UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO” FACULTAD

DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS ESCUELA

PROFESIONAL DE DERECHO

AUDIENCIA DE CONTROL DE OFICIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO HERRAMIENTA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. HAYDEE ROSA MENACHO LAZARO

Asesor:

Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO

Huaraz -Ancash -Perú

2017

AGRADECIMIENTOS

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por habernos permitido hacer realidad un sueño.

DEDICATORIA

A mi familia por su apoyo y compresión en esta tarea de ser mejor.

ÍNDICE

Pág.

RESUMEN.....7

ABSTRACT.....8

INTRODUCCIÓN.....9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema 13

1.2. Formulación del problema 17

1.2.1. Problema general.....17

1.2.2. Problemas específicos.....17

1.3. Importancia del problema 18

1.4. Justificación.....18

1.5. Formulación del objetivos.....21

1.5.1. Objetivo general.....21

1.5.2. Objetivos específicos 21

1.6. Formulación de hipótesis 22

1.7. Variables 22

1.8. Metodología 22

1.8.1. Tipo y diseño de investigación 22

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....23

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....24

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información 24

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información 25

1.8.6. Validación de la hipótesis 26

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes 28

2.2. Bases teóricas 29

2.2.1. El Nuevo Sistema Procesal Penal Peruano 29

2.2.2. Prisión preventiva 51

2.3. Definición de términos 93

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Intervención del juez de garantías en la audiencia de prisión preventiva 97

3.2. Plazo razonable como plazo proporcional 102

3.3. Plazo razonable y debido proceso 103

3.4. Derecho a obtener sentencia en un plazo razonable.....106

3.5. Presupuestos de afectación al plazo razonable.....107

3.6. La audiencia de control de oficio de la prisión preventiva 108

3.7. Legislación comparada.....114

3.8. Teoría de la ponderación de derechos fundamentales.....122

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Función del juez de garantías 139

4.2. El principio acusatorio 141

4.3. Naturaleza y duración de la prisión preventiva 143

4.4. El derecho al plazo razonable y el debido proceso 145

4.5. Aplicación práctica.....147

4.6. Análisis y validación de hipótesis.....152

CONCLUSIONES.....154

RECOMENDACIONES.....157

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....159

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue determinar si el establecimiento de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses contribuiría a un mayor cumplimiento de las garantías del nuevo código procesal penal peruano; para lo cual se realizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, cuyo diseño fue no experimental, desarrollado en el ámbito de la jurisdicción nacional, careciendo de delimitación temporal y espacial el problema por el tipo de investigación realizada. La muestra estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección datos las fichas y ficha de análisis de contenido. Entre los método empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica.

La investigación ha demostrado que el establecimiento de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses constituye una herramienta valiosa a fin de lograr un fortalecimiento adecuado de las garantías reconocidas en nuestro nuevo código procesal penal peruano, así pues su correcta incorporación en la legislación peruana y una debida implementación en nuestros juzgados de investigación preparatoria coadyuvaría a una mayor protección de los derechos al plazo razonable, al debido proceso, y a una correcta restricción al derecho a la libertad en cumplimiento de los presupuestos que ameritan prisión preventiva en etapa de investigación.

Palabras claves: Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia, Garantías, Juez, Proceso penal.

ABSTRACT

The objective of the investigation was to determine if the establishment of a hearing of ex officio control of pretrial detention every three months would contribute to a greater fulfillment of the guarantees of the new Peruvian criminal procedural code; For which a qualitative, transversal, explanatory study was carried out, whose design was non - experimental, developed within the scope of the national jurisdiction, lacking a temporal and spatial delimitation of the problem by the type of research carried out. The sample was constituted by the analysis of the doctrine, jurisprudence and normativity. The signing and content analysis were used as techniques, using as data collection instruments the records and content analysis sheet. Among the methods used we have the exegetical, hermeneutic, legal argumentation.

The investigation has shown that the establishment of an ex officio pre-trial supervision hearing is a valuable tool in order to achieve an adequate strengthening of the guarantees recognized in our new Peruvian criminal procedure code, Peruvian legislation and a proper implementation in our preparatory investigation courts would contribute to a greater protection of rights to reasonable time, due process, and a correct restriction of the right to freedom in compliance with the budgets that merit preventive detention at the stage of investigation.

Keywords: Prison Preventive, Presumption of Innocence, Guarantees, Judge, Criminal procedure.

INTRODUCCIÓN

El Artículo 2 inciso 24 parágrafo “b” de la Constitución Política del Estado señala que no se permite ningún tipo de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley; por lo tanto la ley fundamental reconoce la libertad personal como un derecho fundamental, pero al mismo tiempo consagra su carácter relativo, a legitimizar su afectación por causales previstas en el marco estricto de la legalidad, una de estas restricciones es la prisión preventiva, que es esencialmente una medida cautelar de naturaleza personal, pues, recae directamente sobre la libertad del sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal, cuya incidencia jurídica pretende garantizar la condena del presunto culpable.

La reforma procesal penal ha traído como uno de sus avances la implementación de audiencias previas al juicio oral, las que se desenvuelven bajo las reglas de la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. Este es el mejor método de tomar decisiones en base a información de calidad entregado por las partes. La prisión preventiva es una medida de coerción procesal valida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos (formales y materiales), que debe tomar en cuenta el Juzgador al momento de decidir la medida, que se encuentran taxativamente previstos en las normas que modulan su aplicación.

En las últimas dos décadas, la mayoría de los países de América Latina promovieron una serie de procesos de reforma en sus sistemas procesales penales, los cuales avanzaron sobre la necesidad de modernizar la persecución penal a partir del reemplazo de los caducos modelos inquisitivos por moldes adversariales.

Esto implicó la necesidad de realizar significativas transformaciones en los códigos procesales y en las leyes orgánicas, en atención a que los nuevos sistemas de enjuiciamiento tuvieron entre sus objetivos la separación entre las funciones jurisdiccionales y requirentes, el fortalecimiento de la oralidad en todas las instancias del proceso, la introducción de valores republicanos para la toma de decisiones, la sustitución del expediente por el legajo de prueba y la instauración del Ministerio Público Fiscal como el actor protagónico en la determinación de la política criminal, entre otros cambios estructurales.

Precisamente, éstos cambios abarcaron también al régimen de las medidas cautelares personales, implicando la necesidad de encarar la ejecución de una progresiva racionalización en el uso de la prisión preventiva, a fin de abandonar la idea que la consideraba como la regla general o una consecuencia automática del proceso. No obstante, ésta idea inicial que formaba parte del programa reformista aún no se ha cumplido, puesto que los países que implementaron medidas diferentes a la prisión preventiva han pecado de no acompañarlas de estructuras de control y se han experimentado altas tasas de presos preventivos por sobre el número de personas condenadas.

Con este marco, el material que aquí se presenta pretende analizar inicialmente la lógica subyacente en la regulación del encarcelamiento preventivo en la justicia penal nacional, a fin de evaluar su compatibilidad con los principios constitucionales que rigen en la materia.

Es indudable que dentro de un proceso penal acusatorio surge con mayor fuerza la tensión entre eficacia en la persecución penal y como contrapartida

garantía de los derechos esenciales del imputado. Esta tensión se ve reflejada con mayor fuerza cuando se trata de medidas cautelares que puedan afectar a la persona e incluso en algunos casos a los bienes del imputado.

Ciertamente que todo proceso tiene esa indudable vocación de eficacia y de garantía y su finalidad además no estriba únicamente en la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el conflicto jurídicamente trascendente en lo penal, sino que además permita que dicho pronunciamiento se cumpla efectivamente. De esta forma surge entonces como respuesta sustantiva a los temores de una tardanza en la resolución del conflicto, el concepto de medida cautelar como sistema de protección entendiendo la función jurisdiccional que no se agota en juzgar sino que además es preciso ejecutar lo juzgado.

La imposición de la prisión preventiva, como medida cautelar previa al juicio en el cual el procesado será condenado o absuelto, es un espacio importante para el ejercicio de la independencia judicial. Tanto el fiscal, que solicita o no la medida, como el juez que la dispone o no una vez formulada la solicitud, deben evaluar la condición del procesado y el grado en el cual se cumplen o no los supuestos o requisitos que la legislación dispone para aplicar la prisión preventiva.

En suma, dentro de la investigación se sostiene que el establecimiento de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses constituye una herramienta valiosa a fin de lograr un fortalecimiento adecuado de las garantías reconocidas en nuestro nuevo código procesal penal peruano, así pues su correcta incorporación en la legislación peruana y una debida implementación en nuestros juzgados de investigación preparatoria coadyuvaría a una mayor protección de los

derechos al plazo razonable, al debido proceso, y a una correcta restricción al derecho a la libertad en cumplimiento de los presupuestos que ameritan prisión preventiva en etapa de investigación.

En ese sentido, el presente trabajo busca ser explicado en ese contexto, para lo cual se ha estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del Fichaje y análisis de contenido se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación, para lo cual se tomó las principales teorías jurídicas para explicar el problema planteado. El Capítulo III, está referido al trabajo de campo de la investigación, en la cual se procedió al recojo de información vinculante a nuestro tema y en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la discusión y validación de Hipótesis, el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados y luego se procedió de determinar la validez de las hipótesis planteadas. Así como las respectivas conclusiones y recomendaciones.

La titulando.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

Con la incorporación del Nuevo Código Procesal Penal, vigente en nuestro distrito judicial a partir del 01 de abril del año 2007, nuestro país se sumó al grupo mayoritario de países en el mundo, que cuentan con códigos procesales penales modernos con principios basados en el modelo acusatorio adversarial, entre los países más destacados de América podemos citar a Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Ecuador, entre otros, los cuales han reformado su proceso penal basado en la urgente necesidad de adecuar su legislación a los estándares mínimos que establecen los tratados internaciones de Derechos Humanos y en la Constitución propia de cada país, instrumentos en los cuales se reconocen mayores garantías para el procesado, para las víctimas y la sociedad en general.

Así pues, la reforma del sistema procesal en nuestro país se constituye como uno de los principales avances dentro del sistema de justicia peruano, en tal sentido, la aplicación progresiva que tiene en los diversos distritos de nuestro país, demuestra que los principios de oralidad, contradicción, publicidad e inmediación se constituyen como parámetros indispensables para una mejor administración de justicia y una protección y cumplimiento de las garantías procesales reconocidas tanto en el Código Procesal Penal como en nuestra Constitución Política. Estos principios responden a un modelo procesal penal adversarial, contrario al modelo

mixto inquisitivo que a la fecha aún rige en determinados distritos del país y que en definitiva se ha logrado establecer como el modelo procesal que responde de mejor manera a la protección y cumplimiento de las garantías procesales y por ende Constitucionales.

Dentro de este contexto de evolución de sistemas procesales y reforma procesal, las medidas coercitivas de carácter personal también han sido objeto de cambios significativos en torno a su aplicación como a la noción misma que se tenía, tal es el caso por ejemplo, de la procedencia o no de la prisión preventiva en el modelo inquisitivo; en la actualidad, bajo la luz del modelo acusatorio adversarial, el concepto de prisión preventiva radica en esencia por su carácter excepcional y bajo el estricto cumplimiento de requisitos procesales determinados por la norma procesal, los mismos que deben ser corroborados y debatidos en audiencia pública

Sin embargo, debe precisarse que las mayores dificultades para el adecuado desarrollo del proceso de reforma en nuestro país lo constituyen prácticas procesales que contradicen los principios del nuevo modelo, normas legales que mantienen rezagos del modelo inquisito o mixto o normas legales que no procuran un correcto desarrollo del modelo procesal, e inclusive la existencia de pronunciamientos jurisdiccionales contrarios a tales principios; como consecuencia de ello, existen determinados casos en los cuales las decisiones jurisdiccionales o la actuación de los sujetos procesales no se adecúa a los principios del nuevo modelo procesal penal y al respeto de las garantías reconocidas en el nuevo modelo procesal como en nuestra Constitución.

Así pues, en el caso de la prisión preventiva, nuestra legislación nacional y algunas extranjeras, como es el caso de República Dominicana, Honduras o Ecuador, establecen un plazo límite máximo de duración para dicha medida de coerción personal, plazo que debe obedecer estrictamente a los fines de sometimiento al proceso y aseguramiento de la prueba que tiene dicha medida de coerción personal; dichos plazos en definitiva resultan ser realidad simbólicos pues deben adecuarse a características específicas del caso concreto, quedando establecido para el caso peruano que el plazo de otorgamiento de la prisión puede no ser el máximo, sino reducirse de acuerdo al criterio jurisdiccional.

Esta reducción en el otorgamiento del plazo máximo responde a una necesidad de protección al plazo razonable y al debido proceso, ello en tanto el plazo de prisión preventiva no puede ser otorgado en base a límites abstractos, por el contrario debe asimilarse a características propias que otorguen un plazo adecuado conforme a las características del delito investigado que respeten los parámetros otorgados por la ley.

Sin embargo, muchas veces la actividad fiscal acude a solicitudes de prolongación de prisión preventiva atendiendo a razones estrictas de excesiva carga procesal, descuido o vacíos de actividad en determinados periodos de la prisión preventiva, hecho que de manera complementaria a la fijación de límites normativos temporales, exige que diversas legislaciones que van acorde a este nuevo modelo de justicia procesal, hayan establecido sistemas de control automático cada cierto periodo de tiempo a efecto de brindar una respuesta efectiva a este problema procesal y forzar al órgano jurisdiccional a ser el actor principal de

una permanente revisión de oficio en la ejecución de dicha medida afianzado más aún la característica de juez de garantías, tal es el caso por ejemplo de Chile, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, legislaciones que a excepción de Chile, regulan un control automático de la prisión preventiva cada tres meses, en las cuales no sólo se controla el plazo de la prisión, sino también se revisa de oficio la existencia de los presupuestos que la originaron.

En ese orden de ideas, y extendiendo los argumentos planteados a la realidad procesal peruana, teniendo como base el Distrito Judicial de Ancash, se aprecia una sobrecarga evidente en el trabajo fiscal, hecho que ocasiona que el Ministerio Público afronte escasez de personal y herramientas necesarias que permitan que el trabajo fiscal sea más eficiente en tiempo y calidad, apreciamos por un lado que debido a la sobrecarga procesal se tiende a desarrollar un criterio fiscal que responde al control de plazo en la investigación, es el plazo vencido el que muchas veces estimula la actividad fiscal, lo que ocasiona un descuido en aquellas investigaciones que por el contrario muestran un plazo en positivo.

Por esta característica se tiende a priorizar lo urgente, lo inaplazable, colocando en segundo plano aquellas actividades, pronunciamientos o diligencias que el fiscal por su experiencia o por la practica procesal pueda prorrogar con bases legales que en el fondo pueden llegar a vulnerar fehacientemente el plazo razonable de los procesos seguidos con reos en cárcel.

Este erróneo criterio condiciona a que la actividad fiscal, amparada en una innecesaria complejidad o en actos de investigación pendientes, que en su mayoría de veces fueron iniciados o impulsados en etapas avanzadas del plazo de prisión,

encuentre fundamentos inadecuados para solicitar prórrogas del plazo de prisión preventiva en una naturaleza diferente a la reconocida por la norma procesal, pero que se afianza muy en el fondo en un descuido de la actividad fiscal aparentemente innecesaria que no es objeto de ningún tipo de control básico o de oficio por la norma procesal, hecho que genera la urgente necesidad de procurar un espacio dentro del proceso.

Para el caso concreto dentro del periodo de prisión preventiva, para controlar adecuadamente el correcto ejercicio de la actividad fiscal y el respeto al plazo que otorgado en la audiencia respectiva, hecho que debe deslindarse en todo momento de la facultad de investigación reconocida al fiscal, a lo cual debe sumarse también los casos particulares en los que se puede mantener una prisión preventiva pese a que no concurren ya los presupuestos necesarios para su continuación.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿A través del establecimiento de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses se logrará un mayor cumplimiento de las garantías del Nuevo Código Procesal Penal Peruano?

1.2.2. Problemas específicos

a) ¿Cuál es la importancia del cumplimiento de los principios y garantías que rigen el Modelo Acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal vigente en nuestro Distrito Judicial?

b) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la institución de la prisión preventiva de conformidad a los lineamientos del Nuevo Código Procesal Penal.

c) ¿Cuál son las ventajas y desventajas del establecimiento de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal penal, desde el punto de vista constitucional y práctico?

1.3. Importancia del problema

A lo largo de la presente investigación se sostuvo que el establecimiento de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses constituye una herramienta valiosa a fin de lograr un fortalecimiento adecuado de las garantías reconocidas en nuestro nuevo código procesal penal peruano, así pues su correcta incorporación en la legislación peruana y una debida implementación en nuestros juzgados de investigación preparatoria coadyuvaría a una mayor protección de los derechos al plazo razonable, al debido proceso, y a una correcta restricción al derecho a la libertad en cumplimiento de los presupuestos que ameritan prisión preventiva en etapa de investigación.

1.4. Justificación

Resulta evidente que el sistema procesal penal basado en audiencias se constituye como un modelo procesal que refleja en mejor manera un efectivo cumplimiento de las garantías y derechos constitucionales que tienen las partes dentro del proceso, así pues en el caso de la audiencia de prisión preventiva, las

partes basándose en el principio contradictorio pueden tener a bien no sólo defender sus argumentos para la procedencia o no de dicha medida y cuestionar de manera sólida y fundamentada la existencia o no de los presupuestos procesales contenidos en el artículo 268° del código procesal penal; en este sentido, dicho principio procesal debe encontrarse presente en todas las etapas del proceso, inclusive dentro de la investigación preparatoria, así pues, partiendo de la estructura actual del modelo procesal, las solicitudes de medidas coercitivas personales, como es el caso de la prisión preventiva, se resuelven de manera previa a la realización de una audiencia, hecho que coadyuva al juez a tener elementos sólidos previos a una decisión jurisdiccional sobre los requisitos legales exigidos por ley para su otorgamiento.

La Presente investigación se justifica en tanto permitió abarcar uno de los problemas jurídicos actuales suscitados de manera posterior al otorgamiento de la prisión preventiva y al plazo que el juez de investigación preparatoria establece en dicha audiencia; nos permitirá establecer fundamentos necesarios a fin de determinar si el establecimiento de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses, ocasiona una mejora en el cumplimiento y protección de las garantías procesales del nuevo sistema procesal penal y por ende constitucional.

Esto es, ejercer un mecanismo de control dentro del plazo de prisión preventiva a efecto de procurar un mejor desempeño fiscal y un respeto al plazo oportuno que debe ser utilizado en el proceso evitando prolongaciones innecesarias o vacíos en cuanto a la realización de diligencias en dicho periodo, hechos que

finalmente procuran una afectación a los derechos y garantías reconocidos en nuestro sistema penal y procesal penal.

Debemos precisar que la presente investigación procura también pronunciarse sobre la aparente colisión que puede existir en nuestro sistema a raíz del establecimiento de esta audiencia de control, entre la facultad fiscal relacionada al principio acusatorio que condiciona el manejo de la investigación en un plazo solicitado por el representante del Ministerio Público, y por otro lado la protección también constitucional de las garantías que tiene el investigado en tanto aun cuando se encuentra en un proceso penal y no se demuestra su culpabilidad.

La presente abarca por su naturaleza la problemática referida al plazo por demás desproporcional y a veces innecesario que puede otorgársele en suma a la prisión preventiva en razón de las características del caso concreto y la realización de determinadas diligencias o actos de investigación de parte del Ministerio Público; al no existir un control periódico se tiende a solicitar la prórroga de la prisión por actos de investigación que no fueron realizados oportunamente con todas las garantías de ley para el imputado, se entiende entonces la necesidad de analizar si dicha institución jurídica podría contribuir a atacar los rezagos de un modelo mixto inquisitivo que no entiende la esencia de la prisión preventiva y genera malas prácticas procesales que contradice a los principios y garantías del nuevo modelo procesal penal.

Finalmente, esta investigación no solo muestra su utilidad dentro del ámbito de un estudio procesal en la labor de los jueces, fiscales y defensores, quienes interactúan en el sistema de justicia, sino también ofrece una propuesta procesal

dirigida a mejorar nuestro sistema de administración de justicia. En este sentido, la presente investigación responderá a la necesidad de delimitación de la investigación, el rol fiscal y el respeto al plazo razonable, buscando coadyuvar a la discusión de un problema trascendente para el Derecho Procesal Penal que se nutre y fundamenta en instituciones procesales cuyos trámites deben ir siempre acorde a los principios del nuevo Código Procesal Penal.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar si el establecimiento de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses contribuiría a un mayor cumplimiento de las garantías del Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

a) Destacar la importancia del cumplimiento de los principios y garantías que rigen el Modelo Acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal vigente en nuestro Distrito Judicial.
b) Analizar la naturaleza jurídica de institución de la prisión preventiva de conformidad a los lineamientos del Nuevo Código Procesal Penal.
c) Determinar las ventajas y desventajas del establecimiento de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva en el nuevo

modelo procesal penal, desde el punto de vista constitucional y práctico.

1.6. Formulación de hipótesis

El establecimiento de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses constituye una herramienta valiosa a fin de lograr un fortalecimiento adecuado de las garantías reconocidas en nuestro nuevo código procesal penal peruano, así pues su correcta incorporación en la legislación peruana y una debida implementación en nuestros juzgados de investigación preparatoria coadyuvaría a una mayor protección de los derechos al plazo razonable, al debido proceso, y a una correcta restricción al derecho a la libertad en cumplimiento de los presupuestos que ameritan prisión preventiva en etapa de investigación.

1.7. Variables

1.7.1. V. Independiente: Prisión preventiva

1.7.2. V. Dependiente: Garantías en el Nuevo Código Procesal Penal

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

a. **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación jurídica dogmática teórica, cuya finalidad es profundizar y ampliar los conocimientos que presenta el problema del establecimiento de una

audiencia de control de oficio de la prisión preventiva y las garantías del Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

b. **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada **No Experimental**, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no poseerá grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

- **Diseño General:** Se empleó el diseño **transversal,** toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, estuvo delimitado para el año 2016.
- **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo**, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas sobre el establecimiento de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva y las garantías del Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

1.8.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito nacional y local.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática y la jurisprudencia constitucional y procesal penal.
- **Universo temporal:** El periodo de estudio corresponde al año 2016.

1.8.2.2. Muestra

- **Tipo**: No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia.
- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- **Ficha de análisis de contenido.-** Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones.
- **Documentales.-** Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina penal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- **Electrónicos.-** La información que se recabarse de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.
- **Fichas de Información Jurídica.-** Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearan las siguientes:

Para la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de la fichas bibliografías, literales, resumen y comentario.

Para la jurisprudencia se empleará la ficha de análisis de contenido, los que nos permitieron recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para la obtención de datos de la presente investigación se realizó a través del método cualitativo lo que permitió recoger información para su valoración y análisis sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados del problema.

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la fichas y ficha de análisis de contenido, los que nos permitió recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada. Mientras que para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**[1]**,** toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones

[1] BRIONES, Guillermo. *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas, 1986, p. 43.

cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo.

Donde un dato cualitativo es definido como un "no cuantitativo", es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística[2].

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos fue mediante la **argumentación jurídica**[3]. La argumentación jurídica es la forma organizada de

[2] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, p. 74.
[3] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.

demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (…) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (…)”[4].

[4] RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley, 2011, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática planteada.

