naturaleza distinta a lo que corresponde con la medida cautelar: Barona Vilar; ¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?, en Revista del Poder Judicial, N° XIX, 2006, p. 265.

y cuando las demás disposiciones cautelares, menos gravosas que la prisión preventiva, que prevé el ordenamiento procesal, no resulten eficiente para garantizar el proceso⁸⁹.

En efecto, la prisión preventiva es una medida cautelar, que se impone –siempre- mediante una resolución judicial en un proceso penal que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el único propósito de asegurar su desarrollo y una eventual ejecución de la pena, evitando todo tipo de riesgos de escape y obstaculización del proceso penal⁹⁰. En efecto, se puede decir que la prisión preventiva busca que la persona –imputada- sea privada de su libertad, sin que se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia, bastando para ello indicios y graves elementos de su responsabilidad, con el único propósito de asegurar la actividad probatoria.

En la doctrina penal, se afirma que *la prisión preventiva es una medida de coerción procesal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación, que se encuentra taxativamente previsto en las normas que modulan*⁹¹.

⁸⁹ Asencio Mellado, José María; La regulación de la prisión preventiva en el Código Proceso Penal del Perú. En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (Coordinadores); El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales, Palestra, Lima, 2005, p. 494.

⁹⁰ Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 145.

⁹¹ Peña Cabrera, Alonso Raúl; Exégesis del Nuevo Código Procesal penal, 1ª edición, Editorial Rodhas, Lima, 2007, p. 712.

En un sentido, de reafirmar la imposición de la prisión preventiva, Reátegui Sánchez⁹², sostiene que *“la prisión preventiva no puede desaparecer porque es muy importante que la ley penal pueda aplicarse y la prisión preventiva lo que procura es lograrlo. Si no aplicamos la prisión preventiva cuando se necesite aplicar, el poder punitivo estatal, expresado en la vigencia y respeto de la ley penal como en la averiguación de la verdad, resultaría una mera y simple utopía”*. Y en un sentido minimalistas, Ore Guardia⁹³, señala que *“la prisión provisional se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir; según los casos, los riesgos de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”*.

La imposición de la prisión preventiva es, sin duda, la medida más grave y polémica de las decisiones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el proceso penal, ya que mediante su adopción, se priva a la persona –*quien tiene la condición de investigado*- de su derecho fundamental a la libertad⁹⁴, en un prematuro estadio procesal en el que por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia. Y su imposición como tal debe responder solo a índole procesal. Esta postura ha sido refrendada por la Corte IDH, quien ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar

⁹² Reátegui Sánchez, James, *En busca de la prisión preventiva*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 84.

⁹³ Oré Guardia, Arsenio, *Las medidas cautelares personales*. En: *Justicia constitucional*. Revista de Jurisprudencia y Doctrina, año II, N° 3, enero-junio, Lima, 2006, Palestra, p. 140

⁹⁴ Gimeno Sendra, José Vicente, Prologo a la obra de Asencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, Madrid, Civitas, 1987, p. 21; Del Río Labarthe, Gonzalo; *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p 146.

no punitiva, y que la imposición de la misma debe responder únicamente al desarrollo eficiente de las investigaciones⁹⁵.

La apreciación de la prisión preventiva como una medida excepcional y subsidiaria, constituye la única vía compatible con el derecho a la presunción de inocencia. Por otro lado, la Corte IDH, ha señalado que la privación cautelar de libertad es necesaria desde la perspectiva de la justicia misma y se halla provista por las razones y consideraciones que facultan al estado para restringir los derechos individuales⁹⁶.

En este sentido, la aplicación de la prisión preventiva no debe pretender satisfacer fines distintos de índole procesal penal, ni mucho menos debe buscar satisfacer demandas sociales como: seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena, etc., pues caso contrario, se estaría pervirtiendo su finalidad y naturaleza⁹⁷ y carecería de toda justificación en un Estado democrático de derecho⁹⁸.

Para la aplicación de la prisión preventiva, el análisis debe girar en dos niveles distintos: a) *primero*, verificar si el caso concreto, materia de evaluación, cumple con los requisitos exigidos por el artículo 268; b) *segundo*, verificar si aun cuando se cumple con dichos requisitos, no existe una medida cautelar menos intensa, pero igualmente

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez vs. Honduras, febrero del 2006, voto razonado de Sergio García Ramírez.

⁹⁷ Macía Gómez, R. / Roug Altozano, M.; El nuevo sistema de adopción de la medida cautelar de prisión provisional. En: Actualidad Penal, N° 5, febrero, Lima, 1996, p. 76.

⁹⁸ Cfr. Del Río Labarthe, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 150.

eficaz, para lograr el objetivo que se persigue⁹⁹. Respecto de este segundo análisis, debe tenerse en cuenta que no puede, una vez que se haya verificado el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el Código para la aplicación de esta medida, deban descartarse a priori, las demás alternativas de aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal.

De cumplirse estos dos procedimientos de análisis, se estaría respetando la naturaleza excepcional y subsidiaria de dicha medida¹⁰⁰.

20. Principios constitucionales de la prisión preventiva

Los principios son máximas que configuran las características esenciales de todo proceso, asimismo, son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y, ante la falta de estas normas, son estos principios que regirán la forma de resolver directamente los conflictos surgidos en todo proceso¹⁰¹.

La aplicación de la prisión preventiva, como cualquiera de otras medidas cautelares debe regirse estrictamente bajo los principios rectores o preceptos generales que ha de estar previsto en la aplicación de alguna de las medidas cautelares¹⁰² y, con mayor

⁹⁹ Del Río Labarthe, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 153.

¹⁰⁰ Cualquier duda en este sentido, ha sido resuelta por los numerales 2 y 3 del artículo 253 del NCPP, que disponen que la limitación de un derecho fundamental, solo tendrá lugar cuando se imponga con el necesario respeto al principio de proporcionalidad y siempre que sea indispensable

¹⁰¹ Cfr. Neyra Flores, José Antonio; Manual del nuevo proceso penal & de Litigación oral, Idemsa, Lima, 2010, p. 121.

¹⁰² La prisión preventiva como medida coercitiva debe sujetarse al imperio de la Constitución, del artículo VI del Título Preliminar y del artículo 253° del Código Procesal Penal a un conjunto de principios y derechos que garantizan una

razón, si se trata de la prisión preventiva, por tratarse de un mecanismo de privación de la libertad. En este mismo sentido, Montero Aroca señala que la aplicación y ejecución de las medidas cautelares deben estar previsto de las máximas garantías procesales¹⁰³.

En consecuencia, la prisión preventiva, por no tratarse de una sanción punitiva, su imposición, a nivel judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen su imposición, caso contrario, será ilegal e injustificado. Por tanto, no sólo se justifica su aplicación en razón de la prognosis de pena, pues en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará hasta el momento que la persona tiene la condición de procesado, contrario sensu ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad¹⁰⁴.

Y de acuerdo al principio de legalidad procesal, la prisión preventiva únicamente se impondrá si concurren copulativamente los presupuestos materiales de esta medida cautelar y bajo los motivos, fines y de acuerdo al procedimiento preestablecido en la norma procesal penal, ya que al no cumplirse con dichos requisitos, hace imposible la aplicación de esta medida¹⁰⁵. De igual forma, la Corte IDH ha señalado que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas o métodos que, aún calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los

valoración racional de los presupuestos materiales: Academia de la Magistratura, Manual Auto Instructivo, Curso “Prisión preventiva”, elaborado por Carrión Díaz, Juan E., julio 2016, p. 18.

¹⁰³ Montero Aroca, Juan et. al.; Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil, Tomo II, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 631.

¹⁰⁴ Academia de la Magistratura, Manual Auto Instructivo, Curso “Prisión preventiva”, elaborado por Carrión Díaz, Juan E., julio 2016, p. 18.

¹⁰⁵ Cfr. Asencio Mellado, José María; La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal penal del Perú, óp., cit., p. 495.

derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”¹⁰⁶.

20.1. Principios rectores de la prisión preventiva

Los principios procesales que se deben observar de manera estricta en un proceso penal, para imponer la prisión preventiva son: *el principio de excepcionalidad, el principio de temporalidad, el principio de variabilidad.*

20.2. El principio de excepcionalidad

La excepcionalidad es un principio básico que regula la institución cautelar y tiene jerarquía tanto constitucional como supranacional, al estar consagrada en el art. 9, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, solo 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 procesales.

Por lo tanto, las medidas limitativas de derechos [como la prisión preventiva] deben aplicarse única y exclusivamente en situaciones específicas, ajustadas estrictamente a la naturaleza particular del proceso, sin incurrir en excesos, es decir evitar la imposición de la prisión preventiva más allá de los límites estrictamente necesarios, los cuales son el cumplimiento de la investigación en el proceso penal¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humano. Caso Villagrán Morales, 19 de noviembre de 1999.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 033-2000-HC/TC-Lima, 13 de abril de 2000. Para mayores detalles ver: Jauchen, Eduardo M. Derechos del imputado, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 283.

20.3. El principio de temporalidad

Las medidas limitativas de derecho han de aplicarse por el tiempo necesario e indispensable para recabar los elementos de juicio y los medios probatorios pertinentes para el proceso penal. En este sentido, la urgencia en su aplicación va de la mano con el criterio de aplicación de la medida leve a la más grave.

20.4. El principio de variabilidad

La prisión preventiva es por su naturaleza temporal, por tanto, al alterarse los supuestos iniciales en que se sostuvo su imposición deben cambiarse a una medida menos aflictiva de la libertad si se presentan los presupuestos materiales y constitucionales para fundarlo, de lo contrario, debe revocarse aun de oficio por comparecencia con o sin restricciones si los iniciales medios de prueba han sido desvirtuados en el curso de la investigación preliminar o en el curso de la fase intermedia¹⁰⁸.

21. La prisión preventiva y la presunción de inocencia

La prisión preventiva, es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso de un proceso penal¹⁰⁹. Y que, a pesar de esto, por no haber sido todavía condenado se debe presumir la inocencia¹¹⁰ de

¹⁰⁸ Academia de la Magistratura, Manual Auto Instructivo, Curso "Prisión preventiva", elaborado por Carrión Díaz, Juan E., julio 2016, p. 35.

¹⁰⁹ Del Rio Labarthe, Gonzalo; La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Anuario de Derecho Penal 2008, Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p. 99.

¹¹⁰ Gimeno Sendra, Vicente; Prologo a la obra de Asencio Mellado, José M.; La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987, p. 21; Cfr. Del Rio Labarthe, Gonzalo; La prisión preventiva en el nuevo código procesal penal, Ara Editores, Lima, 2008, p. 21.

imputado. De ahí que se afirma que la imposición de la prisión preventiva, conlleva a una afectación a la presunción de inocencia, y es que es esta circunstancia una de los principales obstáculos en la aplicación de la prisión preventiva.

Al respecto, Hassemer ha señalado que los fines de la prisión preventiva solo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento. Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de presunción de inocencia, le quita valor al procedimiento y lesiona a una persona sin fundamento jurídico¹¹¹.

Esta situación ha generado muchas controversias, y en la doctrina se encuentran quienes afirman que esta medida constituye la más evidente contradicción con el principio de presunción de inocencia que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio*¹¹²), y, por otro lado, otro sector quienes afirman que al no cumplir finalidades de la pena, no podría sostenerse que es contraria al principio de presunción de inocencia.

Frente a estas paradojas, en la doctrina se ha propuesto algunas soluciones con relación a la prisión preventiva y la presunción de inocencia; en este sentido, un sector afirma que el criterio de la presunción de inocencia es un cuerpo extraño en el proceso penal, en razón que no puede encontrarse una compatibilidad entre dicho principio y el dictado de prisión preventiva, debido a que ésta

¹¹¹ Hassemer, Winfried; Los presupuestos de la prisión preventiva. En: Crítica al derecho penal de hoy, Buenos Aires, 1998, p. 76 y ss.