A nivel nacional se ha encontrado: AGUACONDO CERDAN, Deny Ruby (2012): titulado: "Los mandatos de prisión preventiva dictados en los delitos de robo agravado y la debida aplicación de esta medida de coerción procesal", tesis para optar el grado de Magister en Derecho Penal, Procesal Penal y Litigación Oral en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Tumbes, donde la autora plantea que: Los mandatos de prisión preventiva dictados en los delitos de robo agravado no están cumpliendo los estándares de motivación y en consecuencia no existe una debida aplicación de esta medida de coerción procesal, lo que no está permitiendo la disminución del delito de robo agravado.

A nivel mundial, se ha encontrado: SZCZARANSKI VARGAS, Federico (2010), titulado: "La prisión preventiva como manifestación del derecho penal del enemigo" Memoria para optar la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde el autor plantea que: la prisión preventiva desde una perspectiva técnica, y en particular, nos dedicaremos a estudiar la que hemos identificado como la segunda idea a que debe apuntar el

debate técnico. Entendemos que la importancia de esto radica en que la pregunta sobre una institución particular del derecho supone una comprensión "mínimamente ilustrada" respecto de los fundamentos y características de ésta en su conjunto. Así, al modificar una institución persiguiendo sólo un resultado particular, sin considerar la racionalidad integral de la misma, se obliga a reinterpretarla en su totalidad y se corre el riesgo de que la modificación pueda resultar inútil.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El nuevo sistema procesal penal peruano

2.2.1.1. El nuevo modelo procesal propuesto

Con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, se necesitaba que éste fuera capaz de generar un nuevo modelo en la impartición de justicia penal en nuestro país, siendo imprescindible para ello adoptar la oralidad, la contradicción, la igualdad de armas, la imparcialidad, la inmediación y la racionalidad de las medidas coercitivas, como medios orientados a lograr que el enfrentamiento natural que tiene lugar en el proceso penal sea justo y equilibrado[5]; así mismo, estos serían tomados como estándares básicos del nuevo proceso penal, fue entonces que se inició un complejo proceso de capacitación y formación de los nuevos actores del sistema penal, instruyéndolos en el conocimiento y aplicación de este nuevo modelo acusatorio.

[5] TABOADA PILCO, Giammpol. "El proceso de terminación anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a su aplicación en el Distrito Judicial La Liberad". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo II, Agosto, Lima, 2009, p. 23.

Era necesario, limitar los estímulos para no volver a modelos de actuaciones inquisitivas o malas prácticas procesales, a las cuales los actores estaban más acostumbrados. La relevancia de este modelo radica en la plena realización de los fines constitucionales del proceso penal, asociados al respeto y realización de los derechos fundamentales, en tanto considera al órgano jurisdiccional (en su función de decidir, reservada exclusivamente al Juez), como un ente imparcial no involucrado en la actividad persecutoria del delito que se traslada íntegramente a manos del Ministerio Publico con la participación de la Policía Nacional, aspectos que en conjunto permiten reducir en sobremanera los tiempos del proceso penal.

Se destaca una manifiesta distribución de roles comprometidos con la administración de justicia penal sin renunciar a un sistema de garantías, lo cual pretende un modelo a la vez eficaz con justicia oportuna y efectiva, debiendo resaltarse que la base ideológica más importante de la Reforma Peruana se ubica en el potenciamiento de la dignidad de la persona humana concretada en la legislación internacional, dignidad que resulta cada vez más incompatible con los rezagos del sistema inquisitivo y con las condiciones lamentables de la vida en prisión.

Este sistema procesal de corte adversarial evidencia la confrontación en audiencia de dos argumentos principales (de cargo y descargo) representados por dos partes en igualdad de armas. Sin embargo, esta confrontación no está abandonada a la primacía bruta de la fuerza de alguno de los dos, sino a la prevalencia de la razón que, va a ser dirigida y decidida por un tercero investido con autoridad por el Estado.

Este nuevo modelo de justicia reemplaza el actual sistema procesal de tipo inquisitivo, caracterizado por ser excesivamente escrito, reservado y formalista, modelo que deviene en obsoleto, por un sistema de tipo acusatorio garantista, que privilegia principios de oralidad y publicidad de las audiencias. Siendo el objetivo de toda reforma procesal el aumento de la eficacia del proceso y la reducción del tiempo del proceso, ambos aspectos íntimamente ligados, la eficacia de la pena, en el pensamiento penal moderno, depende básicamente de la celeridad de su aplicación[6].

Así entre los principales efectos que trae el modelo, es la figura de un Fiscal que dirige la investigación (y controla la labor policial) y que es el encargado de realizar los actos destinados a la preparación del Juicio. Se crea, también, un Juez de Garantías, encargado de tutelar los derechos del imputado durante la investigación y quien debe autorizar cualquier limitación de derechos fundamentales que exija el desarrollo de la misma (medidas cautelares, búsqueda y restricción de derechos).

En el plano de la investigación preparatoria, el efecto central radica en que la Investigación Fiscal no debe tener mayores ribetes de formalización "sacramental", debe *ser* **dinámica y flexible** y organizarse según las características del delito y la complejidad de las actuaciones que demande su esclarecimiento inmediato desde que entro en vigencia el NCPP en el Distrito Judicial de Ancash, se ha logrado importantes avances en materia de justicia penal, consolidándose la audiencia como

[6] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La Reforma del Sistema de Recursos en el Proceso Penal. Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal", 2008. Disponible en sitio web: http://vlex.com/vid/reforma-sistema-recursos-proceso-penal-468436. Consultado 10 de setiembre de 2015.

el principal valor de toda la organización judicial y de todo el sistema, pues tanto jueces como personal administrativo, trabajan en función a la gestión de audiencias; también los abogados ya han asumido la idea que las pruebas y argumentos se presentan en la audiencia de forma pública y las resoluciones orales dictadas en la audiencia, se hace con presencia de las partes, lo que permite que ellas conozcan de forma directa y entiendan a través de un lenguaje sencillo, la decisión judicial y sus argumentos a diferencia de las decisiones escritas, que siguen manteniendo la práctica antigua de utilizar un lenguaje ininteligible para los directamente interesados en el proceso y para el público mismo. Siendo el principio de oralidad que propugna el nuevo modelo procesal penal la garantía esencial que fortalece el respeto adecuado a los principios y derechos básicos, tales como: derecho a la defensa, sistema de audiencias, inmediación, publicidad, contradicción, etc.

El Nuevo Código se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona y busca establecer un equilibrio entre estos derechos y las facultades de persecución y sanción penal del estado a través de sus órganos competentes, ello se fundamenta en el principio de limitación del poder que tiene y debe a un Estado Democrático de Derecho, cuyo límite son los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que son incorporados al derecho interno[7].

La estructura del nuevo proceso se edifica sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son la separación de funciones de investigación y juzgamiento y la libertad del imputado es la regla durante todo el

[7] NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 2010, p.13.

proceso. De esta manera, la investigación penal estará a cargo del fiscal y la decisoria a cargo del juez. Es por ello que, el artículo IV.3 del Título Preliminar del NCPP señala que los actos que practican el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional[8].

ORÉ GUARDIA, menciona algunas las características de este sistema[9]:

- La acción penal. El representante del Ministerio Público viene a ser el titular del ejercicio de la acción penal pública, y en tal virtud actuará de oficio, a instancia de parte, por acción popular o por noticia policial, bajo responsabilidad, salvo excepción prevista por la ley; es decir, que los delitos seguidos por acción privada, sólo compete al agraviado, el ofendido o su representante legal.
- En cuanto al imputado, tiene todo el derecho a que se le presuma inocente, además puede hacer valer por sí, o a través de su abogado defensor los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso.

2.2.1.2. Principios del nuevo código procesal penal

2.2.1.2.1. Oralidad

Este principio reconocido en diversos instrumentos internacionales (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre

[8] TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2004, p. 13.
[9] ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. T. I. Lima: Editorial Reforma, 2011, p. 187.

Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), es considerado como el facilitador por excelencia de la esencia básica de la justicia, garantista de los derechos de las partes involucradas en el proceso reconocidos a nivel constitucional. Su importancia radica en el aspecto escénico como en su contenido intrínsecamente contradictorio, debiendo encontrándose presente en todas las etapas del proceso, debiendo resaltarse su relevancia en determinadas incidencias previas resueltas en audiencia bajo las reglas de este principio.

Actualmente, en aquellos sistemas procesales de corte acusatorio, constituye uno de sus pilares fundamentales, en etapas previas a esta, mediante un sistema de audiencias que permite concretar el uso del lenguaje fónico o hablado por parte de sujetos procesales, así como "la recepción oral de declaraciones de partes o testigos"[10]. En este sentido, Ore Guardia, manifiesta que el Código Procesal convierte al principio de oralidad en uno de sus elementos estructurales, dado que, ha establecido un sistema de audiencias a lo largo del proceso –abarcando, incluso, etapas previas al juicio, como la denominada etapa preliminar, en el que se privilegia: el uso de la palabra hablada como medio de expresión de los sujetos procesales y la oralización de los medios de prueba[11].

2.2.1.2.2. Inmediación

Reconocido como consecuencia del principio de oralidad resulta de un contacto directo del magistrado con el acusado y los demás sujetos procesales. La

[10] Ibídem.
[11] Ibíd., p. 198.

actividad probatoria transcurre en presencia del juez encargado de pronunciar resolución respectiva.

A partir de la inmediación el juez esta posibilitado de entrar en contacto con los actos de prueba, mediante la percepción y uso de sus sentidos a fin de poder captar en esencia la certeza de los argumentos que se exponen en el debate en las diversas etapas del proceso, en dicho contexto la inmediación tiene enlace directo con el principio de identidad personal, que exige que los magistrados que resuelvan finalmente sean los mismos que abrieron el juzgamiento o el desarrollo del debate de lo solicitado por las partes.

MIXAN MASS[12] señala que durante la audiencia, la relación interpersonal ha de ocurrir necesariamente en la modalidad audio et visus, de "cara a cara", "frente a frente", entre los sujetos procesales y demás participantes en el juicio oral, señalando también que el juzgamiento debe ser realizado por el mismo tribunal desde el comienzo hasta el final.

2.2.1.2.3. Publicidad

Surge como principio de garantía fundamental básica dentro de la administración de justicia sujeta a valores que inspiran la definición de Estado de Derecho, de estricto respeto a los derechos fundamentales de las personas ante una pretensión arbitraria del Estado y como una nueva cultura sostenida en la transparencia de la actuación pública mediante un control ciudadano directo del desempeño de las partes procesales así como del desempeño jurisdiccional.

[12] MIXAN MASS, Florencio. *Juicio Oral*. 6ta. Ed. Trujillo: Editora BCL, 2003, p. 29.

Este principio permite la participación de la ciudadanía observando la manera en la cual los jueces cumplen su función, poniendo de manifiesto y censurando los excesos y la impunidad. Así, no sólo las partes dentro sino también los ciudadanos en general pueden apreciar si los funcionarios judiciales desarrollan su actividad de conformidad con las normas procesales y las garantías constitucionales.

Desde un aspecto constitucional, la publicidad del proceso penal se encuentra garantizada en el inciso 4 del artículo 139° de la Constitución Política y dentro del Nuevo Código Procesal Penal, en el inciso 2 del artículo I del Título Preliminar y el art. 357º que señala: "Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio…", por su lado, señala que este principio es una forma de auto legitimación de las decisiones de los órganos que administran justicia, consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y en consecuencia de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma.

2.2.1.2.4. Contradicción

Reconocido en el Título Preliminar y en el artículo 356° del CPP. Consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto. Se concreta poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos; así el acusado podrá contraponer argumentos técnico-jurídicos a los que exponga el acusador. Este principio exige, que toda la prueba sea sometida a un severo análisis de tal manera que la información que se obtenga de ella sea de calidad a fin de que el Juez pueda tomar una decisión justa.

Para el jurista MONTERO AROCA el principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, partiendo de la base de que los sujetos procesales han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a ellos durante todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para confrontar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hechos y de derecho que puedan influir en la resolución judicial[13].

2.2.1.3. El sistema de audiencias

El nuevo modelo reconoce un sistema de audiencias como herramienta idónea para decidir en torno a las solicitudes presentadas por los sujetos procesales; así pues, la audiencia se constituye en palabras de Burgos Mariños[14], como: *"uno de los valores fundamentales del Modelo Acusatorio Peruano"*, señalando que *"al ser el modelo el más compatible con la Constitución, la Audiencia se convierte en un valor con jerarquía constitucional. La audiencia es el mejor escenario donde el derecho a la presunción de inocencia del imputado y sus demás derechos, se garantizan mejor. La audiencia, es el mejor escenario donde las víctimas pueden encontrar tutela. La audiencia es el mejor escenario donde se garantiza un*

[13] *Cfr*. ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 157.
[14] BURGOS MARIÑOS, Víctor. La Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la ciudad de Trujillo y sus retos. En: *Cómo prepararse para el Nuevo Proceso Penal*. Trujillo: CERJUDEL y Cooperación Técnica Alemana – GTZ, p. 55.

mejor trabajo profesional de jueces, abogados y fiscales. La audiencia es el mejor escenario donde se garantiza la transparencia de la justicia. La audiencia es el escenario que garantiza una mejor decisión judicial, más imparcial. En otras palabras, en una interpretación constitucional, sin audiencia, los derechos de defensa, de contradicción, de presunción de inocencia, de imparcialidad, etc., se restringen. Y, en un contexto de modelo procesal, no es posible que el Juez resuelva sin audiencia".

El sistema de audiencias interioriza la naturaleza jurídica que tiene la misma así como su importancia dentro del esquema del nuevo sistema como herramienta que brinda como beneficio directo una mayor dinámica en torno al trámite y solución de requerimientos o de actos de control jurisdiccional que se desarrollan y resuelven conforme a los principios del nuevo modelo. Cada audiencia queda registrada dentro de un sistema de almacenamiento que permite a las partes tener las facilidades del caso para su acceso a través de medios informáticos, resulta necesario brindarle a la audiencia el carácter y la relevancia jurídica reconocida en la norma procesal.

2.2.1.4. Sujetos procesales

Según Fenech[15] sujetos procesales vendrían a ser todos aquellos que de manera permanente o accidental, en ejercicio de una profesión o en defensa de su

[15] FENECH, Miguel. Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, T. I. Lima: Editorial Grijley, 2003, p. 227.

interés intervienen en el proceso y hacen posible la realización de la actividad jurisdiccional.

a) El juez penal

Juez es la persona a quien se le confiere autoridad para emitir un juicio fundado, resolver alguna duda o decidir una cuestión. En sentido estrictamente jurídico, Juez es el órgano instituido por el Estado con la potestad para conocer y sentenciar un litigio o conflicto de intereses sometido a su decisión. El juez penal es el órgano jurisdiccional que tiene la potestad de administrar justicia en asuntos penales, aplicar la Ley a los hechos calificados como delitos o faltas.

Dentro del nuevo modelo el Juez de Investigación Preparatoria tiene un concepto diferente, asumiendo entre otras funciones el control de garantías de los Derechos Fundamentales de los sujetos procesales. Efectivamente, se le encomienda el Control de la Investigación realizada por el Fiscal, en tanto se cumplan con los plazos y el tratamiento digno y adecuado a las normas procesales.

Con respecto al Juez podemos decir que este es el único titular del *iuspunendi*, siendo ellos que la norma reza que nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la ley (artículo V, inc. 2 del Título Preliminar del NCPP), siempre de cara a la aplicación de las leyes, pero esencialmente al respeto de los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Perú y Pactos o Tratados Internacionales; he ahí el fundamento de su vital importancia en el proceso penal.

a.1) Poder discrecional del juez

La discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable, opuesta a un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho[16]. Los jueces gozan de un margen discrecional para tomar sus decisiones, pero esa discrecionalidad o potestad de elegir una entre varias alternativas, o de decidir en base a la única solución legítima al conflicto, no debe ser ejercida de manera arbitraria.

La razonabilidad es el criterio límite de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad, y como la motivación es el vehículo por el cual el juez manifiesta la razonabilidad de su decisión, ella debe reflejar su raciocinio y la justificación del resultado. El juez debe decidir dentro de los límites en los que puede motivar; no aquello sobre lo que no puede dar razones[17].

Por lo tanto, ejercer un poder discrecional consiste en fijar los criterios necesarios y suficientes que completan el supuesto de hecho y determinan como necesaria y no facultativa la aplicación de la norma al caso concreto y, por ello, implica la expresión de estos criterios y de las razones que demuestren su razonabilidad o, lo que es lo mismo, su no arbitrariedad; es en este sentido, que el ejercicio de la discrecionalidad requiere estar motivado, pues la motivación es la única prueba de su ejercicio.

[16] LUJAN TÚPEZ, Manuel. *Diccionario penal y procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 143.
[17] Ibídem.

a.2) Poder de control como juez de garantías

El juez de la investigación preparatoria tiene, entre otras funciones, el control de los actos de investigación realizados por el Ministerio Público en quien recae la titularidad de la acción penal, dicho control no se encuentra establecido de manera cerrada, sino que se admite diversas formas de protección de los derechos del imputado que sobrepasan lo normado en el artículo 29º del Código Procesal Penal que formula una definición de los supuestos de competencia del Juez de la investigación dejando en su apartado 7 a otros supuestos que determine el Código y las demás leyes.

Al respecto, existen posiciones en contra, por un lado, la que afirma que si estamos ante un sistema acusatorio en donde prima el principio de imparcialidad y en donde el fiscal acusa y el imputado se defiende, cualquier intromisión del juez constituye un atentado contra este Modelo[18]. En el caso peruano se hace latente también la nota de garantista, en tanto durante el desarrollo de la investigación fiscal, el imputado se ve sometido a todo el aparato estatal que lo persigue para justificar una imputación concreta sobre éste, restringiendo sus derechos, y para evitar algún abuso, el Juez de Investigación Preparatoria debe hacer control de los actos procesales emitidos por el fiscal, convirtiéndose en el único garante del

[18] *Cfr*. CAMPOS CALDERÓN, Federico. "La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio". Disponible en sitio web: http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/La%20garant%C3%ADa%20de%20imparcialidad%20del%20juez%20en%20el%20proceso%20penal%20acusatorio%20-%20Federico%20Campos.pdf**.** Consultado 10 de setiembre de 2016.

respeto hacia los derechos del imputado, los cuales han de verse limitados si se ajustan a los parámetros legales establecidos[19].

La crítica a la no intervención del juez de investigación preparatoria para controlar y garantizar los derechos del imputado en el desarrollo de la actividad de investigación del fiscal parte de una aplicación errónea del principio de imparcialidad, por la que el Juez carecería de facultades para intervenir y, que sólo las adquiere cuando una de las partes así lo requiere o solicita. Ello aparentemente tendría una justificación de naturaleza práctica, pues si el Juez no conduce la investigación, no conoce de los antecedentes de la misma y, por tanto, no habría motivos, al menos conocidos para su intervención. Pero qué sucede si el Juez advierte (de oficio) en la etapa preparatoria la afectación de garantías del imputado sea por actos de investigación (de la policía o del fiscal) o por una omisión. Es imprescindible que la investigación penal deba estar premunida de una serie de garantías para los justiciables, a fin de que el poder de coacción del Estado no desborde el plano axiológico que sujeta su actuación, resultando necesario por la tanto la intervención judicial.

En un sistema Acusatorio-Garantista esto implica poner en manos del Fiscal la conducción de la investigación del delito y el control de la actuación policial, a fin de proteger los derechos fundamentales del imputado. Pero además implica que el Juez de Investigación preparatoria sea el último garante de los derechos fundamentales del Imputado, pues el Ministerio Público, en su afán de lograr

[19] RUBIO AZABACHE, Segundo César. "¿De oficio o a pedido de parte? Ideas para una redefinición del poder de control del juez de investigación preparatoria". En: *Revista Jurídica del Perú*, Nº 104, 2009, pp. 227-231.

concretar su pretensión procesal, puede incurrir en excesos[20]. En ese sentido, Eberhard Schmidt explica que "los derechos fundamentales han sido de importancia decisiva para el restablecimiento de un derecho procesal penal y de una ley orgánica de los tribunales uniformes, desde el punto de vista político – jurídico, y tienen también que ser tenidos en cuenta en forma permanente en la aplicación y en la interpretación de los principios constitucionales"[21]. Se habla entonces de una constitucionalización del proceso penal, en tanto que interviene derechos fundamentales protegidos por la norma suprema.

Por estas razones es necesario discutir un garantismo procesal de raigambre constitucional, en tanto que se concibe al proceso penal como un sistema de garantías constitucionales que salvaguardará los derechos y libertades de todos los ciudadanos en aras a evitar situaciones de indefensión. El ciudadano está rodeado de garantías que no sólo aparecen cuando se enjuicia la conducta incurrida, sino que existe aún antes de que tal hecho o cuestionamiento se produzca. No debe olvidarse que la presunción de inocencia, de un lado, garantiza al ciudadano a ser considerado inocente, incluso desde la etapa prejurisdiccional, mientras no se demuestre lo contrario en una sentencia judicial, y de otro, obliga al juzgador a su observancia estricta relacionada con los derechos que de aquella se derivan dentro del proceso hasta la expedición de la resolución final[22].

---

[20] CORNEJO VALDIVIA, Oscar. "Implementación del Sistema Garantista en el Derecho Procesal Penal Peruano". Disponible en sitio web: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Implementacion_del_sistema_garantista_en_el_proceso_penal_.pdf. Consultado 10 de setiembre de 2016.
[21] SCHMIDT, Eberhard. Citado por SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 241.
[22] Ibídem.

Como vemos, es de suma importancia la tendencia, cada vez mayor, de incluir principios y garantías de carácter procesal en las normas constitucionales, la observancia y exigencia de las mismas a cargo de los sujetos de la relación procesal adquieren un respaldo legal mucho más amplio.

Por estas razones, el nuevo sistema procesal penal adoptado en nuestro país y que comparte muchísimo con el sistema Chileno, no puede tolerar una fiscalía a la cual se le confiera el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal y al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos. Por ello, se instituye un conjunto de actuaciones que la fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, encomendados a los jueces de garantías, quienes deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales solicitadas por la fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior[23].

Así, tenemos como buen ejemplo que demuestra la facultad del juez de investigación preparatoria para proteger los derechos del imputado que, para la protección efectiva de los derechos fundamentales del imputado, en su función de controlador de las diligencias preliminares o la investigación formal a cargo de Fiscal, puede dictar las medidas de corrección o protección que corresponde cuando

[23] ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Augusto. *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, 2da Ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006, pp. 107-108.

aprecie que los derechos del imputado no son respetados (artículo 71. 4 del Código Procesal Penal)[24].

La función del juez de investigación es "ser un verdadero garante del debido proceso, no sólo de cara a la correcta aplicación de la ley, sino esencialmente al respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución"[25].

En ese sentido, Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua de 2009, en el Tema 2, sobre Calificación de Oficio por el Juez de la Formalización de la Investigación al Advertirse en ella la afectación de garantías constitucionales, señala que "Desde la idea que el Juez de Investigación Preparatoria es un Juez de Garantías, para algunos así debiera haberse llamado pues en realidad no investiga nada sino más bien controla la investigación, asumiendo que es su obligación cautelar la vigencia de los derechos y mínimas garantías que asisten al imputado y a las demás partes, y que además no podría ser un mero espectador de los actos fiscales".

El juez de investigación tiene una acción preventiva para impedir excesos que podrían convertirse en injerencias arbitrarias sobre el imputado, por lo que

[24] Al respecto, el Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116, del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, han establecido en el Fundamento Jurídico 19, al referirse a la Tutela de Derechos que: *"En síntesis, es de afirmar que la acción de Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y la legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales."* Este extracto de jurisprudencia no hace más que fundamentar el modelo garantista y el consecuente rol que cumple el Juez de Investigación Preparatoria como Juez de Garantías.