¹¹² Neyra Flores, José A.; Tratado de derecho procesal penal, Tomo II, Idemsa, p. 161.

supone una sanción frente a una falta procesal, o bien es una pena que se dicta con base en la culpabilidad demostrada del imputado¹¹³.

Por otro lado, la presunción de inocencia, como un derecho subjetivo, adquiere una especial regulación en el proceso y aplicación de la prisión preventiva¹¹⁴, como regla de tratamiento en el proceso penal, en la medida que comporta la prohibición, de que pueda ser utilizada como la imposición de un castigo¹¹⁵.

Sin embargo, es de entender que la presunción de inocencia ejerce bastante influencia, en cuanto límite, sobre la regulación de la prisión preventiva, no obstante, esto no significa la prohibición

¹¹³ Neyra Flores, José A.; Tratado de derecho procesal penal, Tomo II, Idemsa, p. 162.

¹¹⁴ Rodríguez Ramos, L.; La prisión y los derechos humanos. En: Anuario de Derechos Humanos, N° 2, Madrid: Marzo de 1983, p. 484: al respecto, el autor señala que "la contradicción material, consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, solo puede salvarse mediante su consideración como una medida cautelar, y no como una pena". En este sentido, se puede afirmar que la persecución de fines vinculados al aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal, se encuentra estrechamente vinculada a una privación cautelar de libertad, dotada necesariamente, de las características de instrumentalidad y provisionalidad, mediando la calificación –en la STC Exp. N° 1091.2002-HC-Lima, del 12 de agosto de 2002- como una medida excepcional y subsidiaria [Andrés Ibáñez, Perfecto; Presunción de inocencia y prisión sin condena. En: AA.VV., Detención y prisión provisional, Madrid: CGPJ, 1996, p. 40-41]. Y en lo que respecta al derecho penal peruano, Del Río Labarthe [Del Río Labrathe, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 148] ha señalado que "en el sistema procesal peruano, aun cuando antes han existido presupuestos específicos que justifiquen la aplicación de la prisión preventiva, pues la escasa y/o casi nula motivación de las resoluciones judiciales y la pendencia de estas a la prognosis de la futura pena a imponer, han convertido esta medida en una auténtica pena anticipada"; pues según este autor, considera que una correcta valoración de los presupuestos y una debida justificación de la resolución que impone la prisión preventiva son decisivas para que la aplicación de este instrumento procesal funcione como una auténtica medida cautelar.

¹¹⁵ Del Río Labrathe, Gonzalo; Prisión preventiva y medidas alternativas. Código Procesal Penal 2004, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 147.

absoluta de que se imponga esta medida coercitiva¹¹⁶ para asegurar el correcto funcionamiento del proceso penal contra la persona imputada.

En la doctrina se hace referencia al derecho fundamental a la presunción de inocencia, con la disciplina del tratamiento del imputado bajo la prisión preventiva durante el proceso penal, estableciendo tres exigencias específicas: **1) Criterio rector del ordenamiento procesal penal**; mediante el cual se establecen garantías para el imputado frente al *ius puniendi* del Estado, que obliga a partir siempre de la inocencia y no de la culpabilidad, hasta que una u otra esté establecida con certeza jurídica firme; **2) Regla de juicio**; que exige que la prisión preventiva recaiga en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable; y, **3) Regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal**; que obliga que la medida de prisión preventiva, no adquiera un carácter retributivo, ni sea impuesta como una pena anticipada¹¹⁷.

Asimismo, la presunción de inocencia como límite a la distribución de la carga probatoria, ésta encuentra cuatro formas de expresión: **a)** como *principio informador* al actuar como directriz del camino a seguir en la conducción y desarrollo del proceso penal; **b)** como *regla de tratamiento* en tanto que exige que el procesado sea tratado como inocente durante todo el proceso hasta la emisión de una sentencia condenatoria; **c)** como *regla probatoria*, toda vez que establece criterios sobre la forma en que debe realizarse el procedimiento probatorio para que pueda efectivamente

¹¹⁶ Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; La prisión preventiva en la jurisprudencia de la CIDH. En Castillo Alva, José Luis (Coordinador); Prisión preventiva, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 26.

¹¹⁷ Sanguiné, Odone; Prisión provisional y derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 432.

fundamentar la sentencia condenatoria; y **d)** como *regla de juicio* al exigir que para la emisión de una sentencia condenatoria exista certeza sobre la responsabilidad del imputado y en caso de duda debe fallarse a favor de su inocencia (*in dubio pro reo*)¹¹⁸.

22. La prisión preventiva y su naturaleza procesal

Para delimitar la naturaleza procesal de prisión preventiva, es indispensable tener en cuenta que esta es una medida restrictiva de libertad para evitar el entorpecimiento del normal desarrollo del proceso, logrando el objetivo que es el esclarecimiento de los hechos denunciados, declarándose la responsabilidad o inocencia del imputado.

Las medidas coercitivas personales, debe analizarse desde dos aspectos: a) *los derechos fundamentales restringido*: los derechos que se afectan son la libertad personal y el derecho de cumplir con los diversos deberes civiles que se presenten en cada caso; y ii) *la finalidad específica al conceder dichas medidas cautelares*: la finalidad en específico es la excepcionalidad del carácter de dicha medida cautelar, la misma que como se explica no debe ser concedida de forma parcializada o presionada.

En este sentido, la aplicación de la prisión preventiva no es un adelantamiento de pena, sino una medida de coerción personal con fines procesales. Y esta postura, es la que ha sostenido el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 1567-2002-HC/TC, que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el

¹¹⁸ Fernández López, M.; Prueba y presunción de inocencia, Iustel, Madrid, 2005, p. 117-159

ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.

En efecto, teniendo bien en claro esta postura, se conceptualiza la prisión preventiva como una medida cautelar y/o temporal¹¹⁹, cuya legitimidad se condiciona a la concurrencia de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación.

¹¹⁹ Peña Cabrera Freyre y et. al., óp., cit., p. 12

V. CAPÍTULO V: EL JUICIO PARALELO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ

23. La prisión preventiva en la jurisprudencia penal peruana

En el caso de las personas que afrontan el proceso en prisión preventiva, existe un alto porcentaje que estas terminen con sentencia condenatoria. Pues del 100% de los casos, en los que el imputado llevó el proceso en prisión preventiva, el 89% del total termino con sentencia condenatoria y el 11%, del total, con sentencia absolutoria¹²⁰.

Y del total de las personas sentenciadas, del 89% de ella, 24% interpuso apelación a la resolución que ordeno la prisión preventiva.

CUADRO INFORMATIVO: Personas procesadas con prisión preventiva

	PROCESO EN PRISIÓN	SENTENCIA CONDENATORIA	SENTENCIA ABSOLUTORIA
Imputado	100 %	89%	11%

FUENTE: Elaboración propia.

En el caso que de las personas que afrontan el proceso en libertad, el porcentaje de personas con sentencia absolutoria es baja con relación a las personas que afrontan el proceso en prisión preventiva. Pues del 100% de casos, solo el 48% termino con una sentencia condenatoria y el 52%, con sentencias absolutorias.

¹²⁰ Gabriel Chávez-Tafur, Ernesto, et. al.; La prisión preventiva en el Perú ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa legal, Lima, 2013, p. 121 – 122.

CUADRO INFORMATIVO: Personas procesas en libertad

	PROCESO EN LIBERTAD	SENTENCIA CONDENATORIA	SENTENCIA ABSOLUTORIA
Imputado	100 %	48%	52%

FUENTE: Elaboración propia.

Como se observa, el porcentaje de las sentencias condenatorias es muy elevado en el caso de que las personas afrontan el proceso en prisión preventiva, que en el caso que las personas afrontan el proceso en libertad. Esa proporción de apelaciones se repite a grandes rasgos entre quienes llevaron el proceso en libertad y fueron absueltos (25%) o condenados (19%), y quienes llevaron el proceso en prisión, pero fueron absueltos (33%).

24. “El juicio paralelo en la prisión preventiva”: *la influencia mediática en las decisiones judiciales*

Es muy frecuente avizorar las noticias que informan hechos o sucesos de contenido criminal, tanto en programas de televisión, programas radiales, diarios periodísticos. Estos medios, informan y alimentan al ciudadano de “supuestamente índices de criminalidad”, generando en la población una sensación de inseguridad ciudadana.

Es de señalar que la cobertura mediática de los medios –con respecto a los índices de criminalidad- no corresponde necesariamente al incremento significativo de todos los delitos, ya

que las cifras estadísticas nos demuestran que el fenómeno criminal en el Perú casi se mantiene constante, salvo los delitos contra el patrimonio, como los robos y hurtos, que han incrementado en los últimos 10 años¹²¹.

Y la influencia de estos medios va más allá de informar al ciudadano de las noticias del día, hasta el punto de ejercer una presión mediática –denominado como juicio paralelo–, en la aplicación de la prisión preventiva. Esto se puede observar en las recientes sentencias de prisión preventiva dictada, más que por un fin procesal, responden a una presión mediática.

25. El hacinamiento carcelario producto del uso indiscriminado de la prisión preventiva

El problema del uso excesivo de la prisión preventiva y los demás problemas que ello genera en el sistema penitenciario peruano no son ajenos en el Perú. Así en la legislación penal peruana, el conflicto de la prisión preventiva es latente; y este conflicto se suscita en un contexto de reforma del proceso penal con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal (en adelante NCPP)¹²². A pesar que este nuevo modelo procesal ha implicado numerosos cambios enmarcados en el respeto de las garantías procesales¹²³, no ha significado un avance en cuando a la protección desmedida de la prisión preventiva. Y esto debido a la política criminal peruana

¹²¹ Gutiérrez Velásquez, Angelo J.; La prisión preventiva ¿medida cautelar excepcional o medida represiva de aplicación general?, disponible en: www.derecho.usmp.edu.pe [Fecha de consulta: 10 de enero de 2018].

¹²² De la Jara, Ernesto; Chavez-Tafur, Gabriel; Ravelo, Tafur; Grández, Agustín; Del Valle, Oscar y Sánchez, Liliana; La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, p. 8.

¹²³ Ministerio de Justicia (Minjus). Secretaría Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, “La reforma procesal peruana. Hacia una justicia rápida y transparente”, Informe estadístico 2006-2010, Lima.

basado en la sobrecriminalización¹²⁴, en donde la mayoría de delitos que son cometidos la pena supera los 4 años.

Según indicadores del Ministerio de Justicia¹²⁵, entre julio del 2006 y marzo del 2010, en los 11 distritos que aplican el NCPP 2004 se atendieron 201 088 denuncias, dentro de los cuales **se presentó 3278 requerimientos de prisión preventiva**, lo que equivaldría al 1,6% del número de denuncias. Y según los datos estadísticos encontrados, podemos señalar que entre los años de 2007 y 2010, en **La Libertad** se registró un total de 56 153 denuncias (1560 al mes) hubo 941 requerimientos de prisión preventiva, lo que representa el 1,7% del número de denuncias. En **Arequipa**, entre octubre del 2008 y abril del 2010 hubo un total de 39 626 denuncias ingresadas (2201 cada mes), así como 252 requerimientos de prisión preventiva (0,6% del total)¹²⁶.

Por su parte, el Ministerio Público informó¹²⁷ que entre el 2009 y el 2010, La Libertad registró 32 063 denuncias (1687 al mes), entre el 2009 y 2010 hubo 661 solicitudes de prisión preventiva resueltas (3,9% del total de denuncias). En el caso de Arequipa, durante el mismo período de enero del 2009 a julio del 2010 se vieron 39 216 denuncias (2064 por mes); y entre el 2009 y 2010 se registraron 309

¹²⁴El universo de denuncias consiste, en su gran mayoría, precisamente en aquellos delitos por los que con más frecuencia se solicita prisión preventiva: robo y hurto, que entre ambos acumulan el 62% del total de denuncias y para los cuales el Código admite como pena entre un año y cadena perpetua. A excepción del delito de lesiones, con 10%, los otros 38 delitos registrados por la PNP acumularon el 28% restante, cada uno con un índice de frecuencia de 3% o menos.

¹²⁵ Informe general sobre los resultados de la aplicación del Código Procesal Penal 2010.

¹²⁶ Cfr. De la Jara, Ernesto; Chávez-Tafur, Gabriel; Ravelo, Tafur; Grández, Agustín; Del Valle, Oscar y Sánchez, Liliana; La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, p. 15, 16.

¹²⁷ Ministerio Público. Balance de la Gestión en el NCPP. Fiscalía de la Nación. Equipo Técnico Institucional de Implementación del NCPP.

requerimientos resueltos de prisión preventiva (1,5% del total de denuncias).

Como se puede observar, en el 2013 el número de requerimientos de prisión preventiva probablemente no superaba un margen de entre 0,5 y 4% respecto del total de denuncias registradas de hechos delictivos en los distritos judiciales observados¹²⁸.

En lo que respecta a la **región Lima**, el INPE¹²⁹, en su reciente informe del mes de octubre de 2016, ha señalado que del total de personas privadas de libertad que son 39, 731, hay un total de 17, 865 personas privadas de libertad en calidad de procesados de los cuales el sexo masculino representa un total de 16, 900 internos y el sexo femenino 965 internas.

Y la situación de las personas privadas recluidas en el establecimiento penitenciario de Lima en calidad de procesados en el año 2016 son:

CUADRO INFORMATIVO: Porcentaje de las personas privadas de libertad en condición de prisión preventivas.

MES	TOTAL DE PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD	TOTAL DE PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD EN CONDICIÓN DE PROCESADO
Enero	38,886	21,650

¹²⁸ De la Jara, Ernesto; Chávez-Tafur, Gabriel; Ravelo, Tafur; Grández, Agustín; Del Valle, Oscar y Sánchez, Liliana; La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, p. 16.

¹²⁹ INPE. Informe Estadístico Penitenciario, octubre de 2016.

Febrero	39,056	21,788
Marzo	39,190	21,706
Abril	39,259	21,706
Mayo	39,220	20,655
Junio	39,402	20,325
Julio	39,503	20,129
Agosto	39,584	20,121
Setiembre	39,639	19,782
Octubre	39,731	17,865

FUENTE: elaborado a partir del INFORME ESTADÍSTICO del INPE

VI. CAPÍTULO VI: LA REFORMA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA AMÉRICA LATINA

26. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva.

El propósito de este capítulo es revisar acuciosa y diligentemente de las grandes expectativas originadas por las reformas procesales penales respecto al uso de la prisión preventiva, para luego poder obtener una visión general del uso y aplicación de la prisión preventiva. Este estudio abarcará una revisión genérica de la legislación procesal penal latinoamericana en cuanto a la prisión preventiva, en este sentido, se pretende avizorar una visión global e identificar las principales tendencias que se presentan a nivel regional respecto al uso de la prisión preventiva¹³⁰. Y para ello, se ha revisado la legislación procesal penal pertinente de los países de América Latina, asimismo un conjunto de fuentes que explican y analizan el alcance de dichas reglas. En segundo lugar, se ha recopilado y analizado la información estadística disponible respecto del funcionamiento de la prisión preventiva en relación al impacto de estas en el sistema penitenciario¹³¹.

En este capítulo, se realizará un estudio del impacto de la prisión preventiva, tanto en el plano normativo como en la práctica

¹³⁰ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003, 2º edición, Santiago, noviembre de 2003, p. 381; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2004-2005, Santiago 2006, p. 440; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006-2007, Santiago 2008, p. 586.

¹³¹ Véase Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe*, 1º edición, 1983, 303 p.; Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), *La Cárcel: Problemas y Desafíos para las Américas*, 1º edición, Santiago, Chile, 2008, p. 177.

jurisprudencial, de los sistemas procesales de América Latina. El estudio abarca un diagnóstico general de la regulación normativa de la prisión preventiva y del uso de este mecanismo como una medida cautelar –para restringir la libertad personal- con fines procesales¹³².

Durante mucho tiempo, y sobre todo en América Latina, los sistemas inquisitivos operaban sobre la idea que el proceso penal era un instrumento para presionar al imputado, sin importar la violación de los derechos humanos, para que este confesara. Estos modelos eran sistemas estructurados para facilitar este medio de prueba y de hecho en dichos sistemas procesales esta era la “reina de las pruebas”¹³³. El sistema inquisitivo provocaba que a medida que el imputado se adentraba en él, este iba perdiendo sus derechos y libertades y el sistema establecía mayores estructuras de presión a efectos de que este confesara.

En el sistema inquisitivo, en la práctica diaria de los sistemas no había una gran distancia del grado de convicción desde la sola detención a cuando el sistema estaba dispuesto a procesar al imputado, pues cuando el imputado era procesado, vale decir, el sistema formalizaba su intención de investigarlo por la supuesta comisión de un delito, el imputado automáticamente quedaba en prisión preventiva y la libertad era solo provisional.

¹³² Cfr. Duce J.; Mauricio; Fuentes M., Claudio; Riego R.; Cristián; La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 13-72.

¹³³ MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l., segunda edición, enero de 1996, Buenos Aires, Argentina, p. 292 y ss.

Esta dinámica de funcionamiento del sistema provocaba que la lógica que estaba detrás de la prisión preventiva impuesta respondiese a la mayor convicción que el tribunal tenía respecto de la responsabilidad del imputado durante la etapa investigativa y el resto del proceso solo era para complementar lo que el juzgado ya tenía conocimiento¹³⁴.

En este sistema, el contexto procesal inquisitivo agregaba otras circunstancias que generaban un contexto en la cual la prisión preventiva se había transformado en realidad en la principal respuesta punitiva frente al delito, relegando, de esta manera, a la pena a un plano más bien secundario. Y en consecuencia, en la mayoría de países de América Latina, donde la regla fue esta idea, se reportó un alto porcentaje de presos sin condena¹³⁵.

CUADRO INFORMATIVO: Porcentaje promedio de Personas Privadas sin condena en países de América Latina (1978 - 1992) *

PAIS	1978 – 1992
Paraguay	94%
Bolivia	90%
El Salvador	83%
R. Dominicana	80%
Uruguay	77%

¹³⁴ Duce J.; Mauricio; Fuentes M., Claudio; Riego R.; Cristián; La reforma procesal penal en América latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 13-72.

¹³⁵ ILANUD, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles", CARRANZA, Elías, en Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. 2001.

Venezuela	74%
Colombia	74%
México	74%
Perú	71%
Panamá	67%
Ecuador	64%
Honduras	58%
Guatemala	54%
Chile	52%
Argentina	51%
Costa Rica	47%
Brasil	N/D
Haití	N/D
Nicaragua	N/D

FUENTE: ILANUD, *“Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”*, CARRANZA, Elías. En: Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria 2011.

* *El cuadro estadístico esta ordenado por países con mayor porcentaje de personas privadas preventivamente.*

Según las cifras estadísticas, el porcentaje promedio de las personas presas sin condena -a excepción de Costa Rica-, presentan una cifra alarmante superior al 50% y en diez de estos países un promedio por sobre el 70% del total de la población penitenciaria. Estas cifras reflejan de manera objetiva que la prisión preventiva era la regla general respecto a la situación de las personas privadas de libertad en la región. Se trata de una situación que ya había sido analizada críticamente por el propio ILANUD en su estudio previo del año 1983 y que había generado críticas muy fuertes desde la perspectiva de los derechos humanos a nivel regional.

Por otro lado, en el sistema inquisitivo se daban otras condiciones que favorecían la situación crítica de la realidad penitenciaria, y esto se debe al formalismo del procedimiento escrito y la falta de límites operativos para su duración hacían de los procesos interminables por la constante prolongación del mismo, todo esto, evitaba la posibilidad de aplicar una pena oportuna y razonable.

En consecuencia, todo esto, hace pensar que la prisión preventiva operaba como una pena anticipada, quedando su eventual revocación a la mera posibilidad de que el juicio, al permitir una mayor participación del imputado, cambiase la convicción del tribunal, que no solo se había mantenido durante la detención y posterior procesamiento, sino que también se había traducido en la acusación.

En la década de los noventa del siglo pasado se inició un movimiento de reforma procesal penal en Latinoamérica, sobre la base principalmente del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que pretendía la sustitución de los códigos con una influencia predominantemente inquisitiva que existían en general en los diversos países latinoamericanos, por códigos bajo el sistema mixto¹³⁶, como en general se conoce en Latinoamérica,

¹³⁶ Duce J. Mauricio; *Visión panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados*. En: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA; *Prisión preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate*, Chile, 2003, p. 13 – 92: *La mayoría de los países de la región ha emprendido reformas estructurales a sus sistemas de enjuiciamiento penal en las últimas dos décadas. Con dichas reformas se ha pretendido cambiar tanto aspectos de diseño como de funcionamiento práctico del sistema. Una de las áreas en donde este proceso ha generado mayores expectativas es en el aumento de derechos y garantías básicas de los ciudadanos objeto de persecución penal, particularmente en la racionalización del uso de la privación de libertad durante el proceso, que ha sido uno de los problemas tradicionales en el funcionamiento de los sistemas de justicia criminal en la región.*

acusatorio formal, bajo la denominación española, o inquisitivo reformado, con una gran acentuación de rasgos acusatorios¹³⁷.

Mediante esta reforma se pretendía adecuar la legislación a los requerimientos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y una de las mayores preocupaciones en el Código Modelo para Iberoamérica de 1988 era la regulación de la prisión preventiva, pues urgía que este mecanismo fuera conforme a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad¹³⁸. Esta preocupación era –y sigue siendo en la actualidad- porque se estaba haciendo un uso desproporcional y desmedido de ella, pues el panorama estadístico de la prisión preventiva era que la privación de la libertad fuera bajo prisión preventiva y la excepción que fuera bajo el cumplimiento de una pena privativa¹³⁹.

CUADRO INFORMATIVO: Porcentaje de personas privadas de libertad preventivamente en el periodo de 1981 (Estadística de ILANUD)

PAISES	PRESOS SIN CONDENA	AÑO
El Salvador	91.2%	1989
Uruguay	91%	1989

¹³⁷ Ver: Llobet Rodríguez, Javier; La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano. En: IUS Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, México, 2009, p. 114 – 148.

¹³⁸ Llobet Rodríguez, Javier; La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano. En: IUS Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, México, 2009, p. 114 – 148.

¹³⁹ Al respecto, Zaffaroni, al ver esta realidad, atino a afirmar que en Latinoamérica: “la pena, realmente, es la prisión preventiva, la sentencia condenatoria es el auto por el cual se somete al sujeto a prisión preventiva. La sentencia definitiva es una especie de revisión, conforme a la cual se dice: bueno, soltamos al sujeto o sigue sometido a pena”: Zaffaroni, Eugenio R.; óp., cit., p. 40.

Honduras	88.3%	1989
Republica dominicas	85%	1989
Guatemala	73%	1989
Venezuela	71%	1988
Ecuador	69.8%	1989
México	61%	1988
Colombia	54%	1989
Chile	53%	1989
Nicaragua	45%	1990
Costa Rica	44.3%	1990

FUENTE: Elaboración propia, a partir de los datos de ILANUD.