[25] TALAVERA ELGUERA, Pablo. "Estudio introductorio sobre el nuevo proceso penal peruano". En: *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2005, p. 18.

aprovechando su condición de imparcialidad genera una actuación de control para evitar algún desborde institucional del Ministerio Público, extensión que puede a raíz de la presente investigación hacerse extensiva al desarrollo de la prisión preventiva.

b) El Ministerio Público y el principio acusatorio

Según su Ley Orgánica[26] El Ministerio Público es el organismo autónomo que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

A decir de Mauricio Duce "en dicho modelo es indispensable contar con un Ministerio Público fuerte y protagonista, responsable de llevar adelante los delitos, acusar a los presuntos autores y ejercer facultades discrecionales relevantes…"[27].

Como anota Pablo Talavera[28] "lo novedoso del nuevo modelo procesal penal no es la atribución al Ministerio Público de la titularidad del ejercicio de la acción penal, sino fundamentalmente la de director de la Investigación Preparatoria desde

[26] Ley Orgánica del Ministerio Publico. Decreto Legislativo Nº 052, promulgado el 16 de marzo de 1981 y publicado el 18 de marzo de 1981.
[27] TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios…* Ob. Cit., p. 22.
[28] Ibídem.

su inicio (art. 322, 1); titular de la carga de la prueba (art. IV.1 Título Preliminar) y su papel de fuerte garantía y de control de la legalidad de las actuaciones de la policía (art. 68.2).

En nuestro ordenamiento, es un organismo de relevancia constitucional, no tanto porque esté prevista expresamente en la constitución, sino por los roles constitucionales a los que está llamado a desempeñar. En efecto, según la Constitución Política (Art. 159°) el Ministerio Público cumple las siguientes funciones: 1) Promover de oficio o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos que el derecho tutela; 2) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; 3) representar en los procesos judiciales a la sociedad; 4) conducir desde su inicio la investigación del delito, para lo cual la Policía Nacional está obligada a prestar colaboración de los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; 5) ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; 6) emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos previstos por la ley; y 7) las funciones del Ministerio Público no solo se limitan al ámbito procesal penal, sino que también cumple funciones constitucionales.

El principio acusatorio consiste por ende en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con los fundamentos razonados y basados en las fuentes de pruebas válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante la acusación. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento.

Para Mixan Mass, “La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio[29].

Según Alberto Bovino, el principio acusatorio “es un principio estructural del derecho positivo, de alcance formal en los supuestos de persecución penal pública, este principio tiene como finalidad principal realizar la garantía de la imparcialidad del tribunal, esto es la actuación objetiva del tribunal, limitada a las tareas decisorias que no se comprometen con la hipótesis persecutoria”[30].

El Tribunal Constitucional[31] ratifica de conformidad con la Constitución Política, al Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal: “Que la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) Que no puede existir juicio sin acusación debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulara acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a apersona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”[32].

[29] MIXAN MASS, Florencio. Ob. Cit., p. 29.
[30] Bovino, Alberto; Citado por CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2009, p. 39.
[31] STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC.
[32] STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC.

c) El imputado

El Derecho Procesal Penal es un sismógrafo de la Constitución de un Estado. Esto rige, sin duda, en lo que se refiere a la posición jurídica del inculpado. Teniendo en cuenta, que, en mayor o menor medida, el inculpado debe ser respetado como un sujeto poseedor de determinados derechos y no sólo tratado como objeto pasivo del procedimiento, se puede deducir informaciones importantes sobre la idea del Estado que respalda un determinado procedimiento[33].

Según Alberto Binder, el ser imputado es una situación procesal de una persona, situación que le otorga una serie de facultades y derechos, y que en modo alguno puede ser automáticamente equivalente a ser el autor de un cierto delito. Puesto que una persona absolutamente inocente puede ser imputada, no se puede "hacer" de todo imputado un culpable, porque para decidir esto existen el proceso y el juicio[34]. El doctor César San Martin[35] manifiesta que el solo hecho de atribuirse a una persona, en cualquiera de sus formas, la presunta comisión de un delito, en calidad de autor o de participe, lo legitima pasivamente en el proceso, lo convierte en parte reconociéndole su derechos constitucional de defensa.

Cabe resalta además que nuestra Constitución Política tiene como eje central y centro de sujeto de derechos a la persona humana. De ahí que el primer artículo establezca que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado" Luego en su artículo 2º reconoce los derechos fundamentales de la persona humana, y entre los mismos reconocen

[33] ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit., p. 304.
[34] BINDER, Alberto. Citado por CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 203.
[35] SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Ob. Cit., p. 229.

derechos al imputado. Además, el artículo 139º prescribe hasta una serie de principios y derechos de la función jurisdiccional, los cuales son aplicables directamente al imputado.

d) La víctima

Víctima es la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado[36].

En la dogmática penal se entiende por víctima, al sujeto pasivo del injusto típico, es decir, a las personas que sufren la merma de sus derechos- en el más amplio sentido de la palabra- como resultado de una acción típicamente antijurídica, sin que sea necesario que el victimario haya actuado culpablemente. Las víctimas son, por lo tanto, titulares legítimas del bien jurídico vulnerado. En tal sentido, se consideran a las personas naturales o jurídicas que sufren daños en los bienes jurídicamente protegidos por las leyes; especialmente interesan los supuestos en los que esos daños son producidos por conductas humanas tipificadas en el Código Penal[37].

El capítulo I del Código Procesal Penal regula lo referente a la víctima como agraviado estableciendo en el artículo 94° que agraviado es todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por sus consecuencias. La norma

[36] Decisión marco adoptada por el Consejo de la Unión Europea, el 15 de Marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.
[37] FLORES CHÁVEZ, Rosa Isabel. "La Víctima en el Nuevo Código Procesal Penal". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 125, Julio 2011, Lima, p. 220.

en mención establece que tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la ley designe.

Agraviado es la persona que ha sido víctima de la comisión de un delito. Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima y el autor está obligado a reparar tal perjuicio, por ello, como consecuencia del delito, surgen dos acciones: una dirigida a obtener la explicación de la sanción penal, y otra dirigida a obtener el resarcimiento del daño causado. El concurso del agraviado en el proceso penal moderno, encuentra su fundamento en el derecho natural, ya que es imposible negar que el afectado por el delito deba estar presente en el proceso y vele por la punición, más aún si del proceso penal puedan derivar acciones de reparación civil[38].

2.2.2. Prisión preventiva

2.2.2.1. Prisión preventiva y estado de derecho

En la Prisión Preventiva se juega el Estado de Derecho[39]. La libertad locomotiva de las personas es un derecho fundamental que garantiza la Constitución[40], y es base de la forma de gobierno que adopte la norma fundamental. La Prisión Preventiva, como encarcelamiento sin juicio previo y fines cautelares, se inserta en el seno de una discusión que gira en torno a la limitación de libertades, derechos y garantías. En efecto, la actividad coercitiva del Estado, se encuentra en constante tensión con el principio de legalidad y razonabilidad, que le ofrecen

[38] CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 232.
[39] HASSEMER, Los Presupuestos de la Prisión Preventiva. Citado por PASTOR, Daniel. "Las Funciones de la Prisión Preventiva." En: *La Injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado*. T. II. Santa Fé: Editorial Rubinzal – Culzoni, 2006, p. 114.
[40] Artículo 2, inciso 11 de la Norma Constitucional.

resistencia como garantía de los individuos, los derechos y garantías actúan como límite al poder persecutorio del Estado.

La privación de la libertad antes del juicio, pone en cuestión todos los principios de protección de la persona acusada. Ya decía Luigi FERRAJOLI que *"nulla poena, nullum crimen sine iudicio y nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione"*[41]. Esto significa que la pena sólo puede ser aplicada luego de un enjuiciamiento y que, por tanto, antes de la sentencia firme de condena las personas no pueden ser privadas de su libertad. La prisión preventiva afecta estas garantías pues el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba, sin defensa, cuando constitucionalmente su situación debería ser contraria. Esto convierte a la prisión preventiva en el problema central del Derecho Procesal Penal.

La concepción de un cuerpo normativo que regula tipos delictivos, reglas de imputación y sanciones penales (Código Penal), y la formación de otro que establece el procedimiento para aplicar aquéllas (Código Procesal Penal) constituyen – con la Constitución – la base de un sistema penal y la carta de presentación de un Estado de Derecho, en tanto regulan las fórmulas y reglas de aplicación de las figuras más intensas de control social[42].

En un Estado de Derecho, no se justifica que la prisión preventiva sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo

[41] *Cfr*. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2009.
[42] DEL RÍO LABARTE, Gonzalo. "La Prisión Preventiva". En: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara Editores, 2009, p. 306.

de la instrucción. Cualquier función que no sea estrictamente cautelar es ilegítima. Es por esta razón que, al proclamar el Estado de Derecho la protección de la persona humana y sus derechos y permitir la posibilidad de limitarlos, siempre que se resguarden las garantías debidas establecidas con respeto irrestricto al procedimiento fijado en la norma procesal, se hace necesario en el caso de la prisión preventiva, que esa limitación del derecho constitucional a la libertad y a la garantía de presunción de inocencia esté asentada sobre los fines estrictamente cautelares de esta institución procesal[43].

Si bien la libertad es un derecho humano que informa el sistema jurídico y sienta, en gran medida, sus bases, como cualquier otro derecho, inclusive la vida, no es absoluto[44], admitiendo su restricción cuando sea necesario para cumplir determinados fines superiores. En el caso de la Prisión Preventiva, este fin viene dado por el aseguramiento de la comparecencia al proceso y la no perturbación de la actividad probatoria, a fin de hacer cumplir la efectividad de una eventual pena, para lograr eficacia en el proceso penal, que interesa a toda la colectividad. Su fin cautelar justifica esta limitación[45]. Pero esta finalidad debe cumplir con todos los parámetros normativos establecidos en la norma constitucional y procesal penal, ya que dicha limitación, en un Estado de Derecho, sólo es posible si se respetan esos límites para su aplicación.

---

[43] CACERES JULCA, Roberto. *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2009, p. 267.
[44] Expediente No 1790-2005-PHC/TC.
[45] BRUZZONE, Gustavo. "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el procesal penal." En: *Estudios sobre justicia penal. Libro Homenaje al profesor Julio B. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 244-245.

Así, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución ha prescrito que no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo en los casos previstos por la ley, lo cual resulta concordante con los artículos 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con el artículo 7, inciso 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos. En la misma línea señala el artículo 29, inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos humanos que *"el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley y con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática"*[46].

El Tribunal Constitucional sostiene que *"El primer derecho comprometido con el mantenimiento del mandato de detención [Prisión Preventiva] es la libertad personal. Este derecho, reconocido por el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución (...) y, al mismo tiempo, un valor fundamental de nuestro Estado Constitucional de Derecho (...) En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad locomotora de las personas (...)"*[47]. No obstante, dicha limitación si se justifica. Así lo reafirma el TC cuando expresa que *"(...) la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales con la que cuenta el Estado para asegurar que el procesado comparezca en los actos propios del proceso, no huya y no altere ni obstruya la actuación de los medios probatorios, lo que evidentemente es una limitación a la libertad personal, pero que se justifica*

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión del 15 de Octubre de 1996.
[47] Exp. Nº 1091-2002-HC/TC.

en la necesidad de garantizar la atención del interés superior que abriga la sociedad en todo proceso jurisdiccional (finalidad abstracta del proceso)"[48].

El órgano jurisdiccional se encuentra sujeto a esta exigencia constitucional: la limitación de la libertad sólo en los casos previstos por la ley, y en el caso de la prisión preventiva, siempre que sus fines justifiquen y respalden su adopción. Lo dicho hasta ahora es recogido por el artículo 253 del Código Procesal Penal. Los preceptos señalados no hacen más que reconocer a la libertad[49] como valor inherente al ser humano y como el pilar de los derechos fundamentales, que se sustenta a su vez en tres principios: dignidad[50] humana, *favor libertatis*[51] y *pro homine*[52] y que en conjunto representan el fundamento axiológico de los derechos humanos.

Los principios constitucionales no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, menos aún por los órganos jurisdiccionales, deben ser consideradas y sostenidas durante el devenir de todo el proceso[53]. Es por ello que, para poder restringir lícitamente el derecho fundamental a la libertad y mantener dicha condición, es necesario que el órgano jurisdiccional incorpore y mantenga en su razonamiento dos elementos tipos para poder realizar una valoración exhaustiva:

---

[48] Expediente No 822-2005-PHC/TC. Lima, 17 de Marzo de 2005.
[49] LA ROSA, Mariano. *Exención de prisión y excarcelación*. Buenos Aires: Astrea Editores, 2006, p. 19.
[50] URQUIZO OLAECHEA, José. "Derecho Penal: Dignidad de la Persona Humana". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 99, Febrero, Lima, 2002, p. 18.
[51] LA ROSA, Mariano. Ob. Cit., pp. 167-168.
[52] GAIRAUD BRENES, Alfonso. "Los mecanismos de interpretación de los Derechos Humanos: Especial referencia a la jurisprudencia peruana". En: *Derecho Procesal Constitucional Peruano*, T. I. Lima: Grijley, 2005, p. 131.
[53] CACERES JULCA, Roberto. *Las Medidas de Coerción Procesal*. Lima: Idemsa, 2006, pp. 29-30.

los principios constitucionales y los presupuestos materiales propios de cada forma de restricción de derechos.

Esto, en razón de que *"la función del proceso penal, aparte de la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del acusado, es la justa realización del Derecho Penal, luego la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme, de ahí precisamente el carácter excepcional y subsidiario de la medida de prisión provisional. Ello significa, básicamente, que debe respetarse la dignidad de la persona, la presunción de inocencia y las reglas/garantías del debido proceso"*[54].

2.2.2.2. Definición

En todo proceso penal, en especial cuando se trata de medidas de coerción, encontramos la confluencia contradictoria entre dos intereses, por un lado, la eficacia en la persecución del delito y, por otro, la preservación de los derechos fundamentales del justiciable. Bajo esta idea aparentemente antagónica, nacen las medidas de coerción procesal como restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales (reales) del imputado o de terceros, impuestas durante el transcurso del proceso penal, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los fines del mismo.

La Corte Suprema ha definido a la Prisión Preventiva como "[…] una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del

[54] JAEN VALLEJO, Manuel. "Derechos procesales fundamentales. Su proyección en el juicio oral y en el sistema de recursos". En: *Revista internacional de Derecho Penal Internacional*, Nº 18, 2007, p. 27.

Ministerio Público, y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal, ni tiene un fin punitivo]"[55].

La actividad procesal que se realiza para descubrir la verdad concreta y aplicar la ley penal sustantiva puede verse obstaculizada por actos del imputado o de terceros que pretenden rehuir el juicio, distorsionar la actividad probatoria o disminuir sus bienes para evitar consecuencias civiles; ante este peligro procesal, el Estado pone en movimiento la actividad cautelar que tiene como fin para impedir que el imputado en libertad dificulte la investigación penal o disminuya arbitrariamente su conjunto patrimonial[56].

A su vez SAN MARTÍN CASTRO, citando a ORTELLS RAMOS, define a la prisión provisional como *"una medida cautelar consistente en la privación de la libertad del imputado, mediante el ingreso en un centro penitenciario por un tiempo máximo establecido en la ley con diferente grado de previsión, impuesta durante la sustanciación de un proceso penal, que tiene como función asegurar la efectividad de la ejecución y también, la presencia del imputado en el proceso"*[57].

El Tribunal Constitucional al referirse a la prisión preventiva manifiesta que *"La Prisión Preventiva (...) no debe ser la regla general, pero su libertad podrá*

[55] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación N° 01-2007-Huaura.
[56] CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 370.
[57] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, T. II. Lima: Editorial Grijley, 2003, p. 818.

estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (…) la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales con la que cuenta el Estado para asegurar que el procesado comparezca (…), no huya y no altere ni obstruya la actuación de los medios probatorios, lo que evidentemente es una limitación a la libertad personal, pero que se justifica en la necesidad de garantizar la atención del interés suprior que abriga la sociedad en todo proceso jurisdiccional (finalidad abstracta del proceso)"[58].

2.2.2.3. Características

2.2.2.3.1. Instrumentalidad

La medida cautelar, en general, ha sido definida como el instrumento del instrumento[59], su único objetivo es garantizar la efectividad del proceso penal, que constituye éste, a su vez, un instrumento de aplicación del derecho material. El Derecho Procesal Penal no constituye instrumento de política criminal, no opera en forma directa en el ámbito de control social, ni puede atribuírsele funciones que forman parte del Derecho sustantivo, pues el derecho procesal penal sólo puede regular disposiciones que garanticen una aplicación justa de las disposiciones del Código Penal en un escenario neutral.

Por tanto, si las instituciones procesales en general no pueden ni deben cumplir con los fines asignados con carácter exclusivo al Derecho Penal sustantivo,

[58] Expediente N° 822 – 2005 – PHC/TC
[59] CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Lima: Ara Editores, 2005, pp. 44-45.

ello se aplica con mayor fuerza al catálogo de medidas cautelares personales, que no apuntan siquiera a la actuación directa del Derecho Penal, y mucho menos importan una forma de aplicación del derecho material, sino que cumplen una función instrumental del proceso, siendo sus fines distintos a los del enjuiciamiento criminal (propios del proceso penal), siendo su verdadero fin, la de asegurar ese enjuiciamiento.

Tal como expone DEL RÍO LABARTHE, si se admite que la prisión preventiva pretende fines distintos de los de índole procesal, y que se asienta en razones de derecho penal sustantivo u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad[60] y su naturaleza.[61] Su utilización para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena, o impulsar el desarrollo de la investigación, carece de justificación en un Estado de Derecho; cualquier función que se aleje de una noción estrictamente procesal – cautelar es ilegítima[62].

2.2.2.3.2. Provisionalidad y variabilidad

Instrumentalidad y provisionalidad encuentran su fundamento en la misma causa: la existencia de un proceso y la necesidad de garantizar la futura eficacia de la sentencia. Las medidas coercitivas por su naturaleza son provisionales, ninguna tiene carácter definitivo o duración indeterminada. El carácter instrumental de las

[60] BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 137.
[61] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ara Editores, 2008, p. 133.
[62] Tribunal Constitucional STC 1567-2002-HC, F.J. 3. En el mismo sentido, SSTC 1091-2002-HC y 1730-2002-HC.

medidas coercitivas las hace provisorias en tanto su justificación subsista en la medida que se mantengan las razones que justificaron su adopción[63]. En tanto la provisionalidad de la prisión preventiva está estrechamente vinculada al fin que persigue, su vigencia no puede depender exclusivamente de lo que dure el proceso principal: el mantenimiento de la privación cautelar de libertad, su contenido y alcance está supeditado a la subsistencia de las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto[64].

Al respecto, el artículo 255 del CPP prescribe que los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aún de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo[65]. Debemos remarcar que si los requerimientos procesales que dieron origen a las medidas coercitivas impuestas desaparecen, entonces deben levantarse o reformarse de oficio, inclusive antes del plazo de su vencimiento.

Para DE HOYOS SANCHO, la provisionalidad o variabilidad, es una característica que encuentra su origen en el principio de proporcionalidad en tanto debe ser apta, necesaria y proporcionada al fin perseguido, no sólo en el momento en que se adopta, sino a lo largo de toda su vigencia. En consecuencia, a la vista de las variaciones que puedan ir sufriendo sus fundamentos fácticos, deberá adecuarse necesariamente a las nuevas circunstancias concurrentes, bien modificando la medida, más o menos gravosa, que en el caso en concreto se evidencie como el más apto o idóneo y estrictamente necesario para enervar el riesgo que la justifica.

[63] CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 372.
[64] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La Prisión Provisional*. Navarra: Thomson Aranzandi, 2004, p. 83.
[65] SANCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit., p. 733.

Consecuentemente, si en algún momento llegaran a desaparecer los presupuestos que dieron origen a la medida de coerción, ésta debe levantarse[66].

2.2.2.4. Prisión preventiva y libertad personal

La libertad es un valor y principio del sistema democrático de Derecho, y es al mismo tiempo un derecho fundamental que reviste muchísima importancia, por ser el más importante luego del derecho a la vida. La libertad supone: independencia o autonomía, por lo que se constituye como una esfera de autonomía privada, de decisión personal o colectiva, protegida frente a terceros y a presiones que puedan determinarla[67].

Carece de justificación en un estado de derecho, restringir derechos fundamentales, como el de la libertad, sin las debidas y justificadas exigencias[68], la prisión preventiva constituye una medida de tanta gravedad que sólo desde planteamientos incompatibles con el Estado de Derecho puede asumirse con naturalidad.

La prisión provisional, en tanto medida netamente cautelar y limitativa de derechos, ha de supeditarse a la verificación de determinados principios[69], consustanciales e irrenunciables que, lejos de ser teóricos, trascienden y afectan a la regulación concreta que se haga de la restricción de libertad. En suma, sin olvidar la necesidad de asegurar la eficacia o éxito del proceso penal, se debe situar la

---

[66] DE HOYOS SANCHO, Monserrat. *Las Medidas de Coerción Procesal*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 249.
[67] ROSAS YATACO, Jorge. Ob. Cit., p. 447.
[68] STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC.
[69] Principios como los de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad (dictada por el Juez a solicitud del Ministerio Público) y motivación.

privación de la libertad en su lugar preciso y únicamente autorizar su restricción cuando es absolutamente necesario[70], cuando no existen otras disposiciones menos gravosas para el derecho que puedan cumplir adecuadamente la misma función.

Ahora bien, el órgano jurisdiccional debe resolver hasta qué punto está justificado que se limiten los derechos del imputado, cuando hay otros intereses que deban ser atendidos (los fines procesales), por lo que ante esta exigencia, se debe sopesar los posibles límites a estos derechos y del otro lado, las normas válidas y contradictorias que argumentan el sacrificio de estos derechos, a través de un juicio de ponderación[71].

2.2.2.5. Prisión preventiva y pena anticipada

En todo proceso penal nos encontramos con la antinomia: eficacia en la ejecución del proceso penal versus ley sustantiva, garantías constitucionales de sujetos sometidos a proceso versus tutela del ejercicio poder-deber de juzgar que posee el Estado. Se debe destacar que todas las medidas coercitivas están en relación con un derecho constitucional.

Como bien se ha mencionado las medidas cautelares son de excepción y el principio rector, abocándonos a la Prisión Preventiva, es que el imputado de un delito debe permanecer en libertad durante la tramitación del proceso penal, y sólo excepcionalmente puede restringirse la libertad cuando se presume que eludirá la acción de la justicia.

---

[70] CIDH, Opinión del 15 de Octubre de 1996.
[71] CÁCERES JULCA, Roberto. *Comentarios…* Ob. Cit., p. 274.

La prisión preventiva lejos de cumplir su finalidad cautelar se desnaturaliza al emplearse como forma de control social[72], tratándose como un encarcelamiento preventivo para neutralizar la peligrosidad del imputado. Ésta es una de las formas de convertir a la prisión preventiva en una pena anticipada. También se transforma en pena anticipada cuando tiene una duración irrazonable, en tanto que el procesado, al menos empíricamente, adquiere la condición de culpable cuando aún no lo es, pues purga materialmente una condena.

La prisión preventiva lejos de su finalidad, hoy es vista como un gesto punitivo ejemplar e inmediato fundado en la mera sospecha o en la íntima convicción sobre la participación del imputado en un delito, quedando pues el juicio como una etapa cuasi-decorativa y la sentencia definitiva llega tarde, mal o nunca llega.

Esto ocurre cuando, por ejemplo, sólo se toma en consideración los graves y fundados elementos de convicción y se deja de lado el peligro procesal, elemento determinante para dictar prisión preventiva, ya que este presupuesto responde a la verdadera finalidad de esta medida de coerción, que se divide en el aseguramiento y protección de la actividad probatoria, comparecencia del imputado al proceso y ejecutabilidad de una probable sentencia condenatoria.

Con mayor razón la prisión preventiva de un inocente debe tener un carácter excepcional, derivado de la combinación del derecho general a la libertad

[72] Exp. No 1091-2002-HC/TC.

ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de que se dicte una sentencia condenatoria firme[73].

Por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, la imposición de un mal a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado de Derecho. Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines solo pueden ser instrumentales, pues esa es su naturaleza. Lo real es que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

Atendiendo a las finalidad tanto de la Prisión Preventiva como de la Pena Privativa de Libertad nos encontramos con dos finalidades completamente diferentes como se planteó en los puntos anteriores. Teniendo pues, la pena de prisión la finalidad después de la sentencia firme, en cambio la prisión preventiva en medio del proceso y antes de la sentencia firme. La pena privativa de libertad responde a la política criminal del Estado, atendiendo a necesidades sociales y económicas determinadas. Así, la prisión preventiva aparece como rasgo predominante que define a los procedimientos penales que en realidad cumplen

[73] BRUZZONE, Gustavo. Ob. Cit., p. 247.

funciones de castigo que los que derivan de la pena como consecuencia jurisdiccional, invirtiendo el orden lógico de la secuencia procesal.

La conversión así de la prisión preventiva en una pena anticipada produce una situación de inferioridad de derechos entre el imputado y el condenado, ya que el imputado en la práctica esté cumpliendo durante el encarcelamiento preventivo una verdadera pena[74].

En efecto, el conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión dispone: *"Las personas detenidas recibirán un trato apropiado su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se les mantendrá separadas de las presas"* (Principio 8).

No obstante todas las garantías establecidas, sea presunción de inocencia, principio de proporcionalidad, legalidad, derecho a la libertad como regla general en el proceso penal, juicio previo, etc., para una persona sometida a proceso se han invertido las etapas del mismo[75]: durante la etapa de investigación (en la que debe prevalecer el principio de inocencia) son privadas de libertad y materialmente condenadas, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve.

---

[74] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la Prisión Preventiva.* Lima: Jurista Editores, 2006, p. 66 y p. 70.
[75] BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 196.

2.2.2.6. Principios que rigen la prisión preventiva

a) Legalidad

Este principio implica dos aspectos netamente diferenciados: Por un lado, la limitación de la libertad será legal si se basa en los supuestos materiales establecidos en la norma procesal penal (legalidad material). El segundo aspecto concierne a la restricción de la libertad contemplando los requisitos formales de la prisión preventiva (legalidad formal o procesal). Se debe observar que dicha medida de coerción procesal haya sido realizada conforme a todos los requisitos jurídicos formales establecidos en los textos constitucionales y legales vigentes[76]. Tal como menciona SÁNCHEZ VELARDE, *"la limitación o restricción de derechos debe sustentarse en la ley, lo que exige de la autoridad jurisdiccional la sujeción estricta a la norma*[77]*; pero, demás, a examinar incluso la legitimidad de la ley respecto a algún instrumento jurídico superior, es decir, a la Constitución o Tratado Internacional"*[78].

Cabe resaltar que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma mecánica, *"a tal punto que anule la libertad del Juez, ni tampoco pasar por alto toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia de la ambigüedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un*

[76] CÁCERES JULCA, Roberto. *Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal: Presupuestos Constitucionales, materiales, formales y su praxis jurisprudencial.* Lima: Jurista Editores, 2009, p. 226

[77] Y lo que prescribe la norma es que las medidas de coerción o que limiten derechos sólo podrán dictarse en el modo y forma que establece la ley (artículo VI del Título Preliminar del CPP de 2004), si la ley lo permite y con todas las garantías que ésta establezca (artículo 253 CPP de 2004).

[78] SANCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit., p. 727.

sistema normativo complejo"[79]. Así, no se trata sólo de la aplicación ciega de la ley, sino de la interpretación de las normas procesales desde la perspectiva constitucional.

b) Presunción de inocencia

La presunción de inocencia que le asiste al imputado es considerada como un principio rector del proceso penal de ineludible observancia por parte de la autoridad judicial. Desde la perspectiva del justiciable, esta presunción se constituye en un derecho fundamental, cuyo contenido entraña que las autoridades judiciales encargadas de la investigación y juicio, le otorguen el trato y consideración de persona inocente hasta el momento de la resolución final firme[80].

La protección constitucional de la presunción de inocencia la encontramos en el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución: *"Toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"*[81].

El fundamento de la prisión preventiva no reside en aplicar una condena, sino en resguardar la eficacia de proceso penal, observando fines estrictamente cautelares. Con la prisión preventiva no se adelanta sanción al imputado, pues aunque en la realidad esté privado de su libertad, esa privación no obedece a una pena sino a una necesidad procesal sentada en los siguientes fines: evitar el peligro procesal (entorpecimiento de la actividad probatoria y peligro de fuga –

[79] JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias Actuales de la Jurisprudencia Penal Española*. Lima: Gráfica Horizonte, 2001, p. 68.
[80] BOVINO, Alberto. Ob. Cit., p. 133
[81] Artículo II del Título Preliminar de CPP de 2004, artículo 8, inciso 2 de la CADH, artículo 11 de la DUDH, inciso 1 y artículo 14, inciso 2 del PIDCP.

comparecencia del imputado al proceso) y la eventual ejecución de la pena (por eso se requiere apariencia de buen derecho o *fomus bonis iuris*, es decir, graves y fundados elementos de convicción que relacionen al procesado con el hecho delictivo de manera muy intentas).

Así las cosas, el que la prisión preventiva se imponga para proteger a la sociedad de la comisión de otro ilícito por parte del imputado, vulnera abiertamente la presunción de inocencia, ya que se le toma como peligroso en virtud de sus características personales, dejando de lado su comportamiento en función al proceso penal (que sustente peligro procesal), con lo cual se admite su culpabilidad, cuanto menos, de manera indirecta[82].

En este punto, es preciso referirnos a la exposición de motivos del NCPP de 2004, el cual establece que su meta es hallar un balance entre las garantías del procesado y la seguridad ciudadana. Al respecto, muchos autores han mostrado su disconformidad, explicando que dicha meta de seguridad ciudadana no corresponde a un Código Procesal Penal[83]. No debemos olvidar que la clase de seguridad que busca proteger la prisión preventiva es la seguridad procesal, y no la ciudadana[84].

Ahora, este principio contiene dos exigencias: la primera, que no basta con la prognosis de pena establecida en la prisión preventiva (superior a 4 años) para declararla fundada, toda vez que ese sólo elemento es insuficiente para justificar una medida cautelar de tal gravedad, ya que el procesado es después de todo

[82] RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Mariella. "Prisión Preventiva y Presunción de Inocencia ¿Dos instituciones en conflicto?". En: *Actualidad Jurídica*, Nº 193, Lima, 2009, p. 131.
[83] CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 176.
[84] CHINCHAY CASTILLO, Alcides. "Los Mecanismos Necesarios para que el Código Procesal Penal tenga éxito". En: *Actualidad Jurídica*, Nº 181, Lima, 2008, p. 170.

inocente. El imputado no llega la audiencia de prisión preventiva como culpable, sino que tiene a su favor (y durante todo el transcurso del proceso, hasta que se emita sentencia que resuelva su situación procesal a través de un juicio de reproche en una sentencia condenatoria) una presunción *iuris tantum* favorable a la consideración de inocente. La segunda, comporta la exigencia de que la detención no es la regla general, sino una excepción, que sólo debe utilizarse como última ratio[85].

c) Excepcionalidad

En un Estado de Derecho, la privación de la libertad ambulatoria anterior a la sentencia condenatoria, sólo puede revestir carácter excepcional[86]. El PIDCP en su artículo 9, inciso 3, establece que la prisión preventiva no podrá ser la regla general. Se busca evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia. Por tanto, la primera posibilidad para hacer comparecer al imputado al proceso penal será la comparecencia restrictiva o simple, según sea el caso. En el caso de la primera, importa un acto de coerción procesal que limita la libertad individual del imputado[87]. Importa un estado de sujeción al proceso.

En palabas de JULIO MAIER: *"El carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la*

[85] Exp. Nº 3771-2004-HC7TC.
[86] "El interés del Estado no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona. En ese sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales." CIDH, Informe nº 12/96, p. 45
[87] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En Busca de…* Ob. Cit., pp. 154-155.

libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia). El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria"[88].

Diversa Jurisprudencia se ha pronunciado al respecto. Así, el TC, en la sentencia recaía en el Exp. No 1091-2002-HC/TC establece que: "Por tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales"[89].

Por otro lado, la doctrina de la CIDH menciona que *"la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la prisión preventiva en lo que se refiere*

[88] MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*. Citado por BOVINO, Alberto. Ob. Cit., p. 148-149.
[89] En el mismo sentido, la STC recaída en el Exp. No 500-2000-HC/TC: *"Una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial preventiva en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas".*

al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa"[90].

La Prisión Preventiva se limita a la posibilidad de realización del proceso, y sólo debe ser aplicada en caso de que exista peligro de frustración del proceso penal. Por otra parte, la elección de la medida coercitiva deberá ser siempre la menos gravosa de todas aquellas que garanticen (*ultima ratio*), en cada caso, la realización del proceso[91].

La excepcionalidad implica que la prisión preventiva es un mecanismo de coerción que no es la regla general y que sólo puede darse cuando se configuren los presupuestos materiales, lo cual justificaría el uso de esta medida gravosa. No obstante, en opinión de DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, la excepcionalidad significa que aun cumpliéndose los presupuestos materiales de la Prisión Preventiva, si se observa en el caso concreto que puede lograrse la comparecencia del imputado al proceso y proteger la investigación a pesar de lo mencionado, debe optarse por otra medida de coerción distinta a la comentada. En otras palabas, no importa que se presenten los presupuestos de la prisión preventiva, lo que importa es que ésta medida sea necesaria e imprescindible y que por sobre todas las cosas,
los fines procesales protegidos sean los que no corran peligro[92].

---

[90] CIDH, Informe No 12/96, párrafo. 48. Citado por BOVINO, Alberto. Ob. Cit., p. 150

[91] *"La excepcionalidad de las medidas de coerción en general y de la prisión preventiva en particular, presentan la necesidad de agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso mediante la utilización de medidas de coerción distintas a la privación de la libertad, de manera que los derechos del imputado resulten menos afectados y puedan evitarse los efectos negativos de la privación de la libertad".* BLANCO ESCANDÓN, Celia. "Alternativas a la Prisión Preventiva como Medida Procesal". Disponible en el sitio web: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/16.pdf. Consultado el 15 de noviembre de 2016.

[92] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La Prisión Preventiva…* Ob. Cit., pp. 34-35.

d) Proporcionalidad

Este principio es considerado como un instrumento de control de los actos de los poderes públicos. Por el principio de proporcionalidad debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. El principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz[93]. En este orden, se cuestionan las detenciones impuestas que resultan inadecuadas para un fin concreto, habiendo otras medidas menos gravosas que pueden servir para el correcto desarrollo del proceso. Ingresan en el examen de este principio el plazo de duración de las medidas de coerción, cuando éstas son ilimitadas o excesivas.

La proporcionalidad se ha presentado como un efecto de la necesaria justificación teleológica (finalidad) en la limitación de derechos. Ahora bien, el órgano jurisdiccional debe dilucidar hasta qué punto está justificado que se limiten los derechos del ciudadano, cuando hay otros intereses que deban ser atendidos (fines procesales), por lo que ante esta exigencia, se debe sopesar los posibles límites a estos derechos y del otro lado, las normas válidas y contradictorias que argumentan el sacrificio de estos derechos, a través de un juicio de ponderación[94].

---

[93] ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Las Medidas Personales Cautelares en el Proceso Penal Peruano". Disponible en sitio web: http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/medidascautelares.aog.pdf. Consultado 16 setiembre de 2016.

[94] CÁCERES JULCA, Roberto. *Comentarios…* Ob. Cit., p. 274.

Este principio es una técnica o método para examinar la legitimidad de la actuación estatal sobre el derecho que se pretende limitar[95].

El principio de proporcionalidad no puede equipararse completamente a los presupuestos formales de las medidas cautelares penales: si bien de algún modo incide en la forma concreta de protección del proceso, sus implicaciones no constituyen meras exigencias formales, sino que inciden en el contenido de la tutela cautelar. Es decir, que pese a la existencia de un "riesgo de frustración procesal" y de peligrosidad del imputado, la proporcionalidad puede negar la adopción de una medida cautelar[96]. Dicho de otro modo: la configuración de los presupuestos procesales de la prisión preventiva no vuelven proporcional su adopción. Ésta sólo se legitima cuando, además de cumplirse los presupuestos o requisitos de la prisión provisional, no existe otra alternativa para asegurar los fines del proceso que usar la medida de coerción procesal bajo comentario. No obstante, aun cumpliéndose dichos presupuestos de prisión preventiva, si se observa que otra medida menos gravosa puede satisfacer la comparecencia del imputado, el fin procesal, se elegirá ésta (comparecencia simple o restrictiva, según sea el caso).

Si la ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar, se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos (de sus presupuestos). Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales

---

[95] *"la proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de éste último, a quien se le impone un mayor sacrificio"*. CIDH, Dictamen del 1 de Marzo de 1996, Caso Jorge A. Giménez vs Argentina.

[96] PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría General de las Medidas Cautelares Penales*. Barcelona: Marcial Pons, 2008, p. 141.

como “el riesgo de reiteración delictiva”, la “alarma social”, etc.; impropios de una medida cautelar y más próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental[97].

La idea que tenemos del principio de proporcionalidad antes descrita se canaliza, en su aplicación, a través de tres subprincipios: el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, para aplicar el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva y ver si es viable su adopción o no conforme al principio de proporcionalidad, tienen que configurarse estos tres subprincipios[98]:

- *El subprincipio de Idoneidad o Adecuación.-* La idoneidad presupone que entre el medio a emplearse y el fin buscado debe existir una relación que oriente al medio empleado a facilitar la obtención del fin[99]. En otras palabras, la idoneidad acostumbra a ser definida como la adecuación del acto del poder público al fin que se propone. *“La idoneidad es la cualidad que expresa una relación de racionalidad entre el tratamiento dispensado al sujeto pasivo (la medida cautelar) y el fin que justifica dicho tratamiento”*[100]. Es la simple adecuación objetivo-cualitativa[101] al fin pretendido (esto es, que la limitación de un concreto derecho sea apta para el fin perseguido).

[97] ASCENCIO MELLADO, José María. “La Regulación de la Prisión Preventiva en el Perú”. En: *El nuevo modelo procesal penal. Estudios fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 512.
[98] Exp. N° 2235-2004-AA/TC.
[99] Exp. N° 6712-2005-HC/TC.
[100] PUJADAS TORTOSA, Virginia. Ob. Cit., p. 142.
[101] CÁCERES JULCA, Roberto. *Las Medidas de Coerción…* Ob. Cit., p. 233.

En palabras del TC, la idoneidad consiste en que *"toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo (fin) y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución"*[102].

La idoneidad comporta también una adecuación cuantitativa, esto es, *"que la duración, prolongación e intensidad de la medida de coerción procesal debe ser capaz de sujetar al imputado al proceso en la misma medida que sea requerida, por tanto, representa un límite al exceso del mandato de detención (prisión preventiva), ya que la detención no puede ser indefinida y tampoco puede ser igual a todo el proceso"*[103].

- *El subprincipio de Necesidad o exigencia de adoptar la alternativa menos gravosa.-* En virtud de este subprincipio se coteja la medida restrictiva que se pueda adoptar con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva para los derechos del imputado[104]. En palabras del TC, la necesidad importa que *"una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debiendo existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular"*[105]. Se exige también la justificación objetiva de la medida

[102] Exp. N° 0030-2004-AI/TC
[103] SERGI, Natalia. *Nueva Doctrina Penal.* Citado por CÁCERES JULCA, Roberto. *Las Medidas de Coerción…* Ob. Cit., p. 233.
[104] Exp. 6712-2005-HC/TC.
[105] Exp. N° 0030-2004HC/TC.

coercitiva, es decir, de los supuestos materiales que lo posibiliten. (presupuestos de la prisión preventiva)

- *El Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto.-* Significa que la decisión jurisdiccional debe guardar proporción entre la medida adoptada y el fin que se persigue, conectándola con el hecho imputado[106]. Esto representa que el juez debe evaluar los beneficios y los daños que se generen de adoptar una medida restrictiva de derechos, a fin de establecer si entre ambos existe una adecuada relación de equilibrio[107]. Así, una medida será desproporcionada por no ajustarse al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, si con ella se genera una restricción mayor que los posibles beneficios a obtener. Como lo afirma Luis Diez – Picazo[108]: *"La proporcionalidad en strictu sensu es una regla valorativa, ponderativa y material, cuya virtualidad se fija genéricamente en la prohibición de exceso y, concretamente, en la interdicción de vaciar el contenido esencial del derecho objeto de restricción o limitación."* La aplicación de este principio deberá ser excepcional, pues responde a un equilibrio entre los intereses generales que se pretenden alcanzar y el perjuicio que origina al imputado, en particular sobre su libertad. Visto así, este principio contiene dos elementos[109]:

- Que el imputado no reciba peor trato que el condenado.

---

[106] *"El principio de proporcionalidad atiende a la relación entre la duración de la prisión preventiva y de la pena privativa de la libertad prevista para el delito por el que el detenido es procesado. Y establecer la duración de la primera no puede, en ningún caso, exceder al plazo de la segunda."* CIDH, Informe N° 64/99, párrafo 74.
[107] Exp. N° 0030-2004-AI/TC.
[108] DIEZ – PICAZO, Luis. Citado por PUJADAS TORTOSA, Virgina. Ob. Cit., p. 150
[109] CÁCERES JULCA, Roberto. "El principio de proporcionalidad y las medidas limitativas de derechos". En: *Revista Jus Doctrina y Práctica*, Nº 6, Lima, 2007, p. 87.

- Que el órgano jurisdiccional no imponga una medida cautelar, mayor o igual, que si el imputado perdiera la libertad por una sentencia condenatoria.

e) Motivación

La motivación constituye *"el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional, la motivación es un control del sentido jurídico"*[110]. La motivación de las resoluciones judiciales constituye un principio-derecho que tiene todo justiciable y que forma parte del contenido esencial de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 193, inciso 3 de la Constitución[111]. La motivación es la justificación razonada que hace jurídicamente aceptable una decisión judicial, expresando de una manera coherente y convincente la cuestión de hecho y de derecho[112]. El artículo 139, inciso 5 establece de manera taxativa la exigencia de motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias. El TC ha dejado sentado que *"la motivación de una decisión no sólo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada"*[113]. Agrega que *"la Constitución no garantiza una determinada*

[110] CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Vol. I. México: Oxford University Press, 2001, p. 4

[111] GARCÍA MERINO, Fabiola. "Control Constitucional de la Motivación de las Resoluciones Judiciales". En: *Jus Constitucional*, N° 12, Lima, 2008, p. 103.

[112] CHATPMAN RODRÍGUEZ, Jennifer y PISFIL FLORES, Daniel. "La motivación de las resoluciones judiciales, su razonabilidad y el deber de los jueces". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 34, Lima, 2010, p. 160.

[113] Exp. N° 03283-2007-PA/TC.

extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto (…)"[114].

En lo concerniente a la aplicación del principio de motivación en el caso de las medidas de coerción, en especial de la Prisión Preventiva, la obligación de motivar las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales se ha convertido en requisito imprescindible[115], hasta el punto que su falta determinará con total certeza la nulidad de la resolución judicial[116]. En el mismo sentido, el TC ha destacado la importancia de motivar la resoluciones que se pronuncien sobre esta peculiar medida cautelar: *"El deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trata de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con mayor intensidad, merecerá una mayor justificación"*[117].

La resolución judicial debe dar cuenta no sólo de las circunstancias fácticas y de los fundamentos jurídicos que sirven de soporte concreto a la medida adoptada, sino que deberá expresar el juicio de proporcionalidad que sustenta su decisión[118]. La exigencia constitucional de la debida motivación jurisdiccional de la prisión preventiva es la única forma de garantizar un bien jurídico tan importante como lo es la libertad personal de un individuo. El juez sólo ha de adoptar esta medida

---

[114] Exp. N° 1230-2002-HC/TC
[115] DEL ÁGUILA PEÑA, Karin Janet. "Consideraciones sobre la debida motivación exigida para dictar mandato de detención". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 30, Lima, 2010, p. 149.
[116] COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Titant to Blanch, 2003, p. 101.
[117] Exp. N° 6358-2008-HC/TC.
[118] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales y su incidencia en el marco de la Prisión Preventiva". En: *Jus – Constitucional*, No 8, Lima, 2008, p. 117.

sustentándose en una base objetiva adecuada e idónea, no puede sustituir la valoración que realice por los juicios de valor que emita el público o por las exigencias inquisidoras de la prensa, pues el juzgador sólo puede escudarse en la Constitución y la Ley.

Dicho todo lo anterior, estaremos ante una trasgresión o violación al principio – derecho de la motivación en la prisión preventiva y, por tanto, ante una detención arbitraria, cuando aquella se imponga *"sin concurrir los presupuestos que legitiman su adopción; cuando el funcionario que la dicta rebasa el contenido normativo que regula su imposición; ante una detención que sobrepasa los límites fijados por la ley; cuando la detención permanece en el tiempo pese a que se han desvanecido los motivos que justificaron su dictado"*[119].

Por su parte, el TC, en cuanto a la debida motivación de las resoluciones judiciales que decreta la prisión preventiva, sostuvo lo siguiente: *"Son dos (…) las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser suficiente, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser razonada, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podrá evaluarse si es arbitraria por injustificada"*[120].

[119] Ibídem.
[120] Exp. N° 1091-2002-HC/TC.

2.2.2.7. Presupuestos materiales

Toda limitación de libertad, en especial, la impuesta con la Prisión Preventiva, que sea adoptada durante el desarrollo del proceso penal, debe responder a dos tipos de presupuestos o condiciones generales. En primer lugar, debe acreditarse la existencia de *periculum in mora*, es decir, *"ha de entenderse la concurrencia de un concreto peligro justificado legalmente como legitimador de la privación de la libertad"*[121]. Es decir, debe existir peligro en la demora de ejecutar una posible sentencia, fundamentado en el peligro procesal: riesgo de fuga del imputado o de perturbación u obstrucción de la actividad probatoria. Peligro en cuanto al proceso, no a otros factores.

El presupuesto más importante de la coerción personal es el peligro procesal (*periculum in mora*). Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1091-2002-HC/TC: *"(...) el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia"*.