CUADRO INFORMATIVO: Porcentaje de personas privadas de libertad preventivamente en el periodo de 2005 - 2006¹⁴⁰ (Estadística de ILANUD)

PAÍSES	PRESOS PREVENTIVAMENTE
Uruguay	94%
Paraguay	73%
Bolivia	73%
Ecuador	56%
República Dominicana	56%
Perú	70%
Colombia	65%

¹⁴⁰ Estos datos estadísticos de la cantidad de personas privadas de libertad en Latinoamérica, debe ser motivo suficiente para retomar la discusión de la problemática entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, debiéndose resaltar la falta de concordancia de las legislaciones constitucionales latinoamericanas, que están entre las más garantistas del mundo, con la legislación ordinaria y la práctica judicial.

México	59%
Argentina	58%
Venezuela	55%

FUENTE: Elaboración propia, a partir de los datos proporcionados por Elías Carranza, Director de ILANUD.

CUADRO INFORMATIVO: Porcentaje de personas procesadas en condición de prisión preventiva.

PAÍS	PERSONAS PRIVADA DE LIBERTAD	PORCENTAJE DE PERSONAS PROCESADOS (PRISIÓN PREVENTIVA)
Honduras	11,727 (2012)	47.98%
Venezuela	21,877 (2009)	65%
Haití	5,480 (2007)	85%
Bolivia	6,864 (2006)	74% (2006) 75% (2008)
Guatemala	8,200 (1999-2000)	Dos terceras parte del total de la población penitenciaria
Paraguay	2,266 (1998)	93%
Perú	27,500 (2000)	52%
Colombia	43,221 (1997)	45.85%
México	116,000 (1996)	50%
Ecuador	9,280 (1994)	70%

FUENTE: Elaboración propia de los informes de la Corte IDH

En efecto, los países de Latinoamérica, en su mayoría, han emprendido reformas estructurales a sus sistemas de enjuiciamiento

penal en las últimas dos décadas en lo que respecta a la prisión preventiva. Estas reformas procesales han pretendido, de una u otra forma, cambiar la estructura procesal en la forma de la percepción y aplicación de la prisión preventiva y del sistema procesal en general¹⁴¹, para evitar un uso desproporcional, desmedido y carente de las garantías procesales que debe gozar toda persona.

A la par con la reforma procesal, y desde un punto de vista garantista, lo que ha generado mayores expectativas de este cambio, es el fortalecimiento de las garantías básicas y los derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal. Y esta incidencia de las garantías procesales ha tenido mayores empujes en cuanto a un uso racional de todo tipo de medidas cautelares referentes a la privación de libertad durante el proceso penal, en especial a lo que se refiere a la prisión preventiva, medida que ha sido uno de los grandes problemas de los sistemas de justicia criminal en la región¹⁴².

En este mismo sentido, la regulación de la prisión preventiva ha sido probablemente el tema más polémico de aquellos relevados por las reformas a la justicia criminal que ha tenido lugar en prácticamente todos los países de la región. Esta afirmación es fácilmente corroborado, pues basta con analizar cuál era la situación previa

¹⁴¹ Véase para mayores detalles: VV.AA., Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa, CEJA, Santiago 2007, p.362. Enrique Vargas, Juan (editor) y Riego, Cristián (autor informes); Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, CEJA, Santiago 2005, p. 229; y, VV.AA., Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa, CEJA, Santiago 2007, p. 362.

¹⁴² Cfr. Duce J.; Mauricio; Fuentes M., Claudio; Riego R.; Cristián; La reforma procesal penal en América latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 13-72.

respecto del régimen de aquellos que podríamos caracterizar como de inexcrcelabilidad, esto es, alguna regulación en que la ley establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta debían permanecer en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o su desarrollo¹⁴³.

27. La reforma procesal penal de la prisión preventiva

En los últimos años, varios países de América Latina han experimentado una reforma a la justicia criminal. Esta reforma encuentra su razón de ser en las constantes acciones que vulneran los derechos humanos de las personas sometidas a un proceso penal.

Las reformas procesales penales abarcan, específicamente reemplazar los diversos tipos de sistemas inquisitivos vigentes por modelos procesales de carácter acusatorio. Al respecto, mostramos algunos aspectos de la reforma del proceso penal que han experimentado los diversos países Latinoamericanos.

CUADRO INFORMATIVO: Reformas de la legislación procesal penal por país.

PAIS	REFERENCIA NORMATIVA Y FECHA

¹⁴³ Cfr. Llobet Rodríguez, Javier; La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano. En: IUS Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, México, 2009, p. 114 – 148: “Aun cuando no hubiera inexcrcelabilidad el diseño de los sistemas inquisitivos en la región favorecía un amplio uso de esta medida cautelar, en la práctica, como una regla general de seguirse un proceso en contra de una persona”.

Argentina	Ley Nro.11922 - CPP de la provincia de Buenos Aires, vigente desde setiembre de 1998.
Bolivia	Ley Nro. 1970 - Código de Procedimiento Penal 1999. Entró en vigencia en el 2000.
Chile	Ley Nro. 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000 en el <i>Diario Oficial</i> y vigente desde diciembre del mismo año.
Colombia	Ley Nro. 906 - Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005.
Costa Rica	Ley Nro.º 7594 - Código Procesal Penal de Costa Rica, del 10 de abril de 1996 y entró en vigencia en 1998.
Ecuador	Ley Nro. 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero de 2000, vigente desde el 2001.
El Salvador	Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996, vigente desde 1998.
El Salvador	Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996, vigente desde 1998.
Guatemala	Decreto Nro. 51-92 - Código Procesal Penal de 1992, que entró en vigencia en 1994.
Honduras	Decreto Nro. 9-99-E, que establece el Código Procesal Penal de 1999. Entró plenamente en vigencia en 2002.
México	Reforma Constitucional de 18 de

	junio 2008.
Nicaragua	Ley Nro. 406 - Código Procesal Penal de 2001, vigente desde 2002.
Panamá	Ley Nro. 63 - Código Procesal Penal de 2 de julio de 2008, que entra en vigencia gradual el 1 de septiembre de 2009.
Paraguay	Ley Nro.1286/98-Código Procesal Penal.
Perú	Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS, de julio de 2004, que entró en vigencia en 2006.
República Dominicana	Ley Nro. 76-02 – Código Procesal Penal, de 2002, que entró en vigencia en 2004.
Venezuela	Código Orgánico Procesal Penal de 1998, vigente desde 1999.

FUENTE: ILANUD.

CUADRO INFORMATIVO: Reformas normativas a la prisión preventiva

PAÍSES	LEY	AÑO
Argentina – provincia de Buenos Aires	Ley 13.449	2006
Bolivia	Ley 2.494	2003
Chile	Ley 20.074	2005
	Ley 20.253	2008
Colombia	Ley 1.142	2007
Costa Rica	Ley 8.589	2007
Ecuador	Ley 23-101	2003

El Salvador	Decreto N° 752	1999
	D. Legislativo N° 487	2001
	D. Legislativo N° 458	2004
	D. Legislativo N° 386	2007
Guatemala	Decreto N° 30	2001
	Decreto N° 51	2002
Honduras	Decreto 223	2005
Paraguay	Ley 2.493	2004
Venezuela	Gaceta oficial N° 5.558	2001

FUENTE: Centro de Estudios de Justicia de las Américas

Este proceso de reforma importó la modificación radical de los procesos penales vigentes¹⁴⁴. Algunos de los cambios reformados son, los sistemas procesales reformados establecieron una clara diferencia entre las funciones de investigar, controlar el desarrollo de la investigación, acusar y determinar responsabilidad penal.

Este complejo escenario del sistema inquisitivo, fue una de las más importantes razones que motivaron que los nuevos sistemas procesales penales cambiaron el paradigma legal de regulación de la prisión preventiva, trasladándose desde la lógica de la pena anticipada a una lógica cautelar, lógica que es avalada y

¹⁴⁴ Duce, Mauricio y Riego, Cristián (redactores), *Desafíos del Ministerio Público en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Chile, 2006, p. 135: Las reformas procesales penales se preocuparon de otorgar al juicio oral, público y contradictorio un rol protagónico y central en el proceso penal. Con esto se pretendía evitar la delegación de funciones y respetar los avances en materias de debido proceso como derecho fundamental, que eran patentes en la diversa jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

compartida por la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos¹⁴⁵. Se trata de una idea que requiere algo más de desarrollo para comprender sus alcances ya que tiene diversos impactos.

La reforma procesal penal también se tradujo en una reforma al régimen de las medidas cautelares personales. Como se mencionó, uno de los aspectos que mayores problemas presentaba era la regulación y el uso práctico que se daba a la prisión preventiva. Críticas a su extensa duración y a que en la práctica esta funcionaba como una pena anticipada eran algo común en toda la región¹⁴⁶. Por ende, uno de las preocupaciones principales de los distintos procesos de reforma a la justicia criminal fue cambiar tanto la regulación normativa como la forma en que era utilizada en la práctica la prisión preventiva.

En este sentido, bajo el nuevo paradigma de la prisión preventiva, de una lógica cautelar, queremos indicar que el objetivo de esta institución del proceso penal es garantizar la realización exitosa del juicio y de sus consecuencias. Esto significa en términos prácticos que el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad.

Por otro lado, si se revisa las primeras versiones de los códigos reformados, respecto a las causas de justificación de la prisión

¹⁴⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007; Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006; Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, Sentencia de 24 de junio de 2005, Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducción del menor" vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004; Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

¹⁴⁶ Llobet Rodríguez, Javier; La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano. En: IUS Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, México, 2009, p. 114 – 148.

preventiva, se notará que la mayoría de estos Códigos, presentaban dos causales en común, estas son el peligro de fuga y el peligro para la investigación o su obstaculización del proceso.

CUADRO INFORMATIVO: La regulación de la causa de justificación de la prisión preventiva, distintas del peligro de fuga o de obstaculización del proceso en las versiones originales de los Nuevos Código Procesales Penales

PAÍS	OTRAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN
Chile	Peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido. (Art. 140).
Colombia	Peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. (Arts. 310 y 311).
Costa Rica	Continuará la actividad delictiva. (Art. 239 b).
El Salvador	Circunstancias del hecho, alarma social que su comisión haya producido o frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar. Asimismo, cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que continuará

	cometiendo hechos punibles. (Art. 292 Nro. 2).
Honduras	Riesgo fundando que el imputado se reintegre a la organización delictiva de la que se sospecha pertenece, y utilice los medios que ella le brinde para entorpecer la investigación, facilitar la fuga de otros imputados (Art. 178 Nro. 3) y peligro de represalia contra el acusador o denunciante. (Art. 178 Nro. 4).
Panamá	Peligro para la comunidad por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes (art. 227, núm. 3) y cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares (Art. 227, núm. 4). (CPP de 2008).
Nicaragua	Peligro que cometa nuevos delitos o que continuará con actividad delictiva. (Art. 173, núm. 3 c).

Y del análisis de las mismas regulaciones en las versiones originales de los códigos reformados, puede observarse que algunos códigos

procesales penales incorporaron causales que responden a una lógica diversa que resulta mucho más cuestionable.

VII. CAPÍTULO VII: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

28. Jurisprudencia Nacional

28.1. Exp. N° 04780-2017-PHC/TC (Acumulado)-Piura - Caso: *Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón*.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en una decisión dividida [con 4 votos a favor y 3 votos en contra] declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor de Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón. En efecto, el Tribunal Constitucional declaró nula la resolución 3, de fecha 13 de julio de 2017, expedida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional y la resolución 9, de fecha 3 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal Nacional de Apelaciones; y en consecuencia, se dispuso retrotraer las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, pues devolviendo la libertad de los favorecidos en las mismas condiciones que tenían al momento de ser privados de su libertad (investigados con mandato de comparecencia restringida).

a) Hechos

El Pleno del Tribunal Constitucional -integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa¹⁴⁷-, pronuncia la sentencia.

¹⁴⁷ La sentencia se emite con los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez y Espinosa Saldaña Barrera; los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez; la abstención denegada del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera; y el abocamiento del magistrado Ramos Núñez aprobado en la sesión del Pleno Administrativo del 27 de febrero de 2018.

El asunto de la sentencia es un recurso de agravio constitucional (RAC) interpuestos por don Jorge Luis Purizaca Furlong y Luis Alberto Otárola Peñaranda a favor de Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón contra la resolución de fojas 895, de fecha 18 de octubre de 2017, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus de fecha 23 de agosto de 2017; y, la resolución de fojas 444, de fecha 25 de octubre de 2017, expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus de fecha 25 de agosto de 2017.

Los antecedentes son:

▪ **Expediente N° 04780-2017-PHC/TC]**

- [El recurrente sostiene] que el Ministerio Público no ha acreditado la existencia de indicios delictivos que permitan sostener que los imputados se encuentran inmersos en los presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal que justifican el dictado de prisión preventiva, tal como exige el artículo 279, inciso 1, del mismo código.

- De la investigación fiscal no derivan graves y fundados elementos de convicción que permitan sostener que los procesados hayan recibido dinero proveniente de Venezuela y de Brasil para las campañas políticas de las elecciones de los años 2006 y 2011, ni tampoco que el origen de dicho dinero sea ilícito. Refiere que, por ello, las resoluciones cuestionadas, al basarse en hechos no corroborados, incurren en una violación del derecho

fundamental a la debida motivación, reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución.

- Los supuestos "nuevos elementos de convicción", no serían "nuevos" puesto que ya existían con anterioridad a la emisión de la orden de comparecencia con restricciones dictada contra los investigados. Este sería el caso de los elementos indiciarios vinculados a supuestos falsos aportantes a las campañas y el otorgamiento de poder a Rosa Heredia Alarcón para que pueda viajar con las menores hijas de los imputados. Cuestiona, asimismo, que en contra del procesado Humala Tasso se hayan tomado en cuenta transcripciones de audios que, según refiere, no han sido incorporados válidamente a la carpeta fiscal, que no tienen conexidad con los hechos que son materia de investigación y que no han pasado por una pericia de voz que establezca la identidad de los interlocutores.

▪ **Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC**

- Los favorecidos han sido sometidos a un proceso de investigación por parte de la Segunda Fiscalía Supranacional Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, cuyo titular es el Fiscal Germán Juárez Atoche, con la intervención del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional a cargo del Juez Richard Concepción Carhuancho, por más de 2 años, sin que exista una acusación fiscal formulada en su contra. Los beneficiarios fueron sometidos a medidas de restricciones de su libertad (en el caso de doña Nadine Heredia Alarcón se dictó un mandato de impedimento de salida y comparecencia restringida; y en el caso de don

011anta Humala Tasso a una medida de comparecencia restringida), las cuales fueron cumplidas conforme a lo ordenado.

- La Segunda Fiscalía Supranacional solicitó la variación de la medida cautelar de comparecencia con restricciones por la prisión preventiva, argumentando, arbitrariamente, en una serie de considerandos que en lugar de sustentar la existencia elementos de convicción para restringir la libertad de los beneficiarios, aluden más bien a la acreditación de la comisión de ilícitos penales (lavado de activos) con la presentación de testimonios de varias personas, consignando las actas de transcripción de audios obtenidos de manera ilegal en el año 2010, y dando por cierta las declaraciones de los aspirantes a colaboradores (Marcelo Odebrecht y Jorge Simons Barata), construyendo de esta manera una lista de temas a los que atribuye un peligro procesal y obstaculización de la justicia, sin la debida contrastación probatoria.
- El Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 29 de agosto de 2017, declaró liminarmente improcedente la demanda al considerar que la resolución cuestionada no se encuentra firme al haberse interpuesto contra ella un recurso de casación.

b) Fundamentos

- En el fundamento 34, se señala que *“el dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano*

jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones; más aun si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aun no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad”.

- *En el fundamento 35, se ha señalado que “en reiterada jurisprudencia se ha precisado que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado (Sentencia 04163-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 02386-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 5. Este criterio ha sido reiterado en Auto 02163-2014-PHC/TC, considerando 3, Auto 02240-2014- PHC/TC, considerando 4, entre otras). En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado (Cfr. Sentencia 01951-2010-PHC/TC, fundamento 5, Sentencia 01680- 2009-HC, fundamento 21)”.*

- *En el fundamento 36, se ha señalado que “la prisión preventiva, “la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de [dicha medida]” (Sentencia 00038-2015-PHC/TC, fundamento 4, Sentencia 06099-2014- PHC/TC, fundamento*

4, Sentencia 05314-2013-PHC/TC, fundamento 8, entre otras)”.
4

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

- En el fundamento 101, respecto al supuesto del peligro procesal de Nadine Heredia, se señala que *“han sido tres los elementos que han llevado a la Sala a presumir el peligro procesal. El primero de ellos es el poder que en su momento otorgó a Rosa Heredia Alarcón para que pueda viajar con sus menores hijas. En segundo término, haber supuestamente falseado su puño gráfico. Y, en tercer lugar, su supuesta pertenencia a una organización criminal. En este acápite, procederemos a evaluar los dos primeros.”*

- En el fundamento 113, respecto a la supuesta pertenencia de los investigados a una organización criminal como argumento para justificar el peligro procesal se ha señalado que *“la Sala sostiene lo siguiente: “la fiscalía superior incidió en la pertenencia a una organización criminal y la gravedad de los cargos, con permanencia, distribución de tareas, ubicando a los investigados en la cúspide de [la]*

organización criminal, quienes ejercían la misma resolución criminal y todas las decisiones pasaban por su conocimiento, el control del aparato de poder organizado, el manejo del dinero para el funcionamiento del partido político y su estilo de vida (...). Asimismo se alude a los audios ocultos (compra de testigos). Estructura orgánica (tesorero de facto y tesorero de sombra). De una apreciación holística que realiza este Colegiado, es la pertenencia a la organización la que genera un riesgo procesal que debe ser conjurado con los instrumentos que proporciona la Ley" (sic) (Cfr. fojas 120 y 121 del expediente 04780-2017-PHC/TC)".

- En el fundamento 136, respecto a prisión preventiva y el juicio paralelo se señala que "ha llamado la atención de este Tribunal el hecho de que en diversos pasajes de la Resolución 3 (y en menor medida también en la Resolución 9), se hayan formulado afirmaciones que dan por hecho que los investigados son autores de delitos. Así, por solo mencionar algunos ejemplos, a fojas 65 del expediente 04780-2017-PHC/TC, el Juez sostiene lo siguiente: "es la conducta del investigado Ollanta Moisés Humala Tasso de comprar testigos para eludir la acción de la justicia, lo que devela de manera plausible que podría reiterar esa conducta en este proceso". Es decir, no presenta como hipótesis la influencia en los testigos por parte del imputado, sino como un hecho probado". En este mismo sentido, añade que "en otro pasaje de la misma resolución se lee lo siguiente también en relación con el investigado Humala: "A la gravedad de la pena hay que añadir la magnitud del daño causado y a ello también hay que añadir su condición de integrante de una organización criminal" (a

fojas 66 del expediente 04780-2017-PHC/TC). Una vez más, el juez no presenta como una sospecha razonable la pertenencia a la organización criminal, sino como una situación acreditada". Asimismo, "por su parte, en algún momento la Sala sostiene que "es la pertenencia a la organización [criminal] la que genera un riesgo procesal", incurriendo en el mismo lenguaje."

c) Comentario

Toda medida (resolución judicial) que ordena la prisión preventiva de una persona requiere de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino que además es proporcional y estrictamente necesaria e indispensable para el normal desarrollo del proceso. Pues al ser la prisión preventiva una medida de última ratio que afecta el derecho fundamental a la libertad, ésta debe estar debidamente motivada.

Respecto a la valoración de los nuevos elementos de convicción, el Tribunal Constitucional señala que los "jueces al momento de evaluar los nuevos elementos de convicción de un pedido para revocar el mandato de comparecencia por el de prisión preventiva deben necesariamente valorar todos y cada uno de los elementos presentados por el Ministerio Público y efectivamente por la defensa". Este análisis es importante –afirma el Tribunal Constitucional- para establecer un vínculo de los investigados al delito y no para establecer convicción de responsabilidad.

Y en efecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia en mención, ha señalado que la Sala de Apelaciones no valoró las pruebas de descargo, realizando de esta manera una incorrecta valoración de los medios probatorios, afectando el derecho de probar, de defensa

y por supuesto el de la libertad de los señores Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón.

Respecto a la sentencia, podemos decir que esta es una decisión correcta, pues está basado en el test de constitucionalidad de las decisiones judiciales que imponen la prisión preventiva. En este sentido, analizados algunos de los puntos relevantes.

- Los audios solo pueden ser incorporados al proceso bajo el supuesto de ser reconocidos por el investigado, su defensa y el resto de supuestos intervinientes en la conversación; esto es importante porque así se evita la afectación al derecho de defensa y la debida incorporación de la prueba. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia en mención, ha señalado que la Sala de Apelaciones ha incorporado indebidamente los audios que indican una supuesta compra de testigos. En efecto, esta decisión es criticable por el Tribunal Constitucional, pues señala que las grabaciones –incorporadas como medio probatorio por la Sala- solo muestran un posible hecho, pero, que a partir de ellos, se supone que prueban un ánimo de obstaculización de las investigaciones. Al respecto, la mayoría del pleno del Tribunal Constitucional ha criticado este punto señalando que una sospecha razonable no puede sustentar otra sospecha razonable.
- La carta poder que otorgo Nadine Heredia para el viaje de sus hojas a Estados Unidos, los jueces consideraron –sin una motivación clara y debidamente sustentada- que era un indicio que la investigada estaba preparando su fuga. El Tribunal Constitucional, en la sentencia en mención, ha señalado que la valoración de este elemento carece de

sustento porque esta carta poder se dio el 22 de noviembre y los jueces establecieron que lo presentó el 25 de noviembre. En efecto, este punto también fue criticado por la mayoría del pleno del Tribunal Constitucional.

- Las declaraciones contradictorias y ciertas conductas orientadas a dar diversas versiones por el procesado, esto es como no decir la verdad o brindar declaraciones contradictorias no pueden ser interpretados como un elemento del peligro de obstaculizar las investigaciones. Estas conductas –señala el Tribunal Constitucional- no pueden ser tomadas en cuenta como un acto de obstaculización del proceso para fundar la prisión preventiva, porque igual se puede mentir y/o dar declaraciones contradictorias estando en prisión. En efecto la mayoría del pleno del Tribunal Constitucional ha criticado este punto y ha señalado que no debe tomarse en cuenta este punto como obstaculización del proceso y consecuentemente fundar la prisión preventiva.
- La sola gravedad del delito y/o las expectativas de una pena elevada no pueden justificar por sí solos la imposición de la prisión preventiva. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional señala que no pueden tomarse como un presupuesto aislado la gravedad del delito y su pena elevada, pues si bien es un elemento, no es el único ni el más importante, sino debe ser analizado en conjunto con los otros presupuestos.