En segundo lugar, debe quedar establecido la existencia del *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho, en cuanto los hechos objeto de imputación deben

[121] ASCENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal.* Valencia: Tirant to Blanch, 2004, p. 174.

constituir delito y tienen que estar acompañados de todos los elementos de convicción pertinentes que establezcan no sólo la existencia del delito, sino un alto grado de vinculación del mismo con el procesado[122], es decir, *"el juzgador está obligado a determinar la existencia de una alta probabilidad de que sancionará al imputado mediante una sentencia condenatoria; pero además, debe verificar que esa sanción corresponderá por lo menos a una pena superior a cuatro años de privación de libertad"*[123] (requisito adicional para el dictado de prisión preventiva en el Perú). De lo contrario, si uno de estos requisitos no se cumple, ya no es necesario evaluar el peligro procesal en el ámbito de aplicación de la prisión preventiva, sino que se acudirá a una medida cautelar personal alternativa.

2.2.2.7.1. Peligro procesal

Respecto al contenido y amplitud del peligro procesal, podemos señalar tres posturas. La primera de ellas, de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga. En efecto, la tendencia más reciente ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que la CADH (en su artículo 7, numeral 5) sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar *"su comparecencia al juicio"*, y por el PIDCP (en su artículo 9 numeral 3) que autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar "la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales". Al respecto, expresa Alberto Binder que *"el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un*

[122] ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Las Medidas…". Ob. Cit.
[123] Ibídem.

fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia"[124].

La segunda postura que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro procesal de fuga que: *"se reconoce a cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado – referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes-; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales"* (SSTEDH, Asuntos B; del 28 de marzo de 1990, párrafo 44; Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafo 43; y Stögmuller del 10 noviembre de 1969, párrafo 15)[125].

Finalmente, existe una tercera tendencia (legislativa y jurisprudencial) propia del modelo de prevención radical de incorporar nuevos supuestos de peligro, como

[124] BINDER, Alberto. Ob. Cit., p. 199.
[125] ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Las Medidas…". Ob. Cit.

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

Para que exista peligro procesal es necesario acreditar en el imputado lo que en doctrina se conoce como "peligrosidad procesal", es decir, debe existir la probabilidad de que el imputado actúe sobre el proceso penal, sobre la prueba, obstaculizando el descubrimiento de la verdad; o bien se ponga en rebeldía sin someterse al proceso, impidiendo su completa realización[126]; o luego de sentenciado, fugue sin someterse al cumplimiento de la pena[127].

a) Peligro de fuga

El peligro de fuga debería ser el criterio más importante en la consideración para la imposición de medidas cautelares, porque la principal condicionante de la viabilidad de un proceso será normalmente la de la comparecencia del imputado[128]. En el peligro de fuga, el juez debe valorar todas aquellas circunstancias que rodean al caso concreto y que permita fundar que el imputado no permanezca en la sede del órgano jurisdiccional o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales[129].

Desde luego, el peligro de fuga debe ser suficientemente acreditado[130]. Al respecto, SÁNCHEZ MERCADO establece que *"la prueba del denominado*

---

[126] CIDH, Informe nº 12/16, p. 48
[127] GRANARA, Alberto David. *Derecho Procesal Penal.* T. II. Rosario: Nova Tesis, 2003, p. 526.
[128] *"El principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar [prisión preventiva] debe ser el peligro procesal […]".* Exp. N° 791-2002-HC/TC, FJ
[129] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En Busca de…* Ob. Cit., p. 49.
[130] Al respecto, el TC, en la sentencia recaída en el expediente N° 05490-2007-HC/TC señala que *"(…) la autoridad judicial no señaló en su resolución la existencia de indicios razonables en torno a la posibilidad de perturbación de la investigación judicial por parte del demandante, omisión de motivación que convirtió al mandato judicial de detención (prisión preventiva) en arbitrario, por no encontrarse razonablemente justificado".*

peligro de fuga se resume a sustentar racionalmente que el imputado, con un mal ejercicio de su libertad, optará por rehuir o pasar a la clandestinidad, imposibilitando, con su ausencia, la realización o continuación de la condena"[131].

El peligro de fuga se deriva del lógico retraso en que la sentencia penal se produzca. La larga duración de los procesos obliga a asegurar la persona del imputado con la finalidad esencial de lograr su presencia en el juicio oral o, lo que es lo mismo, para evitar que se frustre el proceso, ya que lo que se busca es evitar el juicio en rebeldía, que está proscrito[132].

La existencia del peligro de fuga debe apoyarse en un análisis del caso, con elementos de convicción que lo sustenten[133]. Así lo dispone el artículo 268 del CPP cuando menciona que para determinar que el imputado tratará de eludir a la acción de la justicia (peligro de fuga) deben evaluarse sus antecedentes y otras circunstancias del caso en particular. Debemos tener cuidado con la expresión "antecedentes", pues no se refiere directamente a los antecedentes penales del procesado, sino que concierne a antecedentes directamente ligados a las causales establecidas por el NCPP para evaluar el peligro de fuga y de obstaculización de la actividad probatoria, es decir, se analizará el comportamiento del imputado en un proceso anterior en tanto si en este, el procesado desplegó alguna conducta que puso en riesgo el normal desarrollo del proceso[134].

---

[131] SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "La Prisión Preventiva. La demostración del periculum procesal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 157, Lima, 2006, p. 231.
[132] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En Busca de…* Ob. Cit., p. 210.
[133] Exp. N° 791-2002-HC/TC
[134] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La Prisión Preventiva…* Ob. Cit., p. 52.

Comprende:

- ✓ El arraigo en el país del Imputado
- ✓ Las facilidades para abandonar el país
- ✓ La gravedad de la Pena que se espera como resultado del proceso
- ✓ La Importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él.
- ✓ El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior.

b) Peligro de obstaculización probatoria

Esta función pretende evitar que el imputado pueda ocasionar la desaparición de fuentes de prueba, o en su caso, la alteración de su veracidad. Queda descartada *"cualquier motivación del Juez para obtener – a través de la prisión preventiva – la colaboración activa del imputado en el proceso (intentar conseguir una declaración autoincriminatoria, por ejemplo)"*[135]. Estamos frente a una protección pasiva de las fuentes de prueba y del proceso en general, dirigido a obtener la abstención de imputado en lo concerniente a que realice conductas peligrosas con respecto a la investigación. El artículo 270 del NCPP establece los criterios que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente, para determinar la existencia de dicho peligro:

- ✓ Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba

[135] Ibídem.

- ✓ influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
- ✓ Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

2.2.2.7.2. Graves y fundados elementos de convicción

Que existan graves y fundados elementos de convicción implica que debe mostrarse sustento material, objetivo[136], que no demuestre (no genere certeza, pues eso corresponde a otra etapa procesal, y no a la prisión preventiva) la responsabilidad del imputado, sino que lo relacione intensamente con el hecho delictivo, además de acreditarse por sí mismo la existencia de éste.

Ello significa que debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no se determina la probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión del hecho punible, la medida de coerción pierde todo sustento. Deben existir elementos de prueba que corroboren la probable responsabilidad penal del imputado. La Prisión Preventiva presupone, por tratarse de la medida de coerción más grave en el marco del proceso penal, un cierto grado de desarrollo de la imputación que permita determinar su mérito sustantivo a través de los elementos de prueba recolectados al momento de tomar la decisión.

El Tribunal sólo podrá aplicar la medida privativa de la libertad cuando la investigación haya alcanzado resultados que permitan afirmar, luego de oír al

[136] DUCE, Mauricio; FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian. *La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la Prisión Preventiva*. Santiago: CEJA, 2009, p. 25.

imputado, que existe una gran probabilidad de que se haya cometido un hecho punible y de que el imputado haya sido el autor o partícipe en él. *"El Juez debe valorar un alto grado de probabilidad de sancionar al imputado como autor o partícipe del delito y esto se acredita cuando se verifica que hay razones que justifican la imposición de la condena y no existen razones que justifiquen una sentencia absolutoria"*[137]. Para aplicar la prisión preventiva, debe existir un juicio asentado en criterios objetivos que permitan identificar los elementos que conducen a una razonada atribución del hecho punible[138].

2.2.2.7.3. Prognosis de pena

El art. 268.1.b) del NCPP establece como requisito que la sanción a imponer en el proceso sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad. Es decir, no se puede dictar prisión preventiva, en ningún caso, si la pena por el delito imputado tiene sanción menor de cuatro años de pena privativa de libertad. La prognosis de pena entiende que la ecuación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto por el tipo penal de que se trate, sino la pena en concreto, como proyección de pena, como pena probable. En otras palabras, puede haber una pena en el delito imputado, fijada en abstracto, en el tipo penal, de 3 a 8 años, por ejemplo, pero en forma concreta al caso puede resultar que la pena probable a aplicar sea de 5 años. *"Para establecer el pronóstico de pena, aun cuando sea en proyección, es necesario tener en cuenta los criterios para su determinación. Así, debe tenerse en cuenta la naturaleza del delito y los elementos probatorios existentes, las condiciones personales del imputado y su situación jurídico –*

[137] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La Prisión Preventiva…* Ob. Cit., p. 42.
[138] Ibídem.

procesal: imputabilidad restringida, responsabilidad atenuada, el grado de ejecución del delito, confesión sincera, entre otros"[139].

2.2.2.8. Duración de la prisión preventiva

Conforme establece el art. 272,1 la prisión preventiva no podrá exceder de nueve meses, cualquiera que sea la pena supuestamente aplicable al presunto delito cometido, así como el riesgo que se quiere prevenir con su aplicación. La norma procesal contempla hasta tres excepciones a esta regla general, derivadas de situaciones particulares que exigen, igualmente, una respuesta singular. De este modo, la prisión preventiva podrá mantenerse hasta el límite de dieciocho meses en aquellos casos en que el proceso en el curso del cual se adopte resulte complejo, calificación que corresponde hacerla al Fiscal, debiendo ser aprobada por el Juez.

De la misma forma, cuando se inicie un proceso en principio no especialmente complejo, se podrá ampliar la extensión de la prisión preventiva a dieciocho meses si durante su curso aparecen circunstancias que impriman una especial dificultad o comporten la prolongación de la investigación y, adicionalmente, subsista un especial riesgo de fuga. Es decir, para la prolongación de la medida no bastara la presencia de dificultades en la investigación, sino que, a su vez, será necesario que se mantenga un específico riesgo de fuga. En todo caso, la petición de prolongación corresponderá al Fiscal. Por último, cuando se haya condenado al preso y este recurra la sentencia, la prisión provisional podrá mantenerse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta.

[139] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En Busca de…* Ob. Cit., p. 182.

Estos plazos son máximos y están sujetos a la regla rebus sic stantibus, por lo que la alteración de las circunstancias o la pérdida o disminución de sus presupuestos habilitadores, deben dar lugar a la inmediata puesta en libertad del sujeto o a su sujeción a otra medida menos intensa.

Los plazos previstos como máximos para la permanencia del imputado en situación de prisión preventiva se corresponden con la necesidad de verificación por parte del Estado de unas funciones determinadas legalmente, que justifican la situación privativa de libertad. El legislador, realiza una ponderación entre los derechos del imputado no condenado, los intereses estatales en el buen fin del proceso y la obligación del Estado de imprimir celeridad a las causas con peso. Con base en estos elementos, dispone una determinada duración a la excepcional privación de libertad de un inculpado. Sin embargo, cuando el sujeto de la medida, se aparta de su deber de buena fe procesal y provoca dilaciones maliciosas con el solo objeto de retrasar la tramitación del proceso y, naturalmente, obtener su libertad y con ello evadirse de la acción de la justicia o impedir la investigación adecuada de los hechos, debe el Estado reaccionar en defensa de la eficacia misma de sus instituciones.

Es por esta razón por la que el art. 275 contempla dos tipos de criterios que tienden a evitar que, una actuación dolosa del imputado pueda pervertir el sentido de las normas. Así, cuando el imputado o su defensa generen actuaciones que se dirijan a provocar dilaciones, siempre que lo hagan de forma maliciosa, no se tendrá en cuenta, para el cómputo del plazo de la prisión preventiva, el retraso provocado. Esta regla, sin embargo está sujeta a dos requisitos que siempre habrá que

interpretar a favor del imputado. Por un lado, que nunca se podrá presumir el dolo o la intención maliciosa, ni entenderla automáticamente por el solo hecho de la realización de ciertos actos con carácter general; muy al contrario, la intención maliciosa debe ser acreditada en cada caso, valorando las circunstancias particulares del mismo. Por otro lado, que bajo ninguna condición podrá ser considerado como retraso malicioso el ejercicio del derecho de defensa, de manera que la petición de diligencias complejas por el imputado, salvo que aparezcan como impertinentes o inútiles -único criterio objetivo de referencia-, siempre deberá ser valorada como lícita.

2.2.2.8.1. Prolongación de la prisión preventiva

Cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la detención, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor a fijado en el numeral 2) del Artículo 272º. El Fiscal deberá solicitarla al Juez antes de su vencimiento (Art. 274.1). La prolongación de la prisión preventiva podrá ser solicitada por el Fiscal, quien deberá motivar debidamente su pedido, en razón a los presupuestos antes mencionados.

El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro dl tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad (Art. 274.2). Bajo las reglas del contradictorio y de la oralidad bilateral, el Juez deberá resolver la

solicitud de prolongación de la prisión preventiva, en el mismo acto de la audiencia o dentro de las setenta y dos horas siguientes, como plazo perentorio.

La resolución que se pronuncie sobre requerimiento de prolongación de la detención preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación.

Una vez condenado el imputado, la presión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida (Art.274.4).

Asimismo, el requerimiento fiscal de prolongación de prisión preventiva, debe requerirse de manera excepcional, cuando el fiscal considere del avance del proceso penal, que la misma resulta la única forma posible para el desarrollo del proceso, pues la prisión preventiva solo debe durar lo mínimo posible, pues se está limitando la libertad de un ciudadano, Como bien lo señala Cesare Beccaria "debe durar el menor tiempo posible y ser lo menos dura posible"[140].

2.2.2.8.2. Cesación de la prisión preventiva

La duración de la prisión preventiva está limitada a un tiempo prudencial y razonable. El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que la considera pertinente. El Juez de la Investigación preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el Art.274 respecto a la prolongación de la prisión preventiva.

La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte

[140] BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Alianza editorial, 2004, p. 129.

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 prisión preventiva de la libertad y el estado de la causa.

El Juez impondrá las correspondientes reglas de conducta necesaria para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.

El imputado y el Ministerio Público podrán interponer recurso de apelación dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quién se dictó auto de cesación de la prisión preventiva (Art.284.1); la impugnación que se interponga contra el auto de cesación favorable, se concederá sin efectos suspensivos, garantizándose de esta forma la libertad del imputado. Rige en lo pertinente lo referente a la impugnación de la prisión preventiva establecido en el Art.278 numerales 1 y 2.

La cesación de la prisión preventiva será revocada si el imputado infringe las reglas de conducta o no comparece a las diligencias del proceso sin excusa suficiente o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte auto de prisión preventiva en su contra, así como perderá la caución, si la hubiera pagado. El hecho de que el imputado haya cobrado su liberad no lo exime de seguir cumpliendo los mandatos jurisdiccionales y de comparecer a la instancia cuantas veces sea requerido.

2.3. Definición de términos[141]

a. **Constitución.-** Norma jurídica suprema que regula la organización del Estado y garantiza los derechos y libertades de las personas; cuyo contenido es de obligatorio cumplimiento –carácter vinculante y normativo- tanto a los poderes públicos como particulares, así mismo determina la validez de las normas del ordenamiento jurídico –la constitución como fuente de derecho.

b. **Debido proceso.-** Es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez.

c. **Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.

d. **Estado Constitucional.-** Esta fundado en tres principios fundamentales que lo componen y que sin duda son el Principio Democrático, el Principio Liberal y el Principio de Supremacía Constitucional. Ahora bien todo Estado Constitucional requiere de una Constitución Política y para que pueda darse la pauta y el método a seguir para poder dar constitución a un

[141] *Cfr.*: CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª. Ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007; FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley, 2002.

estado; es decir crear un estado constitucional, es de suma importancia y primordialmente necesario que exista la división de poderes y el respeto a los derechos humanos como lo son en sentido especifico la igualdad y la libertad, que estos de obvia manera y forma se encuentran contenidos y englobados dentro de los derechos humanos.

e. **Garantías constitucionales.-** Son los medios o instrumentos que la Constitución Política pone a disposición de los ciudadanos para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales.

f. **Garantismo procesal.-** El garantismo procesal es una posición filosófica, antagónica al totalitarismo, y que en términos sencillos propugna la jerarquía de la Constitución (Ley) por encima de la ley. Tal como ha sido desarrollado por Luiggi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón, el "garantismo" es el principal rasgo funcional del Estado de Derecho, que designa no simplemente un "estado legal" o regulado por la "ley", sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.

g. **Garantismo.-** El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela. Para ello, es prioritario el reconocimiento y enunciado explícito de tales derechos fundamentales en la Constitución, y la creación de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva protección del conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman

en los derechos civiles, políticos y sociales. Las “garantías” son justamente las técnicas coercitivas que permiten controlar y neutralizar el poder y el derecho ilegítimo.

h. **Medidas cautelares personales.-** Son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el Juez Instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el Juzgador.

i. **Ministerio Publico.-** Es el organismo constitucional autónomo del Estado Peruano. Su sede está en el distrito de Lima-Perú. Está controlado por la Fiscalía de la Nación.

j. **Poder Judicial.-** Es un poder del Estado encargado de administrar la justicia en una sociedad, mediante la aplicación de las normas jurídicas en la resolución de conflictos.

k. **Principios procesales.-** Los principios procesales son aquellas premisas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del derecho procesal. Estos principios podemos encontrarlos en la Constitución, en la legislación ordinaria y en la jurisprudencia. Su valor como fuente del Derecho es vital a la hora de interpretar las normas escritas pues incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial les da carácter de ley en ausencia de norma y establece la obligatoriedad de los jueces de aplicarlas e integrarlas al ordenamiento escrito.

l. **Prisión preventiva.-** Es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el Juez de la Investigación Preparatoria en contra de un imputado en virtud de la cual de restringe su libertad individual ambulatoria, para asegurar los fines del proceso penal; agrega, que este mandato está limitado a los supuestos que la ley prevé.

m. **Proceso penal.-** El proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.

n. **Proporcionalidad.-** Es un principio general de rango constitucional que tiene por función controlar todo los poderes públicos en los que pueden verse lesionados los derechos fundamentales.

o. **Razonabilidad.-** Es una eficaz herramienta del control de la constitucionalidad de las leyes y, se desdobla en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Intervención del juez de garantías en la audiencia de prisión preventiva

El respeto a los derechos fundamentales del imputado y demás participantes en la investigación preliminar hace imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. En este sentido, la decisión sobre medidas provisionales o instrumentales restrictivas de derechos, debe realizarse con todas las garantías establecidas en la norma procesal penal[142].

Es por esta razón que TALAVERA ELGUERA menciona lo siguiente: *"Para proteger eficazmente los derechos fundamentales del imputado, el Juez de Investigación Preparatoria tiene a su cargo el control de la misma, específicamente controla el plazo de las diligencias preliminares y de la investigación formal. Corresponde también al Juez garantizar el respeto a los derechos del imputado a través de la vía de tutela"*[143].

Como garante de los derechos del imputado, el juez de investigación preparatoria está facultado a pronunciarse cuando el fiscal estime la necesidad de afectar los derechos fundamentales del imputado, mediante medidas provisionales que restrinjan sus derechos respecto a medidas instrumentales que pretendan asegurar fuentes de prueba. En este sentido, *"el juez* [de investigación preparatoria] *se sitúa como un tercero imparcial, no interactúa en la investigación, sólo*

[142] PRIETO VERA, José Alberto. "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Colombiano." En: *El Proceso Penal Colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2006, pp. 8-11.
[143] TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios*... Ob. Cit., p. 9.

interviene como garante de la legalidad y como encargado de imponer las medidas de coerción o medidas limitativas de derecho que sean necesarios para asegurar los fines del procedimiento"[144].

En el caso de la adopción de una medida de Coerción procesal tan intensa como la Prisión Preventiva, la intervención del juez de investigación preparatoria para velar por el respeto de las normas jurídico procesales y la tutela de los derechos del imputado se hace más prominente[145], pues estamos ante un procesado que no ha perdido la condición de inocente y sigue manteniendo ese derecho humano[146] y fundamental hasta que no tenga sentencia condenatoria firme. Pues el trato que se da a la prisión preventiva no implica un adelantamiento de pena, en tanto se la impone, no por razones de prevención general o especial positiva o negativa o de retribución (que son los fines clásicos de la pena) sino por razones de peligro procesal.

De allí colegimos que si la prisión preventiva se basaría en algún fin de la pena se estaría violando el derecho a la presunción de inocencia[147]. 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

---

[144] PEÑA CABREBRA FREYRE, Alonso. *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 48.

[145] La restricción de un derecho fundamental durante la investigación preparatoria se encuentra sujeto a autorización previa, convalidación y control judicial, según la intensidad de la injerencia (artículo 203 del Código Procesal Penal).

[146] QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad. *El Derecho a la Presunción de Inocencia*. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 16-17.

[147] NEYRA FLORES, José Antonio. "Prisión preventiva: aportes para contar con mejores métodos de obtención de información de calidad". Disponible en sitio web: www.incipp.org.pe/curso/jose-neyra-prision-preventiva.pdf. Consultado el 14 de setiembre de 2016.

como una pena. Así, se establece una prohibición de que la prisión preventiva sea usada como castigo[148].

Para la adopción de esta medida y en el transcurso de su desarrollo, el juez debe actuar acorde al mandato constitucional y no de manera infundada o arbitraria. Cualquier limitación de un derecho fundamental debe ser realizada con las debidas garantías y previa autorización judicial, la cual además debe ser motivada, constituyendo esto derecho al debido proceso del imputado (artículo 139). Además no debemos olvidar a los Pactos Internacionales que constituyen directivas básicas con que deben regir y aplicarse los institutos coercitivos y que posibilitan al Juez a proteger los derechos del Imputado. En este orden de ideas, a nivel normativo, el artículo 7, inciso 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha señalado que *"Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza (...)"*

El artículo 9, inciso 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe lo siguiente: *"Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste*

[148] SANGUINÉ, O. Citado por DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La Prisión Preventiva…* Ob. Cit., p. 308.

decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal."

Código Procesal Penal señala al respecto de las medidas de coerción en general (aplicable a la Prisión Preventiva) señala lo siguiente:

"Artículo 253:

1. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella.

2. La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción (...)"

Artículo 254:

1. Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado (...)

Estas normas resumen que los tribunales encargados de resolver la medida de coerción de prisión preventiva (en este caso, el Juez de Investigación Preparatoria) deben tener presente la legalidad de dicho instituto procesal, que se traduce en el control y aseguramiento de todas las garantías que implica la imposición de la

medida a saber, la concurrencia de sus presupuestos específicos (graves y fundados elementos de convicción, peligro procesal y prognosis de pena, duración, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida).

El órgano encargado de su aplicación deberá ser cuidadoso y no exceder nunca los poderes conferidos, en resguardo de los derechos inherentes al procesado, de carácter fundamental (motivación, plazo razonable, etc.), teniendo en cuenta los principios de legalidad (aplicando todas las normas jurídicas que regulen la materia, tanto en el plano general – a toda medida de coerción – como en el plano específico – presupuestos materiales de la prisión preventiva), proporcionalidad y razonabilidad.