28.2. Casación N° 631-2015-Arequipa “El arraigo como presupuesto del peligro de fuga”.

En la Casación N° 631-2015-Arequipa, de fecha 21 de diciembre de 2015, realiza un análisis respecto al arraigo como presupuesto del peligro de fuga para la determinación de la prisión preventiva.

Se observa que la defensa del encausado en el recurso formalizado, denuncia que medió una motivación aparente acerca del "peligro de fuga" en relación a los factores que lo determinan y a las razones para aumentar el plazo concreto de la prisión preventiva. En el auto de vista materia de impugnación se señala que "a pesar de que el imputado tiene esposa y dos hijos con residencia en el país, la vinculación con su país natal: España, y con familiares cercanos que habitan allí, además del intenso movimiento migratorio que tiene, determinan la facilidad no solo de salir del país, sino de instalarse en otro país.

Al respecto, la Corte Suprema, mediante el recurso, se centra en analizar los alcances que tiene la norma procesal respecto de la acreditación y sentido interpretativo del peligro de fuga en orden, al arraigo, esto es, cómo ha de interpretarse el peligro de fuga y qué lineamientos de acreditación es del caso asumir y cómo aplicarlos en un caso concreto. Este análisis es fundamental para la determinación del riesgo de fuga.

Es necesario tener en cuenta que el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante de valorar en una medida de prisión preventiva. Éste elemento tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente mediante diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y que reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces; a pesar que en la Ley se establece la presencia de la fuga y obstaculización del proceso.

Es importante determinar que los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, y con mucha razón el imputado es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país con mucha facilidad y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. No obstante, esta situación tiene que ser valorado de manera particular, esto es caso por caso; pues no se aplica de manera absoluta, como una regla.

En decir, si en un caso en concreto, se tiene en cuenta que *prima facie* está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú, sólo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente.

28.3. Casación N° 626-2013-Moquegua “Doctrina Jurisprudencia Vinculante sobre la audiencia, motivación y elementos [*fumus delicti comisi, pena probable, peligro procesal –peligro de fuga-*] de la medida de prisión preventiva”.

En la Casación N° 626-2013, de fecha 30 de junio de 2015, se establece como doctrina jurisprudencial vinculante algunos criterios de la audiencia, motivación y elementos de la prisión preventiva.

Algunos de los fundamentos vinculantes establecidos en la casación son:

- La audiencia de prisión preventiva se dividirá necesariamente en cinco partes, de modo que se aborden i) *primer presupuesto*; ii) *segundo presupuesto*, iii) *tercer presupuesto*; iv) *proporcionalidad*; y v) *duración de la medida*. Al respecto, se establece que se ejercerá contradicción punto por punto y solo agotado un tema, se pasará al siguiente tema a evaluar para emitir la orden de la prisión preventiva.
- El fiscal debe comprender cada uno de estos aspectos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo exhaustivamente. Esto posibilitará que la defensa los examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos.

28.4. Casación N° 391-2011-Piura “Nuevos elementos de convicción para la cesación de la prisión preventiva”

El objeto de pronunciamiento de la Casación N° 391-2011-Piura, de fecha 18 de junio de 2013, en lo que concierne a la prisión preventiva, es el siguiente: *“Se determine a través de la doctrina jurisprudencial, que el juzgador sólo debe pronunciarse respecto al cese de prisión preventiva que establece el artículo doscientos ochenta y tres del Código Procesal Penal, requisito para que proceda dicho instituto (nuevos elementos de convicción) y no amparado en el supuesto que no contempla la norma procesal aplicable al caso –con especial referencia al aspecto de la segunda instancia”*.

Al respecto, la Corte Suprema, recaída en la Casación en mención –interviniendo como Ponente el Juez Supremo Salas Arenas- ha señalado, en el considerando Primero (1.3) que *“el artículo*

doscientos ochenta y tres del citado Código establece que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente; y que procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de la libertad y el estado de la causa”.

En efecto, la Sala estimo que la cesación [de la prisión preventiva] no implica una reevaluación de los elementos propuestos por las partes al momento en que el Ministerio Público solicite inicialmente la prisión preventiva y se conceda por el juzgado de Investigación Preparatoria; sino, dicha reevaluación se configurara al momento de la impugnación de la prisión preventiva.

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

29. Jurisprudencia Internacional

29.1. Sentencia de la Corte IDH – Caso Tibi Vs. Ecuador¹⁴⁸:

El caso “Tibi Vs. Ecuador”, es tema importante en cuanto se refiere a la privación de la libertad personal. En este caso, las víctimas son Daniel David Tibi y sus familiares. El señor Daniel Tibi, ciudadano francés de 36 años que residía en Ecuador y se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano. El caso fue impulsado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) – Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador.

Este caso en mención, se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la privación de la libertad ilegal y arbitraria de Daniel David Tibi, así como por los malos tratos recibidos y las condiciones de su detención.

Los hechos del caso en mención es: “el 27 de septiembre de 1995 agentes de la INTERPOL del Guayas, detuvieron al señor Daniel Tibi por presuntamente estar involucrado en el comercio de droga. Cuando se realizó su arresto, los policías no le comunicaron los cargos en su contra. Se le informó que se trataba de un “control migratorio”. El señor Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, en centros de detención ecuatorianos, desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, cuando fue liberado. Durante su detención en marzo y abril de 1996 en un centro penitenciario, el señor Daniel Tibi fue objeto de actos de tortura y amenazado, por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación. Durante su permanencia en la cárcel el señor Daniel Tibi fue examinado dos veces por médicos ecuatorianos designados por el Estado. Estos verificaron que sufría

¹⁴⁸ Sentencia de 07 de setiembre de 2004, Corte IDH – Caso Tibi Vs. Ecuador

de heridas y traumatismos, pero nunca recibió tratamiento médico ni se investigó la causa de sus padecimientos. Durante su detención interpuso dos recursos de amparo y una queja, los cuales no prosperaron”¹⁴⁹

Entre los derechos violados por el estado de Ecuador se encuentra los derechos previsto en la **Convención Americana: obligación de respetar los derechos** (art. 1°), *protección a la familia* (art. 17°), *deber de adoptar disposiciones de derecho interno* (art. 2°), *derecho a la propiedad privada* (art. 21°), *protección judicial* (art. 25°), *derecho a la integridad personal* (art. 5°), *derecho a la libertad personal* (art. 7°), *garantías judiciales* (art. 7°), la **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura**, el **Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión – Naciones Unidas**, **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – Naciones Unidas**, **Convención de Viena sobre Relaciones Consulares – Naciones Unidas**, **Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos – Naciones Unidas**.

29.2. Sentencia de la Corte IDH – Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú¹⁵⁰:

El caso “García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú” es una sentencia de la Corte IDH importante respecto a la libertad personal, pues se trata de un caso de detención y condena sin un debido proceso. Las víctimas de este caso son: Urcesino Ramírez Rojas, Wilson García Asto y sus familiares. El caso fue impulsado por Carolina Loayza Tamayo y el Centro de Investigación y Asistencia Legal en Derecho Internacional (ALDI).

¹⁴⁹ Vide: www.corteidh.or.cr [fecha de consulta 20 de abril de 2018]

¹⁵⁰ Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Corte IDH – Caso “García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú”.

Esta sentencia se refiere a la responsabilidad internacional del Estado peruano por la detención y condena sin un debido proceso en perjuicio de Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas.

Los hechos del caso en mención son: "el presente caso se inician cuando el señor Wilson García Asto fue detenido el 30 de junio sin que mediara previa orden judicial o flagrante delito. El atestado policial manifestó que se había encontrado propaganda terrorista en su poder y documentos de uso exclusivo del grupo armado Sendero Luminoso en su computadora. El señor Wilson García Asto Se fue acusado del delito de terrorismo. El 18 de abril de 1996 fue condenado bajo un proceso con jueces "sin rostros". Durante su detención el señor García fue sometido a aislamiento celular, un régimen de visitas restringido, condiciones carcelarias no adecuadas y falta de atención médica. El 5 de agosto de 2004 en un proceso penal ordinario se dictó sentencia absolutoria a favor de Wilson García Asto y al día siguiente éste recuperó su libertad. El señor Urcesino Ramírez Rojas fue detenido el 27 de julio de 1991 en su domicilio sin que mediara flagrante delito ni orden de detención previa. Se alegó que se encontraron documentos referidos al grupo armado Sendero Luminoso. El 9 de agosto de 1991 se abrió un proceso en su contra y se dictó mandato de detención. El 30 de septiembre de 1994 un tribunal "sin rostro" lo condenó por delito de terrorismo. El proceso fue declarado nulo el 24 de octubre del 2002 pero no se permitió la excarcelación del señor Ramírez Rojas, y se inició un segundo proceso en su contra por delito de terrorismo. Al momento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el segundo proceso no había concluido y el señor Urcesino Ramírez se encontraba detenido"¹⁵¹.

¹⁵¹ Vide: www.corteidh.or.cr [fecha de consulta 20 de mayo de 2018]

Entre los derechos violados por parte del estado peruano se encuentra lo previsto en la **Convención Americana: obligación de respetar los derechos** (art. 1º), **derecho a la honra y dignidad** (art. 11º), **libertad de pensamiento y expresión** (art. 13º), **protección a la familia** (art. 17º), **protección judicial** (art. 25º), **derecho a la integridad personal** (art. 7º), **derecho a la libertad personal**, (art. 8º), **garantías jurisdiccionales** (art. 8), principio de legalidad y de retroactividad (art. 9º); el **Convenio Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura**, el **Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión – Naciones Unidas**.

30. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2017/CIJ-116: “Alcances del artículo 274.2 del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1307: Adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva”.

El Acuerdo Plenario Extraordinario 1-2017, referente a los “*Alcances del artículo 274.2 del Código Procesal penal, según el Decreto Legislativo 1307: adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva*”, se emitió el 13 de octubre de 2017 y se publicó el jueves 26 de octubre de 2017 en El Peruano.

La Corte Suprema, mediante este Acuerdo Plenario Extraordinario, ha establecido los presupuestos jurídicos de la prolongación de la prisión preventiva y preciso la adecuación del plazo establecido por el Decreto Legislativo N° 1307.

Uno de los puntos principales de este Acuerdo Plenario Extraordinario, y que ha de tenerse en cuenta respecto a la

adecuación del plazo de prolongación de la prisión preventiva, es la siguiente decisión:

"Si, por ejemplo, ya se impuso y se está ejecutando el mandato de prisión preventiva conforme a la disposición vigente del artículo 272° del código Procesal Penal, al amparo de una nueva ley procesal que extiende el plazo no puede aceptarse tal "ampliación" del mismo plazo ordinario de prisión preventiva bajo el argumento de que se está, verbigracia, ante un proceso de criminalidad organizada: la ley no permite una ampliación, menor una adecuación, en estos casos, tanto más si ello importaría una aplicación retroactiva desfavorable al imputado. El principio de preclusión explica y fundamenta tal decisión:

25° *en cuanto a la prolongación de la prisión preventiva - tiene sus propios presupuestos materiales y formales-, la situación jurídica del preso preventivo puede dilucidarse conforme a la nueva ley que instaure o configure la prolongación de la prisión preventiva por plazos mayores incluso, claro está siempre que proceda y se solicite antes del vencimiento del plazo ordinario de prisión preventiva. Distinto sería el caso si el preso preventivo ya estuviere con el plazo de prisión preventiva prolongado, supuesto en el que la aludida regla de excepción sería aplicable: no es posible, por consiguiente, extender el plazo prolongado conforme a la nueva ley.*

Ahora bien, es de puntualizar, por otro lado, que igualmente una institución procesal es la prolongación del plazo de prisión preventiva y otra institución procesal, distinta aunque conexa o vinculada a ella, es la adecuación del plazo prolongado de prisión preventiva –por lo demás, es un supuesto nuevo, que antes del Decreto Legislativo número

1307, de 30 de diciembre de 2016, no existía-. Si bien la segunda no puede tener lugar sin la primera, la adecuación tiene asimismo presupuestos materiales y formales propios. Esta diferenciación, específicamente en orden a que deben presentarse "...circunstancias de especial complejidad que no fueron advertidas en el requerimiento inicial...", motiva que si el plazo prolongado otorgado no venció pueda adecuarse al que corresponde según el nuevo escenario procesal observado a partir de la nueva ley en vigor."

31. Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ "Circular sobre prisión preventiva".

La Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ "Circular sobre la prisión preventiva", se emitió el 13 de septiembre de 2011. Esta circular aborda el tema de la existencia o no del arraigo procesal, el mismo que debe ser evaluado minuciosamente para otorgar o rechazar el pedido de prisión preventiva formulado por la fiscalía.

En ella se enfatiza que la valoración de este presupuesto debe ser sobre aspectos cualitativos y vinculados a otros elementos que en conjunto puedan definir la procedencia de la medida cautelar.

La finalidad de esta circular fue evitar, por parte de la Corte Suprema, una imposición arbitraria y estereotipada de la prisión preventiva y, para ello desarrollo el presupuesto necesario para la aplicación de la medida en comentario. En este sentido, analizaremos algunos puntos de la Circular –que a nuestro criterio es importante- en cuanto a lo que es el arraigo y peligro procesal.

En el **Considerando Tercero** de la Circular se señala que:

“La normativa procesal penal establece -a través del desarrollo de los artículos 269 y 270 del Código Procesal Penal- una guía -sin duda flexible o abierta- para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos para justificar la imposición de una medida procesal tan grave como la prisión preventiva. **Tales lineamientos tienen como objetivo evitar la justificación de la misma sobre la base de resoluciones estereotipadas** o con una escasa motivación en el ámbito nuclear del peligrosismo procesal.

Sin embargo, **debe quedar claro que estos postulados normativos no tienen naturaleza taxativa.** El Juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado, por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además, ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento (...). (Lo resaltado en negritas y subrayado en nuestro).

En el **Considerando Octavo** de la Circular se señala que:

“(...) no es posible identificar la supuesta “existencia de arraigo” (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva. Esto es así porque **el arraigo** -ocurre lo mismo con todos los criterios del artículo 269 del Código Procesal Penal- **no es una premisa fija o estable; no es un presupuesto, sino un criterio relacional basado en el**

contexto de cada caso, de suerte que en uno determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no. En consecuencia, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, de existencia o inexistencia de arraigo; lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el sólo hecho de que “el imputado tiene domicilio conocido”, es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado”.(Lo resaltado en negritas y subrayado en nuestro).

En el **Considerando Noveno** de la Circular se señala que:

“Sin duda **la pertenencia del imputado a una organización delictiva -o su integración a la misma- no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una conditio sine qua non para la aplicación de la prisión preventiva-** que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales-. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de banda, es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídico procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización”. (Lo resaltado en negritas y subrayado en nuestro).

Como se puede apreciar, si bien se intenta dilucidar los presupuestos de la prisión preventiva, sin embargo, el esfuerzo realizado por la Corte Suprema, a nuestro entender, no ha logrado

su objetivo, pues en la actualidad vemos que muchos jueces hacen caso omiso a esta circular, ya sea por desconocimiento de este instrumento o por el simple hecho de no querer aplicar por ausencia de su fuerza vinculante.

CONCLUSIONES

- Las conclusiones del trabajo de investigación son:
 - La prisión preventiva es una **medida cautelar personal** admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, y representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique, sin embargo no es un anticipo de pena.
 - En el sistema procesal penal peruano y latinoamericano, aún subsisten prácticas inquisitivas, que vienen **aplicando la prisión preventiva, de manera desproporcional y desmedida**, vulnerando el principio de excepcionalidad, de proporcionalidad y de plazo razonable.
 - La imposición -de la prisión preventiva- se fundamenta en razón que, al ser una medida cautelar de carácter personal, tiene como **finalidad, acorde con su naturaleza**, garantizar el proceso en sus fines característicos así como el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse de esta forma mantener la indemnidad del proceso a través de la conservación de los medios de prueba.
 - De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y doctrina del Tribunal

Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se puede afirmar que la prisión preventiva es **una medida excepcional, de carácter provisional y de duración limitada** por la que se restringe el derecho a la libertad del imputado de la comisión de un delito de especial gravedad y en quien concurra un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la celebración del juicio oral, así como para conjurar riesgos de reiteración delictiva, de **ocultación o destrucción de las fuentes de prueba** y la puesta en peligro de la víctima.

En la legislación penal peruana, el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004, regula la prisión preventiva y constituye una medida cautelar por las siguientes razones: i) Por su ubicación sistemática, se encuentra dentro de la sección de las *medidas de coerción procesal*; y ii) la jurisprudencia penal peruana ya ha establecido que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso; que no se trata de una medida punitiva, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia; en efecto, se trata de una medida cautelar, cuyo propósito principal es resguardar la eficacia plena de la labor jurisdiccional (Exp. N° 1567-2002-HC/TC de fecha 5 de agosto de 2002).,

La prisión preventiva, es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, **siempre que resulte absolutamente imprescindible**, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba; sin embargo, el uso desmedido y desproporcional de la prisión

preventiva desnaturaliza el carácter jurídico de una medida cautelar personal, al punto de convertirlo en una pena anticipada.

- Existe un “juicio paralelo” de la presión mediática en la imposición de la prisión preventiva, tanto en la práctica jurisprudencial peruana como en Latinoamérica.

RECOMENDACIONES:

- Realizar un análisis minucioso y ponderativo de los elementos de convicción al momento de otorgar la prisión preventiva, pues por ser un mal necesario de los ordenamientos jurídicos, esta debe ser aplicada cuando lo amerite la situación, esto es para garantizar el proceso penal, pues representa hoy la más grave intromisión del poder estatal en la esfera de la libertad del individuo.
- Desterrar las prácticas inquisitivas –tanto en Latinoamérica y en Perú- para aplicar la prisión preventiva de manera proporcional y excepcional.
- Darle un real sentido a la naturaleza procesal penal de la prisión preventiva.
- Evitar el uso desmedido y desproporcional de la prisión preventiva.
- Evitar todo tipo de influencia de los denominados “juicio paralelo” de la presión mediática en la imposición de la prisión preventiva.

- Convocar a un Pleno Jurisdiccional para emitir un Acuerdo Plenario sobre los criterios de la prisión preventiva.

Propuesta de *lege ferenda*

Después de analizar la prisión preventiva (en el aspecto dogmático y jurisprudencial), observamos en la jurisprudencia nacional, el uso de la prisión preventiva de manera arbitraria e ilegítima en algunos casos y casi siempre de manera apresurada, sin un minucioso y ponderado análisis de sus presupuestos vulnerándose diversos derechos entre ellos el más importante la libertad de la persona humana.

En este sentido, proponemos y/o recomendamos, que a efectos de reducir la aplicación de la prisión preventiva, a lo necesario e indispensable, lo siguiente:

- a) Difundir entre los magistrados (jueces y fiscales) la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ "Circular sobre la prisión preventiva", para que estos tengan presente, los criterios o puntos fijados por la Corte Suprema, al momento de ordenar o rechazar el pedido de la prisión preventiva.
- b) Realizar cursos de capacitación respecto a los criterios establecidos en la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ "Circular sobre la prisión preventiva", pues no basta con difundir este instrumento, sino es necesario e indispensable capacitar a los magistrados (jueces y fiscales) sobre los presupuestos y criterios establecidos en este instrumento legal.
- c) Convocar a un Pleno Jurisdiccional para delimitar criterios sobre los presupuestos de la prisión preventiva; si bien estos presupuestos están previsto en el artículo 268° del NCPP (prueba suficiente: "*fundados y graves elementos de la comisión de algún delito*", prognosis de pena: "*que la sanción a imponer sea*

superior a cuatro años de pena privativa de libertad” y peligro procesal: “*permita eludir u obstaculizar el desarrollo del proceso*”), creemos –a partir de las múltiples jurisprudencias- no existe una congruencia procesal al momento de evaluar estos presupuestos.

- Es en este sentido, somos de la idea que urge un Acuerdo Plenario en donde se delimite estos puntos, específicamente el criterio del peligro procesal, y en este punto se debe tomar muy en cuenta los considerando octavo y noveno de la Circular de la Prisión Preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGUÍNDIGUE, Carmen; PÉREZ PERDOMO, Rogelio; *La prisión preventiva en tiempos de revolución (Venezuela 1998-2008)*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 443 – 466.
- ADRIÁN PATRICIO, Grassi; *La prisión preventiva y su relación con las políticas de seguridad*, Revista Iuris N° 70°, 2011, p. 99-114.
- ÁLVAREZ YRALA, Edwar; *Independencia y prisión preventiva*. En: Revista de Derecho Themis, N° 68, 2016, p. 77-81.
- AMADOR BADILLA, Gary; *Algunos problemas respecto a la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal juvenil*.

En: Revista de Ciencias Jurídicas N° 115, enero-abril 2008, p. 57 – 76.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; *Presunción de inocencia y prisión sin condena, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial)*, Madrid, 1996.
- ASENCIO MELLADO, José María; *Derecho Procesal Penal*, 2º edición, Valencia, 2003.
- ASENCIO MELLADO, José María; *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.
- BARONE VILAR, Silvia; *Prisión provisional: "solo una medida cautelar"*. En: *Actualidad Penal*, 2000, Madrid.
- BARREIRO, Alberto Jorge; *La reforma de la prisión provisional (leyes orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional (I)*. En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. N° 51, Madrid, 2004.
- BARRITA LÓPEZ, Fernando A.; *Prisión preventiva y ciencias penales*, Editorial Porrúa, México, 1990.
- BARRIOS-MIRANDA, Ángel S.; GONZABAY-ALVEAR, Sócrates R.; BORBOR-MITE, Vicente P.; *El principio de presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva*. En: *Dominio de las Ciencias*, Vol. 3, núm. 2, mayo 2017, p. 634-646.
- BERNAL, Carolina y LA ROSA, Miguel; *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. Informe Colombia. En: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva*

deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, DPLF, Washington, 2013, p. 66 – 113.

- BELTRÁN, Ramón; *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*. En: *Revista de Política Criminal*, Vol. 7, N° 14, diciembre 2012, p. 454-479.
- BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.
- CACERES JULCA, Roberto y LUNA HERNÁNDEZ, Luis; *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Jurista Editores, Lima, 2014.
- CARRASCO SOLÍS, Javier; *Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares*. En: RIEGO R., Cristián; BINDER, Alberto M.; *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Prisión Preventiva*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, N° 14, Año 7.
- CARRASCO SOLÍS, Javier; *El impacto de las reformas procesales en la prisión preventiva en México*. En: LORENZA, Leticia; Riego, Cristián y DUCE, Mauricio (Coordinadores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, Volumen 2, CEJA-JSCA, Chile, 2011, p. 171-226.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor; *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, Palestra, Lima, 2009.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor; *Instrucción e Investigación Preparatoria*, Gaceta Jurídica – Gaceta Penal, Lima, 2014.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Medidas para reducir la prisión preventiva*, OEA, 3 de julio de 2017.
- DEL VECCHI, Diego; *Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes*, Revista de Derecho, Vol. XXVI, N° 2 – Diciembre 2013, p. 189 – 217.
- DE SOUZA COSTA, Rodrigo y ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; *Las prisiones cautelares en Brasil*. En: LORENZA, Leticia; Riego, Cristián y DUCE, Mauricio (Coordinadores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, Volumen 2, CEJA-JSCA, Chile, 2011, p. 126-170.
- DE LA JARA, Ernesto; CHAVEZ-TAFUR, Gabriel; RAVELO, Tafur; GRÁNDEZ, Agustín; DEL VALLE, Oscar y SÁNCHEZ, Liliana; *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo; *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Editorial ARA, Lima, 2008.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Anuario de Derecho Penal 2008: Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP – Universidad de Friburgo, Lima, 2009.