En el mismo sentido se pronuncia DE HOYOS SANCHO, cuando establece que "en el marco del proceso penal, sólo se podrán restringir derechos y libertades con plena vigencia del principio de legalidad y en todo caso, con las garantías previstas en la Constitución, los tratados y las leyes vigentes"[149] con lo que pone de manifiesto que sólo serán admisibles restricciones a los derechos fundamentales si se dan los presupuestos contenidos en los preceptos aplicables, y siempre con plena vigencia del principio de proporcionalidad. En consecuencia, quedan expresamente vetadas las privaciones o limitaciones de derechos y libertades (como en el caso de la Prisión Preventiva) que puedan resultar arbitrarias, ya por producirse fuera de los supuestos y sin las finalidades previstas en la norma, o sin la observancia del procedimiento previsto en la ley (principio de legalidad procesal), con vulneración

[149] DE HOYOS SANCHO, Monserrat. Ob. Cit., pp. 228-229.

de las garantías fundamentales o con desconocimiento de las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad.

3.2. Plazo razonable como plazo proporcional

La jurisprudencia y la doctrina penal, venían reconociendo la idea de la proporción, en su sentido más estricto, en la década de los noventa comienzan a ofrecer una formulación más elaborada de lo que implica el concepto de la actuación pública proporcionada, en la que se tienen presentes el conjunto de rasgos del Derecho Penal actual que lo han ido definiendo como un Derecho preventivo, mínimo, fragmentario y subsidiario.

El principio de proporcionalidad se configura como uno de naturaleza general [como principio general del Derecho] y por ende, responde a todos los sectores del ordenamiento jurídico que tengan como característica la imposición de una sanción o del derecho al debido proceso, ya se trate de una patrimonial en sede del Derecho civil o una de naturaleza disciplinaria en el campo del Derecho administrativo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que no siempre es posible para las autoridades judiciales cumplir con los plazos legalmente establecidos, y que por tanto, ciertos retrasos justificados pueden ser válidos para el mejor resolver del caso. Ahora bien, lo que resulta improcedente o incompatible con las previsiones de la Convención, es que se produzcan dilaciones indebidas o arbitrarias, por lo que debe analizarse en cada caso concreto si hay motivo que justifiquen la dilatación o si, por el contrario, se trata de un retraso indebido o arbitrario.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en su jurisprudencia los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de merituar la razonabilidad del plazo de un proceso, identificando los siguientes criterios de análisis: "a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales y procede a valorar su vigencia en el caso".

3.3. Plazo razonable y debido proceso

El principio de razonabilidad se encuentra integrado por un conjunto de criterios o herramientas gracias a las cuales es posible sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier grupo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de mirada determinado. Es un principio de carácter relativo del cual no se desprenden prohibiciones abstractas, sino por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer; por ello se dice que es un principio relacional en cuanto compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin. El principio de proporcionalidad no es concebido como un principio netamente penal o que tenga su origen en el ordenamiento jurídico-penal[150]. A partir de lo cual, el Derecho penal no puede reclamar exclusividad sobre el principio de proporcionalidad, pues este es importante también en el ámbito del resto de las consecuencias jurídico-penales que

[150] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005, p. 136.

se pueden derivar de la comisión de un delito: las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias[151].

En este sentido la aplicación del Principio de Proporcionalidad es de suma importancia para el reconocimiento al Derecho al Plazo Razonable como contenido implícito del derecho al debido proceso, el cual es un componente de la garantía que ha tenido una importante acogida en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el derecho al plazo razonable del proceso. El derecho al plazo razonable se encuentra regulado en la Declaración Americana y en la Convención Americana en otros instrumentos internacionales, como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6.1, la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6.1, y la Convención de Belém do Pará, artículos 3 y 4. En consecuencia, es obligación de los Estados Americanos su reconocimiento y no vulneración como garantía del proceso.

El debido proceso se constituye entonces como "aquella garantía general mediante la cual se va a dotar de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas que no han sido reconocidas expresamente en la Constitución, pero que se encuentran destinadas a asegurar que el proceso- penal se configure como un proceso justo, conforme a los fines constitucionales y típicos de un Estado de Derecho"[152].

---

[151] AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 118-120.
[152] *Cfr*. TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra editores, 2003.

El derecho al debido proceso es uno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos en el inc. 3 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993, y comprende un conjunto de garantías sustanciales y procesales que han sido especialmente diseñadas para asegurar la legalidad de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de hechos punibles, es decir, constituye una de las limitaciones por excelencia al poder punitivo del Estado. El debido proceso está constituido por un conjunto de derechos y garantías que rodean al proceso y regulan las actuaciones de los sujetos procesales, se entiende como el derecho a un proceso justo, transparente con arreglo a ley y a las garantías reconocidos y consagradas a nivel constitucional.

El debido proceso es un principio fundamental que sintetiza en esencia todas las garantías, los derechos, principios y presupuestos indispensables que debe reunir todo proceso para asegurar al imputado un juicio acorde a ley, justo y equitativo, bajo su definición se integran numerosos principios, derechos y libertades fundamentales vinculados a las partes y a la función jurisdiccional tales como: presunción de inocencia; el derecho de defensa, un juez imparcial y natural, la no incriminación, ser juzgado sin dilaciones indebidas, impugnación de las resoluciones judiciales que afecten sus derechos, ente otros que se encuentran reconocidos en la Constitución y en convenios internacionales.

Se ha de entender entonces como debido proceso al derecho que tiene toda persona a un proceso enmarcado con las garantías de ley; esto es que tanto el Fiscal como el órgano jurisdiccional así como las partes han de actuar dentro de las normas del derecho procesal y sustancial en forma justa y equitativa; de esta manera

ninguna persona ha de ser desviada de una jurisdicción predeterminada y tampoco puede ser sometida a procedimientos distintos de los que ya con anterioridad han sido establecidos, ni juzgados por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que fuera su denominación; tal como lo regula el artículo 130° inciso 3 de la Constitución Política[153].

3.4. Derecho a obtener sentencia en un plazo razonable

El derecho a ser juzgado en plazo razonable tiene reconocimiento en tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ratificados por el Perú y que tienen rango constitucional. En concreto, se encuentran expresamente en el artículo 14, inciso 3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (CADH) entre otros instrumentos internacionales que forman parte del derecho nacional en virtud del artículo 55 de la Constitución de Estado.

Este derecho "es propiamente una manifestación implícita del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva reconocida en la Carta Fundamental (artículo 139 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana"[154].

Finalmente, en cuanto al contenido del derecho en sí, la Corre Interamericana de derechos Humanos ha señalado que "el principio de plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y

[153] DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa, 2007, p. 97.
[154] STC. Exp. Nº 00465-2009-PHC/TC.

asegurar que esta se decida prontamente"[155]. Igualmente, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado en anterior oportunidad que el atributo en mención tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que si tramitación se realice prontamente[156].

3.5. Presupuestos de afectación al plazo razonable

Siguiendo a la jurisprudencia del TC[157], estos criterios se definen de la siguiente manera:

a. La complejidad del asunto, se consideraba a partir de los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados.
b. Actividad procesal del interesado, es necesario tener en cuenta que el uso regular de los medios procesales y la falta de cooperación mediante pasividad absoluta del imputado se distinguen de la defensa "obstruccionista" (signo inequívoco de la mala fe del procesado).

Una defensa obstruccionista es aquella dirigida a obstaculizar las celeridad del proceso, sea la interposición de recurso que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación; así por ejemplo, las contantes y premeditadas faltas a la verdad que desvían el adecuado curso de las investigaciones, entre, otros.

[155] Corte IDH, Caso Suarez Rosero vs Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
[156] STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC.
[157] STC Exp. Nº 2915-2004-HC/TC.

c. Actuación de los órganos judiciales, se debe tener en cuenta el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso. En concreto, algunos actos censurables pueden ser la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones; los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia general.

3.6. La audiencia de control de oficio de la prisión preventiva

La prisión preventiva como medida limitativa de derechos constituye un tema de especial relevancia y polémica dentro de un estado de derecho que procura la protección de una serie de derechos fundamentales, entre ellos el plazo razonable. Dentro de nuestro contexto nacional, diversas posiciones afirman que la democracia expresada en la protección de derechos fundamentales en exceso constituye un obstáculo y amenaza latente en la seguridad ciudadana, afirmando en este sentido que resulta necesario limitar determinadas garantías constitucionales para infundir temor en los "delincuentes", opiniones que procuran a la cárcel como solución a diversos problemas sociales. Esta postura propone por tanto la creación de mayores cárceles y menores condiciones en su interior a efecto de que exista un castigo efectivo.

El cambio propuesto en la presente investigación que podría ser muy útil a efectos de mantener la verdadera esencia y control de los plazos y presupuestos de la prisión preventiva sería la revisión de oficio de la prisión preventiva, institución existente en diversas legislaciones extranjeras. En la actualidad, el defensor es el

que proactivamente solicita la cesación de una prisión preventiva que ya ha sido impuesta, idealmente el juez tendría por su propia iniciativa y naturaleza jurídica por obligación de la norma, revisar cada periodo de tiempo si es que todavía se dan las condiciones para que se justifique la prisión preventiva y si existe un respeto al plazo razonable en los actos de investigación propuestos.

Resulta necesario establecer un estudio previo a efectos de contrastar dicha posición con los requisitos y principios del nuevo sistema procesal y de nuestra constitución, dando a conocer no sólo la efectiva vulneración al principio de presunción de inocencia y plazo razonable, sino también fijar las diferencias de la revisión de oficio de la prisión preventiva con otras instituciones del nuevo código procesal penal.

La adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares es potestad exclusiva del Juez de Garantías, dictada la prisión preventiva nos llevará siempre a recurrir a una audiencia oral para tratar sobre su revisión atacándola ya sea para revocarla o sustituirla, el sustento es que la libertad personal, entendida como el derecho de un individuo de estar sólo donde quiera y de no estar donde no quiera, es una de las libertades humanas más importantes, garantizada por los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos y por la Constitución.

En la revisión de la medida cautelar el debate no se centra en discutir la responsabilidad penal, sino en demostrar que existe un arraigo social, mostrando evidencia documental que le de sustento a las palabras, el defensor debe ser claro y puntual en el lenguaje de los hechos, no es necesario que citemos a todos los autores

que han definido extremos posibles del peligro de fuga, o de que han aparecido nuevos hechos; entonces lo necesario es en esencia la demostración, refutar al fiscal que el procesado no se fugará ni obstaculizará la investigación, debiendo explicar el contenido de lo que se está solicitando el Juez, sustentar sus peticiones, afirmaciones y argumentar con evidencias estratégicamente evaluadas para demostrar la seriedad del pedido, el abogado debe ir preparado responder las objeciones y argumentos de la otra parte en relación al punto controvertido, respetando las normas de litigación.

En este tipo de audiencias se sigue la misma línea de acción del modelo, decir lo que el Juez no sabe, no lo que el Juez ya sabe, hablar de hechos específicos, recordando que el Juez sólo decide sobre lo debatido. En las audiencias de revisión puede resultar vinculante la opinión del fiscal, esto es, que no se oponga a las pretensiones de la defensa; y, de que este sugiera el tipo de medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, ello más aún si se evita de común acuerdo la continuación de una prisión arbitraria.

La audiencia de revisión de la prisión preventiva apreciada en diversas legislaciones comparadas conforme se detallará en un capítulo posterior tiene señalada su propia audiencia, con sus propias formalidades y debe realizarse dentro de un periodo de tiempo determinado luego que se declara fundado el plazo de la prisión preventiva; obviamente se ha considerado este acto como significativo de la naturaleza democrática del sistema acusatorio y de las garantías constitucionales y procesales de los acusados, ello a raíz del ejercicio efectivo de las funciones constitucionales del juez de garantías.

Así pues, cada determinado periodo de tiempo, en el caso propuesto tres meses, el juez examinará la continuación de la prisión preventiva en el plazo otorgado, en su caso, dispondrá la sustitución por otra medida o según sea el caso la libertad del imputado.

El examen propuesto en audiencia de control se realiza en audiencia oral con citación de todas las partes; llevándose a cabo con presencia obligatoria del representante del Ministerio Público y del abogado defensor, inmediatamente luego de finalizada existe un plazo fijado a efecto de que el juez resuelva, el mismo que puede variar de acuerdo a cada legislación, sea el caso de El Salvador, a modo de ejemplo, uno no mayor de cuarenta y ocho horas.

En las legislaciones donde existe la audiencia de revisión o de control de oficio de la prisión preventiva, se ha considerado que si pasa el tiempo y no se define la situación real del imputado, o bien porque hay serias dudas o no ha habido manera de materializar circunstancias acusadoras concretas, transcurrido el tiempo y si no se ven posibilidades de esclarecimiento, la prisión preventiva resulta insostenible.

Por cuestiones de formación, los fiscales son inquisidores y estando seguros de la culpabilidad, procuran la permanencia en prisión del imputado por el mayor tiempo que se pueda, y en ciertos casos, ante la inminente confirmación de la inocencia, retienen para este fin, o en ciertos casos, pese a ya no existir los presupuestos que dieron origen a la prisión optan por mantenerla a efectos de esperar el plazo para obtener el pronunciamiento fiscal respectivo; pero en todo

caso, la incertidumbre termina afectando al acusado, quien de todas maneras debe permanecer en detención provisional por varios meses.

La audiencia de revisión de oficio es sencilla, breve y sin más formalismos que la presencia del juez y de las partes: fiscal – acusado y defensor. Normalmente, el juez realiza un ritual normal en cualquier audiencia verbal, como verificar que las partes estén presentes; eventualmente, en la revisión de oficio el juez da la palabra al Ministerio Público, quien debe sostener la continuación o un posible cambio en la medida existente, la defensa por su parte, debe demostrar la debilidad en uno o varios de los fundamentos del requerimiento fiscal o de la aplicación de medidas cautelares, recordando para ello los principios de la prisión preventiva (legalidad; presunción de inocencia, responsabilidad, excepcionalidad, proporcionalidad y motivación). Pero, aún y cuando los principios anteriores favorezcan la aplicación de dicha medida cautelar, en apariencia; aún se cuenta con el criterio universal de debatir el plazo existente de la prisión preventiva, pudiendo inclusive reducir el tiempo restante en la investigación, o bien proponer un cambio a otra medida que procure los mismos fines.

Luego de dichas intervenciones, el juez se retira un momento para razonar lo que resolverá y en ese momento, lo hace, sin más intervenciones, quedando a potestad del juzgador escuchar alegatos eventuales y esporádicos de las partes con el fin de fortalecer las posiciones, después de terminado el debate.

Se trata de estudiar, analizar, comprobar y verificar, minuciosamente, circunstancias, hechos y resultados, para hacerlos congruentes con la realidad procesal del momento.

La legislación comparada, obliga a las partes a concurrir a revisar las circunstancias bajo las cuales, una persona se encuentra en prisión preventiva, así pues se le ha dado suma importancia a esta audiencia, para evitar la estancia innecesaria en detención de una persona.

En la práctica, se resta importancia a esta institución por una aparente economía procesal, por recarga de trabajo, o por encontrarse próxima la audiencia posterior a la etapa de control de emisión del requerimiento respectivo, sin considerar que tan solo un día bajo detención puede ser un grave perjuicio para una persona, sobre todo cuando válidamente pueda sustituirse esa medida cautelar.

La legislación extranjera obliga a realizar revisiones periódicas, claro establece límites, pero estos límites no se basan en las realidades de cada caso específico, sino en una generalidad establecida por la ley, tiene validez, pero no significa que hay que esperar los periodos legales para volver a pedir la revisión de las medidas; esa regla es para que opere oficiosamente.

La petición de una audiencia de revisión de medidas no puede tener carácter dilatorio, pues no modifica los demás términos procesales. Si el imputado sigue en detención, la defensa, puede estar insistiendo en que se revise la prisión preventiva, como parte de una asistencia técnica y leal a favor del defendido, esto no es ilegal ni ilícito, más que para las personas inquisidoras y autoritarias enquistadas en las instituciones públicas. Es evidente que si incurren los presupuestos para hacer viable la revisión, procede entonces, la modificación de la decisión inicial.

3.7. Legislación comparada

a) Costa Rica

Artículo 253.- Revisión de la prisión preventiva. Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda.

Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior.

Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él.

Artículo 254.- Revisión, sustitución, modificación y cancelación de las medidas. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el tribunal, aun de oficio y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares y

las circunstancias de su imposición, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición.

Si la caución rendida es de carácter real y es sustituida por otra, será cancelada y los bienes afectados serán devueltos.

Artículo 257.- Cesación de la prisión preventiva. La privación de libertad finalizará:

a) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, aun antes de que transcurran tres meses de haberse decretado.

b) Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada.

c) Cuando su duración exceda de doce meses

Artículo 258.- Prórroga del plazo de prisión preventiva. A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal de Apelación de Sentencia, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

Si el tribunal de juicio dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo de prisión preventiva podrá ser prorrogado mediante resolución fundada, por seis meses más. Esta última prórroga se sumará a los plazos de prisión preventiva señalados en el artículo anterior y en el párrafo primero de esta norma.

Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

El Tribunal de Apelación de Sentencia, excepcionalmente y de oficio, podrá autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

De manera excepcional, la Sala de Casación Penal podrá ampliar, en los asuntos de su conocimiento, la prisión preventiva hasta por seis meses más allá de los términos de ley autorizados con anterioridad.

b) República Dominicana

Artículo 238.- Revisión. Salvo lo dispuesto especialmente para la prisión preventiva, el juez, en cualquier estado del procedimiento, a solicitud de parte, o de oficio en beneficio del imputado, revisa, sustituye, modifica o hace

cesar las medidas de coerción por resolución motivada, cuando así lo determine la variación de las condiciones que en su momento las justificaron.

En todo caso, previo a la adopción de la resolución, el secretario notifica la solicitud o la decisión de revisar la medida a todas las partes intervinientes para que formulen sus observaciones en el término de cuarentiocho horas, transcurrido el cual el juez decide.

Artículo 239.- Revisión obligatoria de la prisión preventiva. Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en que se dispone expresamente, el juez o tribunal competente examina los presupuestos de la prisión preventiva y, según el caso, ordena su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado.

La revisión se produce en audiencia oral con citación a todas las partes y el juez decide inmediatamente en presencia de las que asistan. Si compete a un tribunal colegiado, decide el presidente.

El cómputo del término se interrumpe en los plazos previstos en el artículo siguiente o en caso de recurso contra esta decisión, comenzándose a contar íntegramente a partir de la decisión respectiva.

Artículo 240.- Revisión a pedido del imputado. El imputado y su defensor pueden provocar la revisión de la prisión preventiva que le haya sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento. La audiencia prevista en el artículo anterior se lleva a cabo dentro de las cuarentiocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud.

Al revisarse la prisión preventiva el juez toma en consideración, especialmente, la subsistencia de los presupuestos que sirvieron de base a su adopción.

Artículo 241.- Cese de la prisión preventiva. La prisión preventiva finaliza cuando:

1) Nuevos elementos demuestren que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;
2) Su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional;
3) Su duración exceda de doce meses;
4) Se agraven las condiciones carcelarias de modo que la prisión preventiva se convierta en una forma de castigo anticipado o trato cruel, inhumano o degradante.

Artículo 242.- Prórroga del plazo de la prisión preventiva. Si el fallo ha sido recurrido por parte del imputado o del ministerio público en su favor, el plazo del artículo anterior puede prorrogarse por seis meses. Vencido ese plazo, no se puede acordar una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva.

c) Chile

Artículo 144. Modificación y revocación de la resolución sobre la prisión preventiva. La resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será

modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento.

Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá rechazarla de plano; asimismo, podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida. En todo caso, estará obligado a este último procedimiento cuando hubieren transcurrido dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva. Si la prisión preventiva hubiere sido rechazada, ella podrá ser decretada con posterioridad en una audiencia, cuando existieren otros antecedentes que, a juicio del tribunal, justificaren discutir nuevamente su procedencia.

Artículo 145. Substitución de la prisión preventiva y revisión de oficio. En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá substituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del Párrafo 6º de este Título.

Transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.

d) Paraguay

Artículo 248.- Carácter de las decisiones. La resolución que imponga una medida cautelar, la rechace o sustituya, es revocable o reformable, aun de

oficio, en cualquier estado del procedimiento, cuando hayan desaparecido sus presupuestos.

Artículo 249.- Eximición de medidas cautelares. El imputado podrá presentarse por sí o por medio de un abogado ante el juez, antes de la aplicación de la medida, por escrito o en forma oral, solicitando que se lo exima de la prisión preventiva o de las otras medidas cautelares. El juez resolverá de inmediato la petición en el caso que sea procedente.

Artículo 250.- Excarcelación y revisión de medidas cautelares. El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurran todos los presupuestos exigidos para el auto de prisión preventiva. El juez examinará la vigencia de la medidas cautelares privativas de libertad cada tres meses, y en su caso, las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá la libertad. El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente, sin perjuicio de la responsabilidad que contrae el defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva.

Artículo 251.- Trámite de las revisiones. El examen se efectuará en audiencia oral, que deberá convocarse dentro de las cuarenta y ocho horas, con citación de todas las partes; pero se la llevará a cabo con aquellas que concurran. Finalizada la audiencia, el juez resolverá inmediatamente, ordenando lo que corresponda.

Artículo 252.- Revocación de la prisión preventiva. La prisión preventiva será revocada:

1) cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;
2) cuando su duración supere o equivalga al mínimo de la pena prevista, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión a prueba de la ejecución de la condena;
3) cuando su duración exceda los plazos establecidos por este código; pero si se ha dictado sentencia condenatoria, podrá durar tres meses más, mientras se tramita el recurso; y,
4) cuando la restricción de la libertad del imputado ha adquirido las características de una pena anticipada o ha provocado limitaciones que exceden las imprescindibles para evitar su fuga.

Vencido el plazo previsto en el inciso 3) en adelante no se podrá decretar una nueva medida cautelar, salvo la citación o conducción del imputado por medio de la fuerza policial al solo efecto de asegurar su comparecencia al juicio.

e) El Salvador

Artículo 306.- Solicitud de revisión. El imputado y su defensor podrán solicitar la revisión o la sustitución de una medida cautelar en cualquier estado del procedimiento y todas las veces que lo consideren oportuno, sin perjuicio

de la responsabilidad profesional del defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva.

Artículo 307.- Examen obligatorio. Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en las que se dispone expresamente, el juez examinará la continuación de la detención o internación provisional o, en su caso, dispondrá la sustitución por otra medida o la libertad del imputado.

El examen se realizará en audiencia oral con citación de todas las partes; pero la audiencia se llevará a cabo con aquellos que concurran. Inmediatamente de finalizada y se llevará a cabo dentro de los cuarenta y ocho horas de solicitado, el juez resolverá.

La audiencia prevista en el Artículo anterior se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, siempre que la petición sea calificada de pertinente por el Juez y no sea dilatoria o repetitiva.

3.8. Teoría de la ponderación de derechos fundamentales

3.8.1. Principio de supremacía constitucional

En el ámbito del proceso penal el principio de la Supremacía Constitucional juega su papel más importante, dado los intereses en conflicto: liberal-seguridad; pues si bien de acuerdo al diseño Constitucional del Proceso Penal las normas procesales deben ser coherentes con las normas constitucionales, existen normas que contrarían a la constitución o al modelo procesal penal, o en su defecto no existe norma procesal; en el caso de las normas procesales que contrarían la constitución

en virtud al principio de la supremacía constitucional el juzgador deberá hacer una interpretación de acuerdo a la constitución; en el caso de vacío legal, el juzgador aplicara directamente la Constitución, haciéndose necesario por ende la implementación de determinadas instituciones a efectos de salvaguardar derechos fundamentales. En efecto "la Constitución es una norma; pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora al sistema de valores esenciales que ha de construir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico"[158].