- DONADIO LINARES, Luciano M.; *La influencia de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en la práctica judicial interna: el caso de la prisión preventiva*. En: Revista Criterio Jurídico, Vol. 8, N° 2, Santiago de Cali, p. 73 – 105.
- DUCE J.; Mauricio; *Visión panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados*. En: CABEZÓN P., Andrea (Coordinadora); *Prisión preventiva en América Latina: Enfoques para profundizar el debate*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, Santiago de Chile, 2013, p. 15 – 92.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián; *La prisión preventiva en Chile: el impacto de la reforma procesal penal y de sus cambios posteriores*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 151 – 212.
- DUCE J.; Mauricio; FUENTES M., Claudio; RIEGO R.; Cristián; *La reforma procesal penal en América latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 13-72.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina; *La prisión preventiva, su adecuación al programa constitucional argentino*, disponible en www.derecho.uba.ar [consulta: 28 de mayo de 2016].
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. Dolores; *El abono de la prisión preventiva en el Proyecto de Código Penal*. En:

www.cienciaspenales.net [Fecha consultada: 10 de enero de 2018].

- FUENTES MAUREIRA, Claudio; *Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma*. En: RIEGO R., Cristián; BINDER, Alberto M.; *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Prisión Preventiva*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, N° 14, Año 7.
- GARCÍA YOMHA, Diego (Director); *El Estado de la prisión preventiva en la argentina. Situación actual y propuestas de cambio*, INECIP, La Plata, 2012.
- GIMENEO SENDRA, Vicente; *El proceso de hábeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1996
- GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; *Los procesos penales*, Tomo 4, Bosch, Barcelona, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; *Derecho procesal penal*, 3 Edición, Tomo II, (proceso penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENILLA ALLARD, Pablo; TORRES DEL MORAL, Antonio; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel; *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

- GÓMEZ PÉREZ, Mara; *La jurisprudencia interamericana sobre prisión preventiva*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas de la UNAM, 2014, p. 205-220.

- GONZÁLES LÓPEZ, Rodrigo; *La ejecución provisional de la pena sustituida por expulsión o derecho a la libertad del extranjero en prisión preventiva*. En: *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna*, N° 30, 2013, p. 103 – 120.

- HARTMANN ARBOLEDA, Mildred; *La detención preventiva y la reforma procesal penal en Colombia*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 213-254.

- HURTADO POZO, José; *El sistema de Control Penal. Derecho Penal General y Especial, Política Criminal y sanciones penales*, Lima, Instituto Pacifico, 2016.

- INFORME Corte IDH 12/96, 17 de noviembre de 1993, párrafo 84, Caso: “*Jorge A. Giménez v. Argentina*.”

- INFORME Corte IDH 2/97, 11 de marzo de 1997, párrafos 7, 48 y 49.

- INFORME Corte IDH 12/96, 17 de noviembre de 1993, párrafo 78, 81 y 83, Caso: “*Jorge A. Giménez v. Argentina*.”

- JUÁREZ, Erick; *Impacto de la reforma procesal penal respecto a la prisión preventiva en Honduras*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma*

procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 411 – 442.

- KOSTENWEIN, Ezequiel; *Redactando riesgos. El uso de la prisión preventiva en los expedientes dentro de la provincia de Buenos Aires*. En: *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 37, N° 2, julio 2014, Bogotá – Colombia.
- KOSTENWEIN, Ezequiel; *La aplicación de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires y su percepción por los actores judiciales*. En: *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, artículo 5/2015, setiembre-octubre, N° 158.
- KOSTENWEIN, Ezequiel R.; *Poder para prevenir: pronóstico y uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires*. En: *Derecho y Ciencias Sociales*, N° 49, p. 56-77.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo; *Prisión preventiva y penas privativas de libertad*. Disponible en: www.cienciaspenales.net [consultado: 17 de noviembre de 2017]
- LA ROSA, Mariano R.; *Principios fundamentales y límites de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: www.biblioteca.defensoria.gob.ec [consultado el 20 de mayo de 2016].
- LA ROSA, Mariano R. *Exención de prisión y excarcelación*. Astrea, Buenos Aires, 2006.

- LOZA AVALOS, Cintia; *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP*. En: Anuario de Derecho Penal, disponible en www.perso.unifr.ch/derechopenal/.com [consultado 29 de mayo de 2017].
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano*, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, núm. 24, México, 2009, p. 114-148.
- LORENZO, Leticia; *El impacto de las reformas procesales en la prisión preventiva. Bolivia*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 73-149.
- MAIER, Julio; *La ordenanza procesal penal alemana*. Vol. II.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos; *Las medidas cautelares personales en el Nuevo Código Procesal penal Chileno*, REJ – Revista de Estudios de la Justicia N° 1 – Año 2002.
- MATHIESEN, Thomas; *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, Ediar, Buenos Aires – Argentina, 2003.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (MINJUS). Secretaría Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal; *La reforma procesal peruana. Hacia una justicia rápida y transparente*, Informe estadístico 2006-2010, Lima.

- MILANS DEL BOSCH y JORDAN DE URRIES, Santiago; *Aspectos sustantivos de la prisión preventiva*. En: *la ley*, año XVII, N° 4047, 30 de mayo, Madrid, 1996.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *Prisión Preventiva, Comparecencia restringida y arresto domiciliario*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014.
- MONTERO AROCA, Juan y otros; *Derecho Jurisdiccional: Proceso Civil. Tomo II, 6° edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MORA-SÁNCHEZ, Jeffry José; *Las causas de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad*, Acta Académica, N° 54, 2014, p. 187 – 220.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo; *Reflexiones sobre la prisión preventiva*. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, AdD 1/2016, 6.
- NEYRA FLORES, José Antonio; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Idemsa, Lima, 2015.
- ORE GUARDIA, Arsenio; *Manual Derecho Procesal Penal. Las medidas de coerción en el proceso penal*, Tomo 2, Editorial Reforma, Lima, 2014.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio; *Las medidas cautelares personales*. En: *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y doctrina*, Año II, N° 3, Palestra, Lima, enero-junio de 2006.
- PÁSARA, Luis; *La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo*. En: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de*

Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, DPLF, Washington, 2013, p. 5 – 28.

- PÉREZ HUALDE, Alejandro; *Responsabilidad por daños ocasionados por la prisión preventiva*; Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias sociales, N° 6, año 2015, junio-diciembre, Bogotá, Colombia, p. 101 – 111.
- PEÑA CABRERA, Alonso Raúl; *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª edición, Rodhas, Lima, 2007.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge A.; *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva*. En: Revista de Derecho y Cambio Social, publicado el 1 de abril de 2014, disponible en www.derechoycambiosocial.com [consultado el 10 de julio de 2017].
- PINTO, Ricardo Matías; *Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera*. En: Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, p. 305-337, disponible en: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM.
- PODESTÁ, Tobías; *La prisión preventiva en el contexto internacional*. En: CABEZÓN P., Andrea (Coordinadora); *Prisión preventiva en América Latina: Enfoques para profundizar el debate*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, Santiago de Chile, 2013, p. 95 – 232.
- PODESTÁ, Tobías José y VILLADIEGO BURBANO, Carolina; *Servicios de antelación al juicio. Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región*. En: RIEGO R., Cristián; BINDER,

Alberto M.; *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Prisión Preventiva*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, N° 14, Año 7.

- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *En busca de la prisión preventiva*. En: Jurista Editores, Lima, 2006.
- RAMÍREZ GARCÍA, Luis R.; *Reforma de la justicia penal. Prisión preventiva en Guatemala*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 343- 409.
- RIEGO R., Cristián; *La audiencia para debatir la prisión preventiva y sus distintos componentes*. En: CABEZÓN P., Andrea (Coordinadora); *Prisión preventiva en América Latina: Enfoques para profundizar el debate*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, Santiago de Chile, 2013, p. 235 – 261.
- RIEGO R., Cristián; *Una nueva agenda para la prisión preventiva*. En: RIEGO R., Cristián; BINDER, Alberto M.; *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Prisión Preventiva*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, N° 14, Año 7.
- ROSENBERG, Marc; *La prisión preventiva en Canadá*. En: RIEGO R., Cristián; BINDER, Alberto M.; *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Prisión Preventiva*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, N° 14, Año 7.

- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis; *Crisis penal y sustitutivos penales*, Editorial Porrúa, México, 1998.

- RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, Faustino G.; *La paulatina erradicación de la prisión preventiva: un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías*. En: Boletín núm. 2078, p. 227 – 254.

- SCHIAPPA PIETRA, Luis A.; *Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina*. En: LORENZA, Leticia; Riego, Cristián y DUCE, Mauricio (Coordinadores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, Volumen 2, CEJA-JSCA, Chile, 2011, p. 13 – 126.

- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia; *La prisión preventiva en un Estado de Derecho*, Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. En: www.corteidh.or.cr [Consultado: 18 de mayo de 2017].

- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel; *Abono de la prisión provisional y tribunal constitucional: crónica del espejismo de un conflicto que era un problema de calidad*. En: Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 95, mayo-agosto 2012, p. 347-375.

- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; *La prisión preventiva en el Código Procesal Penal 2004*. En: Anuario de Derecho Penal 2011 – 2012, Ministerio Público y Proceso Penal, p. 93 – 109.

- SANGUINE, Odone; *Prisión preventiva y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch Valencia, 2003.

- SAN MARTIN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, 3º Edición, Grijley, Lima, 2014.

- SEDEILLAN, Gisela; *Las razones de la amplia procedencia de la prisión preventiva a fines del siglo XIX. Una mirada a través del análisis de la administración judicial en la provincia de Buenos Aires (1877-1906)*. En: Revista de Historia del Derecho Sección Investigaciones N° 43, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio 2012, p. 141-163.

- TALAVERA, Pablo; *Jurisprudencia Vinculante. Penal, Procesal penal y de Ejecución Penal*, Lima, Instituto Pacifico, 2016.

- URIBE BENÍTEZ, Óscar; *La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México*, Serie Amarilla, Temas Políticos y Sociales, CEDIP, México, 2009.

- VERTIZ, Claudia y EQUIPO REDEX PERÚ; *La prisión preventiva en Perú. Estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales con el nuevo código procesal penal*. En: LORENZA, Leticia; Riego, Cristián y DUCE, Mauricio (Coordinadores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, Volumen 2, CEJA-JSCA, Chile, 2011, p. 227-307.

- VINTIMILLA, Jaime y VILLACÍS, Gabriela; *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Ecuador*. En: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, DPLF, Washington, 2013, p. 116 – 183.

- VILLEGAS PAIVA, Elky A.; *La prisión preventiva en la agenda judicial para la seguridad ciudadana: entre el garantismo y la eficacia en la persecución penal*. En: Revista de Derecho y

Cambio Social, disponible en www.derechoycamniosocial.com [consultado el 10 de julio de 2017].

- ZALAMEA LEON, Diego; *Reporte del estado de la prisión preventiva en Ecuador*. En: RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio (Directores y Editores); *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluaciones y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2009, p. 267- 330.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo; *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena?. Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society. JUSTICE INITIATIVE, 2010.

ANEXOS