El principio de la supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado estructurado sobre las bases del imperio de la constitución obliga por igual a todos los gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico la constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariarla, sirviendo de igual manera como fuente de inspiración y el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental.

Asimismo, no debe dejarse de lado el valor normativo de la Constitución en el proceso penal. Como es de todos conocidos, el proceso penal recrea el conflicto histórico entre el poder estatal y la libertad de las personas (conflicto secundario), y, también el interés de la víctima versus el interés del imputado (conflicto primario). Y por consiguiente, los intereses que se contraponen en un proceso penal,

[158] Sentencia N° STC-9/1981 Tribunal Constitucional Español.

son intereses constitucionales. Por ello es que el proceso penal debe ser respetuoso de los principios constitucionales, y por ello la doctrina de forma unánime al igual que la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada que el proceso penal obedece a un diseño constitucional; en este sentido Klas Tiedemann ha señalado: "la independencia del Derecho Procesal Penal respecto al Derecho Constitucional".

Alberto Binder ha referido a la existencia de un "diseño constitucional del proceso penal". Juan Luis Gómez Colomer ha manifestado la necesidad de un "proceso constitucionalmente debido". Eberhard Schmidt ha afirmado que el proceso penal tiene "fundamentos constitucionales". "Para resolver los casos, los jueces tenemos que realizar juicios de ponderación de intereses constitucionales y no únicamente subsunción"[159]; se debe realizar una interpretación desde y conforme a la Constitución.

El diseño constitucional del proceso penal o las bases constitucionales del mismo exigen determinado modelo de proceso penal, y este debe recepcionar dicho diseño o bases constitucionales. En efecto, cabe analizar también desde este punto de vista instituciones como la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva a la luz de los aspectos básicos de la normatividad procesal penal consagrados por la constitución, precisando los fines esenciales del ordenamiento jurídico, y elevando una interpretación constitucional sobre su debida procedencia. Esto supone que todas las normas procesales penales deben ser coherentes a las previsiones constitucionales.

[159] BURGOS MARIÑOS, Víctor. Ob. Cit., 57.

3.8.2. Necesidad de interpretación constitucional

Los autores Martínez y Fernández"[160], describen una serie de supuestos básicos que orientan las necesidades de interpretación constitucional:

1. *" Muchos conceptos jurídicos no están definidos en la ley;*
2. *Las leyes solo contienen principios y líneas generales de regulación;*
3. *El lenguaje de las normas no puede ser sometido a una lógica matematizante que conduzca a resultados indiscutibles;*
4. *El principio "in claris non fit interpretatio" hoy es rechazado tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial;*
5. *Si el texto contradice la finalidad de la institución, será preciso interpretarlo".*

La interpretación jurídica resulta necesaria a efectos de resolver una controversia y su expresión más sólida la constituye la fase final del razonamiento jurídico, la motivación del juez, para ello, el Juzgador acude a las reglas y normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

Para el caso concreto el establecimiento de una nueva institución en nuestro ordenamiento procesal penal, como normativa adicional a la ya existente debe ser expuesta constitucionalmente a efectos de analizar si contradice o no la finalidad de los principios y garantías que la inspiran o si por el contrario resulta en una vulneración evidente de los mismos.

[160] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNANDEZ SUÁREZ, Jesús. "Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica". En: "*La interpretación jurídica*". Módulo de Razonamiento Jurídico. Lima: AMAG, 1999, p. 55.

3.8.3. Características de los conflictos constitucionales

Los conflictos constitucionales gozan de características especiales, las incertidumbres que involucran siempre estarán referidas a derechos fundamentales. En tal sentido, el problema a resolver implicará tener en cuenta cómo se desarrollan las interactuaciones entre las normas ordinarias y las disposiciones constitucionales que prevén la protección de derechos fundamentales.

Cabe citar las reglas de interpretación constitucional desarrolladas por Segundo Linares[161] a propósito de los *leading-cases* constitucionales del Tribunal Supremo norteamericano:

a) *"Fin supremo de interpretación constitucional. En la interpretación constitucional siempre debe prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, es también restricción de poderes en amparo de la libertad individual;*
b) *Interpretación amplia. La Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal, y práctico y nunca estrecho, limitado y técnico.*
c) *Sentido de las palabras de la Constitución. Las palabras que emplea la Constitución deben entenderse en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido técnico;*
d) *La Constitución como un todo orgánico. El significado de cada parte debe determinarse en armonía con las partes restantes;*

[161] *Cfr*. LINARES, Segundo. *La Constitución interpretada*. Buenos Aires: Depalma Editor, 1960.

e) La Constitución como instrumento de gobierno permanente. La Constitución ha de ser interpretada teniendo en cuenta(...) las condiciones, circunstancias y necesidades sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su aplicación e interpretación;

f) Privilegios y excepciones. Las excepciones y privilegios deben interpretarse con sentido restrictivo;

g) Presunción de constitucionalidad. Los actos de los poderes públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con ésta".

3.8.4. Principios de interpretación constitucional

"*Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción determinados. Los principios son mandatos de optimización (...) los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico*"[162].

Los principios constituyen un modo de resolver igualmente conflictos constitucionales. Y aun cuando no están conformados por una estructura silogística, su aplicación revela *per se* una técnica de interpretación.

Nuestro Tribunal Constitucional, a partir de las propuestas de Konrad Hesse desarrolla en el caso Lizana Puelles[163] didácticamente los principios constitucionales que viene aplicando en varios de sus pronunciamientos:

---

[162] BERNAL PULIDO, Carlos. **"***La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales***".** Lima: AMAG, p. 87.
[163] STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC.

"Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

a. *El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.*
b. *El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).*

c. *El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.*

d. *El principio de función integradora: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.*

e. *El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto".*

3.8.5. El principio de proporcionalidad

La Constitución de 1993 ha establecido en el último párrafo del artículo 200º de manera expresa el principio de proporcionalidad, al permitir a los jueces evaluar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, dictadas en estados de excepción, a través de las acciones de garantía de amparo y habeas corpus. Del sentido literal de la norma pareciere que el principio se delimita al ámbito de estos supuestos de excepción, sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional, este principio al tener connotación

constitucional comprende todo el ámbito del derecho, constituye un principio angular del sistema jurídico de todo Estado Constitucional de derecho, en tanto se permite evaluar si las acciones desplegadas por los poderes públicos no lesionan los derechos fundamentales y, en caso de que sí lo hagan, estén fáctica y jurídicamente justificadas.

El Tribunal Constitucional, partiendo de los principios de unidad y concordancia práctica, ha precisado que el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad[164].

Es a partir de esta precisión jurisprudencial del Tribunal Constitucional que se ha institucionalizado el principio de proporcionalidad como un principio fundamental del sistema jurídico constitucional; debiéndose precisar que no es el

[164] STC Exp. 0012-2006-PI/TC.

primer pronunciamiento jurisdiccional del máximo intérprete de nuestra Constitución sobre el tema, toda vez que ya lo había hecho en el Expediente N° 0010-2000-AI/TC; en cuya sentencia interpreta que la exigencia de proporcionalidad para las medidas restrictivas de derechos no se circunscribe a los supuestos de un estado de excepción, como parecería indicar literalmente la norma, sino que al tener la calidad de principio se proyecta a todo el ordenamiento jurídico; mucho más si, como indica la doctrina jurisprudencial comparada y lo recoge el propio tribunal, el principio de proporcionalidad al derivar de la cláusula del Estado de Derecho, no solamente comporta una garantía de seguridad jurídica, sino que –además- supone la efectivización de reales y precisas exigencias de justicia material.

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad se fundamenta en la naturaleza de la cláusula de Estado de Derecho y en el valor justicia, es tal vez tan igual, o más de importante que éstos, la dignidad humana como base fundante, en tanto constituye el fin supremo de la sociedad y el Estado, como reza el artículo 1° de la Constitución Política.

3.8.6. La teoría de la ponderación de derechos

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales. Al respecto debemos precisar, conforme señala Carlos Bernal Pulido[165]: "*Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como*

[165] BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. Cit., p. 87.

señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario".

Prosigue el mismo autor: "*Dworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. (...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación*".

Por la ley de la ponderación, asumimos que: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro". A su vez, con la fórmula del peso, Robert Alexy refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión.

En relación a los límites de la ponderación, debemos señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete.

El Tribunal Constitucional ha establecido que debido a la propia naturaleza el principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal[166].

[166] STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC.

3.8.6.1. Test de razonabilidad

El l Tribunal Constitucional ha establecido que dentro de la esfera de la protección de fines constitucionalmente relevantes, una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales solamente se justifica en virtud del principio razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional[167].

3.8.6.2. Test de idoneidad

Según el Tribunal Constitucional "La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin"[168]

Este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución.

En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función

[167] STC. Exp. Nº 0024-2010-PI/TC.
[168] STC. Exp. 00045-2004-PI/TC.

de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental[169].

Este juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional prima facie de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad

3.8.6.3. Test de necesidad

De acuerdo a lo esbozado por el Tribunal Constitucional: "… para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental"[170].

[169] STC. Exp. N° 0030-2004-AI/TC.
[170] Ibídem.

Esta etapa tiene como finalidad principal verificar la existencia o no de medios alternativos al elegido y, de haberlos, si son menos gravosos que este último. Se trata del análisis de una relación medio-medio. Lo que significa que el juicio de necesidad supone un proceso de comparación entre el medio elegido y aquellos que hipotéticamente se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin constitucional; debiéndose entender que los otros medios disponibles al momento de la elección de la medida también deben ser idóneos. Por tanto el examen de necesidad del medio o medida supone verificar la presencia de otros medios hipotéticos alternativos idóneos y si son menos gravosos que el elegido"[171].

3.8.6.4. Juicio de ponderación

El principio de proporcionalidad en sentido estricto presupone que la intervención en los derechos fundamentales para que ostente legitimidad constitucional debe tener un objetivo de satisfacción por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. Alexy[172], manifiesta que la proporcionalidad en sentido estricto hace alusión a una técnica de ponderación, que debe ser entendida de la manera siguiente: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". Esta técnica es denominada "ley de la ponderación" y tiene como finalidad la optimización de las posibilidades jurídicas, a diferencia de la idoneidad y necesidad que tienen como propósito la optimización de las posibilidades fácticas.

[171] STC. Exp. Nº 0045-2004-PI/TC.
[172] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 607.

Se trata entonces, de resolver conflictos entre principios. Tal situación conflictiva se presenta cuando dos principios constitucionales se encuentran contrapuestos. En tal hipótesis, en la ponderación habrá siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implica un sacrifico parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.

Nuestro Tribunal Constitucional[173], siguiendo el enfoque alexiano señala: "para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso".

El Tribunal Constitucional plantea, con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad de la manera más óptima, una metodología que puede comprender tres criterios y que serían los siguientes: i) un primer criterio, que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja; ii) un segundo criterio, que cuanto mayor sea

[173] STC Exp. N° 0030-2004-AI/TC.

la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, iii) como tercer criterio, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva[174].

Todo esto significa un proceso de optimización del contenido esencial de cada uno de los principios que se encuentran dentro de un escenario aparentemente antagónico, de forma tal que cada uno sea plenamente efectivo. Por consiguiente, la ponderación no tiene como propósito relegar o excluir a un principio, sino que, ante razones de peso, reordena el escenario jurídico y, como tal, restablece el equilibrio jurídico aparentemente alterado.

[174] STC Exp. 0030-2004-AI/TC.

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Función del juez de garantías

Como es de verse nuestro actual sistema procesal penal tiene marcado como tendencia constitucional la división efectiva de roles de cada uno de los sujetos procesales, en tal sentido, el rol del juez de investigación preparatoria surge como un efectivo sujeto de control de las garantías reconocidas en nuestro sistema, precisamente este control ante la vulneración de derechos en específico hacia la parte investigada, sea para el caso concreto del reo en cárcel, se aplica como una protección ante posibles abusos o excesos que pueda cometer el representante del Ministerio Público en el ejercicio de su actuación, constituyéndose de esta manera como el único garante reconocido en nuestro sistema para tal efecto.

Si bien el ejercicio fiscal dispone los actos de investigación que presuma pertinentes, los mismos se encuentran controlados en su ejecución por parte del juez de garantías, este control por ende no puede ser interpretado como intromisión dentro del proceso, toda vez que al formase un caso con conocimiento judicial, esto es una formalización de la investigación con una medida restrictiva de derechos, el rol de control del juez se activa no en cuanto a la decisión de que actos de investigación pueda llevar a cabo el representante del Ministerio Público, sino por el contrario, que estos se lleven a cabo conforme a las reglas de actuación correspondiente, en tal sentido nuestro propio código procesal penal establece como función en su artículo 29° al juez de investigación preparatoria los actos de control

que dicho cuerpo legal reconoce; estos actos de control justamente responden a evitar excesos del ejercicio de la actividad fiscal que puedan afectar derechos fundamentales, ejercicio que puede expresarse también en un aspecto de omisión de actos de investigación dentro del plazo solicitado.

Nuestro sistema busca entonces proteger aspectos vacíos en cuanto a la protección de garantías para los justiciables, esto es cargarse de herramientas efectivas que procuren un ejercicio pleno de los derechos reconocidos en nuestra constitución, esto es, aun cuando un derecho se encuentre restringido, se mantengan derechos constitucionales alternos que no descuiden la naturaleza de la condición de la medida interpuesta.

Para el caso en concreto, una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva va acorde al ejercicio como juez de garantías en tanto procuraría la creación y adopción de una herramienta acorde con la naturaleza de su función protectora que evite la vulneración del plazo razonable, del debido proceso y del mantenimiento de la naturaleza de la prisión preventiva.

Tal institución procesal responde también a la realidad mostrada por diversos países que aplican el nuevo modelo procesal penal, así pues la legislación comparada muestra una correspondencia entre el ejercicio efectivo de las garantías del nuevo sistema procesal penal con el rol eficiente del representante del Ministerio Público dentro de la investigación, siendo nuestro sistema, constitución y título preliminar compatible con una interpretación de la audiencia de control de la prisión como mecanismo efectivo de garantías que asisten al reo en cárcel.

4.2. El principio acusatorio

El Ministerio Público tiene una serie de funciones reconocidas en nuestro ordenamiento constitucional, las mismas que en la actualidad se encuentran acordes a nuestro nuevo modelo procesal penal; en tal sentido no sólo se le otorga a dicha institución tener el ejercicio exclusivo de la acción penal, sino que además por la propia naturaleza del principio, se le otorga también tener la calidad de director de la investigación desde su inicio, valiéndose para ello de todas las herramientas procesales que estime pertinentes y que se encuentran reconocidas tanto en la Constitución como en nuestro Código Procesal Penal.

En virtud a este principio es el representante del Ministerio Público quien toma decisión de los actos de investigación que llevará a cabo, del posible apoyo policial solicitado y de los requerimientos ante el Juez de Investigación Preparatoria que estime pertinentes a efectos de conducir su investigación con miras a la postulación de una formalización de la investigación preparatoria, una acusación o según sea el caso un archivo o sobreseimiento.

En tal sentido, hablar de una posible intromisión de alguno de los sujetos procesales a tal función devendría en una violación o alteración a este principio constitucionalmente reconocido; en este extremo cabe resaltar y diferenciar cual puede llegar a ser el efecto del Juez de garantías dentro del ejercicio del principio acusatorio; ya se ha esbozado que la función del Juez de Investigación preparatoria va dirigida justamente a evitar que el fiscal en ejercicio de sus funciones, pueda cometer abusos y llegue a vulnerar derechos o garantías.

Es decir en el caso de los actos de investigación programados por el Ministerio Público, que los mismos se realicen conforme a ley, de manera pertinente y con la protección de todas las garantías procesales existentes a ambas partes, inclusive si la parte investigada tiene una medida de prisión preventiva en giro, hecho que debe generar una mayor atención en el trámite.

Para el caso de la figura de la audiencia de control automático de la prisión preventiva, el control que ejerce el Juez de Investigación Preparatoria, no va dirigido a vulnerar el Principio acusatorio, esto es, no busca que el fiscal realice nuevos actos de investigación o que evite realizar los ya programados, por el contrario, la audiencia de control de la prisión preventiva busca que el fiscal conduzca su actuación con probidad, con el debido respeto a la naturaleza de la medida procesal que coexiste en el trámite, esto es, que los actos de investigación sean realizados de manera pertinente, evitando dilaciones o prórrogas que no tengan sustento en los supuestos de ley.

De esta manera, el juez de garantías busca ejercer un control estricto de la naturaleza de la medida de prisión que ya ha otorgado, buscando evitar que ocurran supuestos como el del caso representativo, o que se mantenga una prisión preventiva que ha perdido los supuestos para la cual fue otorgada, ello no implica alteración al principio acusatorio, por el contrario, busca fortalecer mecanismos de control del juez de garantías, y fortalecer el cumplimiento de otros principios y derechos fundamentales reconocidos a ambas partes procesales.

4.3. Naturaleza y duración de la prisión preventiva

Se debe hacer presente que el derecho a la libertad se encuentra constitucionalmente reconocido y protegido en nuestro sistema legal; sin embargo, como derecho fundamental no tiene naturaleza absoluta dentro de nuestro sistema procesal penal en relación a otros derechos, por el contrario puede ser objeto de restricciones previamente establecidas a fin de responder a fines superiores, para el caso concreto de la prisión preventiva, la persecución del delito. Ahora si bien nuestro sistema reconoce la restricción de este derecho a través del requerimiento fundado de prisión preventiva, la misma debe responder a determinadas características en cuanto a su naturaleza, duración y aplicación práctica, ello en respuesta y defensa a nuestro estado constitucional de derecho.

Así pues, en lo que respecta a su naturaleza, la prisión preventiva sólo es posible si se respetan los criterios establecidos para su aplicación, esto es, representar un fin cautelar o de efectividad y presencia en el proceso, toda aplicación de la prisión preventiva que responda a espacios fuera de dicha causa hace que esta institución se desnaturalice en cuanto a su ejecución; no debiendo responder por ejemplo a cuestiones de demanda social, seguridad o anticipación de la pena. En lo que respecta a la duración que debe tener la prisión preventiva, debe tenerse en cuenta la estrecha relación que debe tener con sus características y principios.

En lo que respecta a las características, debe mantener un estricto y constante respecto a su instrumentalidad, provisionalidad y variabilidad, es decir, ser un medio para garantizar un adecuado juzgamiento, no puede tener carácter

indeterminado y debe cesar en cuanto varíen los supuestos que dieron origen a su imposición respectivamente. En cuanto a sus principios dicha institución procesal debe avocarse en estricto el principio de proporcionalidad, el cual constituye un ejercicio de control efectivo de los poderes públicos al momento de restringir derechos fundamentales, ello en relación a la intensidad y duración en la imposición de dicha medida, que no debe caer en espacios de duración excesivos, inadecuados o innecesarios que le quiten el carácter de excepcional.

Partiendo de este análisis y en relación a los casos concretos, debe apreciarse que en los casos en los cuales la inactividad fiscal por motivos ajenos al proceso, como la carga procesal, generen espacios de inactividad fiscal, ocasionan una vulneración tanto a la naturaleza como al principio de proporcionalidad de la prisión preventiva; esto es, ocasionar que la inactividad fiscal no lleve a cabo con eficiencia y probidad los actos de investigación a los que fue destinado, ocasiona justamente un fin diferente a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, que puede caer inclusive en una mera pena anticipada.

Corresponde al representante del Ministerio Público actuar con probidad en el plazo brindado para la prisión preventiva, y de igual manera el cuidado, garantía y cumplimiento de dicha medida corresponde al sujeto procesal que otorgó tal condición, es de verse entonces, el juez de investigación preparatoria no puede dejar al libre albedrio la ejecución de la prisión preventiva, en tanto como medida que afecta un derecho fundamental, merece cierto mecanismo de control de oficio a fin de velar por la correcta protección continua de su naturaleza y duración, hecho que se aprecia en una debida protección a través de la legislación comparada en la

audiencia de control automático de la prisión preventiva en la que no sólo se verifica cada determinado espacio de tiempo el correcto trámite de una investigación fiscal con atención a la urgencia de un reo en cárcel, sino que además procura el control de los presupuestos que dieron origen a la medida correspondiendo aplicar incluso de oficio la variación de dicha medida en cuanto se aprecien los presupuestos que dieron originen a dicha institución procesal hayan variado.

4.4. El derecho al plazo razonable y el debido proceso

El proceso penal como herramienta que coadyuva al cumplimiento de uno de los fines constitucionales de nuestro estado de derecho como lo es una correcta y debida administración de justicia, debe reunir en todas sus etapas un respeto permanente a todas las garantías y derechos reconocidas tanto en la misma norma constitucional como en nuestro ordenamiento procesal penal, así pues, al tratarse por una parte del sometimiento de una persona a una sindicación de delito determinado y por otra parte la exigencia de solución de un conflicto primario y secundario, dicho proceso penal debe desarrollarse en el menor tiempo posible.

Lo que viene a ser dentro en un plazo razonable, el mismo que en relación con el plazo proporcional, debe llevarse a cabo dentro de los estándares legales de límite previamente establecidos, y en caso no se cumplan los mismos, debe procurarse que los posibles retrasos se encuentren justificados, no cayendo en dilaciones indebidas o arbitrarias, sino que las mismas respondan en estricto a factores reconocidos de manera taxativa como lo es por ejemplo la complejidad del caso, permitiendo como consecuencia que el investigado se encuentre por el menor

tiempo posible bajo un criterio de investigación, acusación, o que el caso se decida prontamente.

El plazo razonable junto a otros derechos y garantías conforman en esencia el debido proceso, el cual consiste en darle completa legalidad a la actividad jurisdiccional, haciendo que todas las garantías y derechos reconocidas en la constitución tiendan a estar presenten y aseguren el proceso conforme a los fines de nuestro estado de derecho, dándole un proceso conforme a ley, justo y equitativo.

Por otro lado, si bien dichos principios son tomados de manera genérica al proceso penal, es de verse que su aplicación y concepto por su misma esencia, abarca todas las etapas del mismo, incluyendo consecuentemente al periodo de investigación y prisión preventiva como tal, siendo por la naturaleza de la condición procesal del investigado, el mismo tiene una exigencia mayor en cuanto a su actuación y cuidado por parte de los sujetos procesales para el cumplimiento del plazo razonable y la protección del debido proceso tomando en consideración su correcta ejecución.

En este sentido, en relación a la audiencia de control automático y los principios antes citados, el rol del Juez de Investigación Preparatoria se hace más crítico en tanto hablamos de derechos fundamentales que se encuentran restringidos en sede preliminar y que requieren de su parte una intervención más prominente que controle y asegure el cumplimiento de dichas medidas en relación al tiempo de su ejecución y a las condiciones debidas de su ejecución, y por ende una mayor protección al plazo razonable y al debido proceso.

4.5. Aplicación práctica

4.5.1. Descripción de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva

A efectos de realizar una correcta y ordenada discusión en torno a la aplicación práctica o no que podría tener la audiencia de control de oficio o control automático de la prisión preventiva dentro de nuestro código procesal penal, se debe empezar haciendo referencia a las características principales que tiene dicha audiencia, para lo cual debemos acudir a las diversas legislaciones reformadas que han establecido audiencias de control automático cada cierto periodo de tiempo como mecanismo para forzar al órgano jurisdiccional a realizar una permanente revisión de oficio de su necesidad d extenderse en el tiempo; en tal sentido la audiencia de control tiene como finalidad una revisión de la medida previamente otorgada por el Juez de Investigación Preparatoria, busca en primer sentido realizar un control en la debida y oportuna realización de los actos de investigación que han sido programados y propuestos por el representante del Ministerio Público, pudiendo inclusive ordenar en caso se aprecie evidente inactividad fiscal, copias al órgano de control respectivo, en segundo lugar es de apreciarse una verificación de oficio de la continuación de los presupuestos que han dado origen a la medida, debiendo el debate centrarse sólo a dichos aspectos.

En tal sentido, puede inclusive el Juez de Investigación Preparatoria ordenar la cesación de dicha medida, su variación o su prórroga según sea el caso conforme a lo sustentado por las partes, en consecuencia, por la dinámica de dicha audiencia, el informe del estado del caso, actos de investigación realizados, por realizar y la

vigencia o no en torno a los presupuestos de la medida, dicha audiencia al ser por esencia de revisión y control de lo ya establecido, tiene una duración corta en relación a otras audiencias, inclusive a la audiencia misma de prisión preventiva, por lo cual su duración conforme a la práctica y conocimiento de su finalidad, puede llegar a ser debidamente desarrollada en un espacio aproximado de treinta minutos, duración que en la actualidad tienen en promedio las de determinados casos en su control de acusación o que podría llegar a tener inclusive la debatida audiencia de control de la formalización de la investigación preparatoria.

4.5.2. Factibilidad de ejecución en Ministerio Público

El Ministerio Público conforme a los fines constitucionales que posee tiene diversas fiscalías especializadas, en lo que respecta al área penal, tenemos en Huaraz por ejemplo se cuenta con seis fiscalías provinciales penales corporativas, las mismas que se dividen en despachos, ello muy aparte por ejemplo las fiscalías anticorrupción que cuenta con cinco despachos fiscales en donde cada despacho está liderado por un fiscal provincial, eso significa que el Ministerio Público cuenta con personal fiscal y administrativo suficiente para poder afrontar procesos con requerimiento de prisión preventiva.

4.5.3. Implementación en poder judicial

A lo largo de la presente investigación se ha sostenido la importancia que tiene la audiencia de control automático de la prisión preventiva; sin embargo, es en este punto en el que la aplicación práctica que puede tener dicha audiencia y la factibilidad de su realización cobra mayor discusión y análisis en cuanto a los

fundamentos para su realización y establecimiento dentro de los Juzgados de Investigación Preparatoria, es aquí donde se determina si dicha audiencia requiere la creación de más Juzgados de Investigación Preparatoria, o de Juzgados Especializados en el control de esta medida, o si por el contrario pueden encajar perfectamente dentro del rol de audiencias programadas que tiene en la actualidad cada juzgado de investigación.

A efectos de fundamentar más su factibilidad, se debe recordar que las audiencias de control se dan sólo en etapa de investigación, y la misma no siempre llega a darse dentro de los nueve meses, siendo un fin del control que las mismas se lleven a cabo en el menor tiempo posible, no siendo necesario en muchos casos llegar a una segunda o tercera audiencia de control, sin embargo los datos han sido trabajados considerando que los procesos hayan requerido tres audiencias de control; finalmente, no se han considerado las posibles terminaciones de la prisión preventiva ya sea por ejemplo por alguna terminación anticipada, hechos que reducen el promedio mensual de audiencias de control.

4.5.4. Aplicación de la teoría de ponderación de intereses

En la presente investigación se han citado determinados derechos fundamentales vinculados al establecimiento de la audiencia de control automático de la prisión preventa, corresponde en este extremo realizar un balance a efecto de determinar si su implementación dentro de nuestro sistema procesal penal genera la colisión de determinados derechos fundamentales y si el riesgo de su implementación justifica la posible vulneración en cierta medida de otros derechos fundamentales. Se aprecia en las encuestas un alto índice de sujetos procesales que

consideran a su aplicación una afectación al principio acusatorio; por otro lado, surge también la necesidad de cuestionar si dicha figura puede llegar a vulnerar el correcto funcionamiento actual que existe en los juzgados de investigación preparatoria, si se producen mejoras o si el intento de la misma deviene en una afectación del derecho a un adecuado sistema de justicia por su sobrecarga en el trabajo, dos derechos fundamentales aparentemente afectados ante tal medida.

Por otro lado, los derechos a satisfacer o fortalecer serían el plazo razonable, el debido proceso y por ende una adecuada restricción al derecho a la libertad de los reos en cárcel; dándose los presupuestos para determinar la aplicación del test de ponderación de derechos fundamentales en atención a los resultados expuestos.

La audiencia de control cumple el test de razonabilidad toda vez que busca como alternativa de solución un fin legítimo con rasgos constitucionales procurando mayor cumplimiento de los derechos reconocidos en nuestra carta magna antes mencionados, además se aprecia un vínculo especial de conexión inmediata entre la audiencia de control y el efectivo cumplimiento de estas garantías, los efectos medio a fin son inmediatos, se trata pues de una audiencia de control directo que comparte junto a otras legislaciones comparadas la característica de necesidad, en tanto no se aprecia otra medida a la fecha que haya permitido disminuir de manera significativa las incorrectas prorrogas en el plazo de prisión preventiva y el debido cuidado a la permanencia de los presupuestos que le dieron origen.

Corresponde en el juicio de ponderación tomar en cuenta la evidente satisfacción o mejora o afectación de derechos, realizando un balance a efectos de

determinar su intensidad. En este orden de ideas, la audiencia de control no procura u ocasiona alteraciones al principio acusatorio, la naturaleza de su acción surge como mecanismo de verificación o control posterior a lo ya otorgado, no merece intromisiones dentro de la determinación de que actos de investigación deben realizarse, por el contrario procura que los mismos sean a la brevedad posible; así también, en lo que respecta a la afectación de la debida administración de justicia, la misma responde en virtud a las estadísticas de ejecución brindadas en capítulos anteriores, en los cuales se aumentaría la cantidad de tres audiencias semanales de control por Juzgado, hecho que no implica afectación relevante, pudiendo calificarse como afectación en el caso del principio acusatorio como inexistente y en el caso de la administración de justicia, debido a su factibilidad la misma no sobrepasaría de ser calificada como leve por el número de audiencias agregadas.

Por su parte, el establecimiento de la audiencia de control genera en primer término un respeto irrestricto al cumplimiento eficiente de la labor fiscal al encontrarse bajo una vigilancia de oficio y cada cierto periodo de tiempo, hecho que fortalece el plazo razonable en etapa de investigación, evitando en todo momento prórrogas que no sean objeto de causal reconocida en el código procesal penal o que por determinadas circunstancias ocasione que pierda su naturaleza como tal; se realiza además un control determinado de la concurrencia de presupuestos que dieron origen a la medida, de esta manera la presencia jurisdiccional en dicha etapa fortalece sus funciones de protector de garantías reconocidas de manera constitucional, fortaleciéndose en consecuencia el debido proceso y los principios bajo su tutela, fortalecimiento que en su conjunto puede ser calificado de medio o intenso; ante ello, apreciándose los grados de satisfacción e

insatisfacción probables, la audiencia de control sobrepasa el filtro del juicio de ponderación y alcana un cierto grado de reconocimiento en cuanto a los fines máximos que persigue como institución dentro del nuevo sistema; una vulneración nula al principio acusatorio y una afectación leve o casi nula al sistema de administración de justicia, responde plenamente a condiciones positivas que tienen los jugados para la mejora y satisfacción del plazo razonable y el debido proceso.

4.6. Análisis y validación de hipótesis

Partiendo de la identificación de un problema concreto dentro del desarrollo de nuestro modelo procesal como lo es en la actualidad el mal manejo que se viene dando al trámite de procesos con reo en cárcel y a los requerimientos de prolongación de prisión preventiva que no obedecen a los presupuestos establecidos en la norma, lo cual genera una afectación a los derechos y garantías reconocidas tanto en nuestro Código Procesal Penal como en nuestra norma constitucional, el presente trabajo de investigación buscó desde un inicio proponer una alternativa de solución que mejore tal reconocimiento y protección.

En tal sentido, a la luz de la legislación comparada como es el caso de El Salvador, Paraguay, República Dominicana o Venezuela, los cuales tienen reconocidos en su sistema una revisión de oficio cada tres meses para la prisión preventiva, se estableció como parámetro de investigación determinar si la implementación de dicha institución en nuestro sistema procesal penal con sus características de dinámica y carga procesal, puede adoptar de manera correcta dicha audiencia de control y mejorar la protección de derechos y garantías

vulneradas tales como lo es el plazo razonable, el debido proceso o una correcta restricción al derecho de libertad.

En esta línea de investigación, la presente tesis ha corroborado no sólo la factibilidad de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva tomando en consideración los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, sino que además ha contrastado esta posibilidad con los fines constitucionales y las funciones asignadas a cada sujeto procesal.

En virtud a ello, se llevó a cabo la recopilación de datos dirigidas a obtener los datos teóricos, advirtiendo que no establecer una audiencia de oficio para controlar la prisión o prolongación de prisión preventiva es desconocer las características principales y la correcta factibilidad de su implementación en nuestro código procesal penal, asimismo, durante el desarrollo de toda la tesis se ha demostrado que la misma es concordante con nuestros fines constitucionales y procesales; además, se ha realizado un estudio en torno a los beneficios y consecuencias negativas que tendría dicha institución, los mismos que fueron plasmados en la aplicación de la teoría de ponderación de derechos fundamentales; el plazo de tres meses establecido en el problema ha direccionado la investigación y ha permitido corroborar y descubrir una importante herramienta a considerarse para rescatar y fortalecer el rol constitucional del Juez de Investigación Preparatoria como juez de Garantías que no puede desligarse de la restricción de un derecho fundamental en un proceso donde se mantiene el principio de presunción de inocencia.

CONCLUSIONES

1. El establecimiento de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva cada tres meses constituye una herramienta valiosa a fin de lograr un fortalecimiento adecuado de las garantías reconocidas en nuestro nuevo código procesal penal peruano, así pues su correcta incorporación en la legislación peruana y una debida implementación en nuestros juzgados de investigación preparatoria coadyuvaría a una mayor protección de los derechos al plazo razonable, al debido proceso, y a una correcta restricción al derecho a la libertad en cumplimiento de los presupuestos que ameritan prisión preventiva en etapa de investigación.

2. La audiencia de control de oficio de la prisión preventiva tiene una estructura dinámica, con formalidades y requisitos propios para su realización, cuyo último fin se basa en un ejercicio de revisión del Juez de Investigación del otorgamiento de una medida privativa de libertad, analizando si concurren los presupuestos que le dieron origen y por ende un control al oportuno cumplimiento de los actos de investigación sustentados el representante del Ministerio Público para el plazo de prisión preventiva, encontrándose facultado a proceder conforme a sus facultades luego de realizado el debate, pudiendo cesar, varias o prolongar el plazo de prisión, y en caso aprecie inactividad en el ejercicio de la función fiscal ordenar la remisión de copias al órgano de control respectivo.

3. La función del Juez de Investigación Preparatoria como Juez de garantías y protector de los derechos del investigado requiere un mayor ejercicio de control en los casos seguidos en investigación con reo en cárcel, donde el límite entre

la restricción del derecho a la libertad y la presunción de inocencia se justifica con el cumplimiento del principio de legalidad en torno a los presupuestos y fines que dieron origen a la prisión preventiva, función que justifica la implementación de una audiencia de control de oficio en tales casos.

4. La audiencia de control de oficio de la prisión preventiva respeta en su ejecución una debida aplicación de los principios de oralidad, contradicción, publicidad e inmediación que rigen el nuevo proceso, promoviendo el debate en audiencia pública resolviendo en torno a la información brindada por las partes.

5. La revisión de oficio de la prisión preventiva como institución de sistemas procesales reformados, es reconocido e implementado en diversas legislaciones, tal es el caso de Chile, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, que reconocen la trascendencia del rol protector del juez de garantías y el cumplimiento de los parámetros permitidos por los principios básicos del sistema (excepcionalidad y proporcionalidad).

6. La implementación en nuestro sistema procesal penal peruano de la audiencia de control de oficio de la prisión preventiva, no vulnera o restringe en modo alguno el principio acusatorio, por el contrario mejorar la eficacia fiscal; asimismo, en tanto sea implementada cada tres meses, tampoco afecta el correcto funcionamiento de los juzgados de investigación preparatoria y de la administración de justicia, pues la carga en las audiencias no resulta relevante para el fin que persigue constitucionalmente válido que persigue.

7. El desarrollo de la prisión preventiva en su otorgamiento inicial o en algún requerimiento de prórroga amparado en presupuestos diferentes a los reconocidos en nuestra norma procesal penal, como es el caso de la inactividad fiscal o la desaparición de los presupuestos que le dieron origen, desnaturaliza la función cautelar que tiene dicha medida coercitiva y puede llegar a convertirla por ejemplo en una medida anticipada de la pena que vulnera los derechos reconocidos al investigado en nuestra constitución.

8. Por la propia naturaleza de la prisión preventiva y la restricción de los derechos fundamentales que ella implica, se requiere por parte de los sujetos procesales una actuación de urgencia, consciente de la situación jurídica-procesal en la que se encuentra el investigado, ello a diferencia de los procesos con reo libre; debiendo por lo tanto, respetarse con mayor exigencia los principios de legalidad, probidad, eficacia, y cumplimiento de las funciones constitucionales asignadas tanto al Poder Judicial, Ministerio Público y a los abogados defensores.

RECOMENDACIONES

1. La prisión preventiva tal y como está redactada en nuestro Código Procesal Penal el correcto rol de Juez de Garantías que deben tener los Jueces de Investigación Preparatoria para el efectivo control de dicha medida; por lo que se sugiere la inclusión del siguiente artículo:

   "Art. 272-A: Revisión de Oficio. Cada tres meses, luego de haberse dictado prisión preventiva, el Juez de Investigación Preparatoria debe revisar de oficio los presupuestos de la prisión preventiva, ordenando de ser el caso su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda; asimismo, puede ordenar la remisión de copias certificadas a los órganos de control respectivo en caso aprecie inconducta procesal por alguna de las partes".

2. Invocar a las Comisiones Distritales de Implementación del Nuevo Modelo Procesal Penal de cada Distrito Judicial del Perú, en especial a la de Ancash, a fin de que en cumplimiento a su función de seguimiento y monitoreo realice un estudio y pronunciamiento en torno al uso actual que tiene la prisión preventiva y a la naturaleza de los requerimientos de prolongación preventiva solicitadas por los Representantes del Ministerio Público.
3. Realizar un estudio cuantitativo y cualitativo respecto a las consecuencias administrativas y jurisdiccionales que implica en nuestro sistema procesal la implementación a nivel nacional de una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva; estableciendo parámetros necesarios en su aplicación en fase operacional como en razón a su impacto con las garantías del nuevo sistema.
4. Convocar a un Pleno Jurisdiccional Penal y Procesal Penal en el Distrito Judicial

de Ancash, e incluir dentro de su temática, la ilustración respectiva en torno a las características, beneficios y factibilidad de incorporar una audiencia de control de oficio de la prisión preventiva, promoviendo también el estudio y debate jurisdiccional dentro de los demás sujetos procesales (Ministerio Público y Abogados Defensores), a efectos de reconocer su relevancia jurídica.

5. Siendo la Prisión Preventiva una institución que restringe el derecho a la libertad en búsqueda de un fin superior de administración de justicia, debe procurar informar a la ciudadanía sobre los beneficios que importa dicha institución acorde a la naturaleza de su imposición dentro de los parámetros del nuevo modelo procesal, dejando de lado tecnicismos que confundan a la población, ello teniendo en cuenta que el Derecho está dirigido esencialmente a la sociedad y no exclusivamente a quienes lo operativizan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

2. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

3. ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Augusto. *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, 2da Ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006.

4. ASCENCIO MELLADO, José María. "La Regulación de la Prisión Preventiva en el Perú". En: *El nuevo modelo procesal penal. Estudios fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2005.

5. ASCENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 174.

6. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "La Reforma del Sistema de Recursos en el Proceso Penal. Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal", 2008. Disponible en sitio web: http://vlex.com/vid/reforma-sistema-recursos-proceso-penal-468436.

7. BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Alianza editorial, 2004.

8. BERNAL PULIDO, Carlos. **"***La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales***".** Lima: AMAG.

9. BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

10. BLANCO ESCANDÓN, Celia. "Alternativas a la Prisión Preventiva como Medida Procesal". Disponible en el sitio web: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/16.pdf.

11. BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

12. BRIONES, Guillermo. *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*. México: Editorial Trillas, 1986.

13. BRUZZONE, Gustavo. "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en el procesal penal." En: *Estudios sobre justicia penal. Libro Homenaje al profesor Julio B. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

14. BURGOS MARIÑOS, Víctor. La Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la ciudad de Trujillo y sus retos. En: *Cómo prepararse para el Nuevo Proceso Penal*. Trujillo: CERJUDEL y Cooperación Técnica Alemana – GTZ.

15. CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª. Ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007.

16. CÁCERES JULCA, Roberto. "El principio de proporcionalidad y las medidas limitativas de derechos". En: *Revista Jus Doctrina y Práctica*, Nº 6, Lima, 2007.

17. CACERES JULCA, Roberto. *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2009.

18. CÁCERES JULCA, Roberto. *Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal: Presupuestos Constitucionales, materiales, formales y su praxis jurisprudencial.* Lima: Jurista Editores, 2009.

19. CACERES JULCA, Roberto. *Las Medidas de Coerción Procesal*. Lima: Idemsa, 2006.

20. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Lima: Ara Editores, 2005.

21. CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Vol. I. México: Oxford University Press, 2001.

22. CAMPOS CALDERÓN, Federico. "La Garantía de Imparcialidad del Juez en el Proceso Penal Acusatorio". Disponible en sitio web: http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/La%20garant%C3%ADa%20de%20imparcialidad%20del%20juez%20en%20el%20proceso%20penal%20acusatorio%20-%20Federico%20Campos.pdf**.**

23. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Titant to Blanch, 2003.

24. CORNEJO VALDIVIA, Oscar. "Implementación del Sistema Garantista en el Derecho Procesal Penal Peruano". Disponible en sitio web: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Implementacion_del_sistema_garantista_en_el_proceso_penal_.pdf.

25. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2009.

26. CHATPMAN RODRÍGUEZ, Jennifer y PISFIL FLORES, Daniel. "La motivación de las resoluciones judiciales, su razonabilidad y el deber de los jueces". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 34, Lima, 2010.

27. CHINCHAY CASTILLO, Alcides. “Los Mecanismos Necesarios para que el Código Procesal Penal tenga éxito”. En: *Actualidad Jurídica*, Nº 181, Lima, 2008.

28. DE HOYOS SANCHO, Monserrat. *Las Medidas de Coerción Procesal*. Lima: Ara Editores, 2009.

29. DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa, 2007, p. 97.

30. DEL ÁGUILA PEÑA, Karin Janet. “Consideraciones sobre la debida motivación exigida para dictar mandato de detención”. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 30, Lima, 2010.

31. DEL RÍO LABARTE, Gonzalo. “La Prisión Preventiva”. En: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara Editores, 2009.

32. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ara Editores, 2008.

33. DUCE, Mauricio; FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian. *La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la Prisión Preventiva*. Santiago: CEJA, 2009.

34. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2009.

35. FLORES CHÁVEZ, Rosa Isabel. “La Víctima en el Nuevo Código Procesal Penal”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 125, Julio 2011, Lima.

36. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley, 2002.

37. GAIRAUD BRENES, Alfonso. “Los mecanismos de interpretación de los Derechos Humanos: Especial referencia a la jurisprudencia peruana”. En: *Derecho Procesal Constitucional Peruano*, T. I. Lima: Grijley, 2005.

38. GARCÍA MERINO, Fabiola. “Control Constitucional de la Motivación de las Resoluciones Judiciales”. En: *Jus Constitucional*, N° 12, Lima, 2008.

39. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.

40. GRANARA, Alberto David. *Derecho Procesal Penal.* T. II. Rosario: Nova Tesis, 2003.

41. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La Prisión Provisional*. Navarra: Thomson Aranzandi, 2004.

42. JAEN VALLEJO, Manuel. “Derechos procesales fundamentales. Su proyección en el juicio oral y en el sistema de recursos”. En: *Revista internacional de Derecho Penal Internacional*, Nº 18, 2007.

43. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias Actuales de la Jurisprudencia Penal Española*. Lima: Gráfica Horizonte, 2001.

44. LA ROSA, Mariano. *Exención de prisión y excarcelación*. Buenos Aires: Astrea Editores, 2006.

45. LINARES, Segundo. *La Constitución interpretada*. Buenos Aires: Depalma Editor, 1960.

46. LUJAN TÚPEZ, Manuel. *Diccionario penal y procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

47. MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNANDEZ SUÁREZ, Jesús. "Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica". En: "*La interpretación jurídica*". Módulo de Razonamiento Jurídico. Lima: AMAG, 1999.

48. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

49. MIXAN MASS, Florencio. *Juicio Oral*. 6ta. Ed. Trujillo: Editora BCL, 2003.

50. NEYRA FLORES, José Antonio. "Prisión preventiva: aportes para contar con mejores métodos de obtención de información de calidad". Disponible en sitio web: www.incipp.org.pe/curso/jose-neyra-prision-preventiva.pdf.

51. NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 2010.

52. ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Las Medidas Personales Cautelares en el Proceso Penal Peruano". Disponible en sitio web: http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/medidascautelares.aog.pdf.

53. ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. T. I. Lima: Editorial Reforma, 2011.

54. PASTOR, Daniel. "Las Funciones de la Prisión Preventiva." En: *La Injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado*. T. II. Santa Fé: Editorial Rubinzal – Culzoni, 2006.

55. PEÑA CABREBRA FREYRE, Alonso. *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

56. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales y su incidencia en el marco de la Prisión Preventiva". En: *Jus – Constitucional*, No 8, Lima, 2008.

57. PRIETO VERA, José Alberto. "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Colombiano." En: *El Proceso Penal Colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2006.

58. PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría General de las Medidas Cautelares Penales*. Barcelona: Marcial Pons, 2008.

59. QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad. *El Derecho a la Presunción de Inocencia*. Lima: Palestra Editores, 2003.

60. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley, 2011.

61. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *En busca de la Prisión Preventiva.* Lima: Jurista Editores, 2006.

62. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima.

63. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Mariella. "Prisión Preventiva y Presunción de Inocencia ¿Dos instituciones en conflicto?". En: *Actualidad Jurídica*, Nº 193, Lima, 2009.

64. ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores, 2009.

65. RUBIO AZABACHE, Segundo César. "¿De oficio o a pedido de parte? Ideas para una redefinición del poder de control del juez de investigación preparatoria". En: *Revista Jurídica del Perú*, Nº 104, 2009.

66. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, T. I. Lima: Editorial Grijley, 2003.

67. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, T. II. Lima: Editorial Grijley, 2003.

68. SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "La Prisión Preventiva. La demostración del periculum procesal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 157, Lima, 2006.

69. SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 2004.

70. TABOADA PILCO, Giammpol. "El proceso de terminación anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a su aplicación en el Distrito Judicial La Liberad". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo II, Agosto, Lima, 2009.

71. TALAVERA ELGUERA, Pablo. "Estudio introductorio sobre el nuevo proceso penal peruano". En: *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2005.

72. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2004.

73. TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra editores, 2003.

74. URQUIZO OLAECHEA, José. "Derecho Penal: Dignidad de la Persona Humana". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 99, Febrero, Lima, 2002.