

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**



**NUEVOS ESTÁNDARES EN LA MOTIVACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA,  
SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; SUS EFECTOS EN LA  
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**TESIS PRESENTADA POR:**

**Bach. Percy Héctor Zúniga Pastor**

**Para optar al Grado Académico de Maestro en  
Derecho con mención en Derecho Penal y Procesal  
Penal.**

**ASESOR:**

**Dr. MARIO HUGO SILVA ASTETE**

**CUSCO – PERÚ**

**2019**

## INDICE

RESUMEN .....	VI
ABSTRACT .....	VII
INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPÍTULO I.....	10
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	10
1.1 Situación Problemática.....	10
1.2 Formulación del Problema.....	12
1.2.2 Problemas Específicos.....	12
1.4 Justificación de la Investigación.....	13
1.5 Objetivos de la Investigación. ....	14
a.- Objetivo General. ....	14
b.- Objetivos Específicos.....	14
CAPÍTULO II.....	15
II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL .....	15
2.1 Bases Teóricas .....	15
2.1.1 Generalidades .....	15
2.1.2 La Detención.- .....	16
2.1.3 Concepto de Flagrancia .....	17
2.1.4 El Arresto Ciudadano .....	18

2.1.5 Concepto De Prisión Preventiva.- .....	19
2.1.6 Presupuestos de la Prisión Preventiva .....	20
2.1.7 Naturaleza Jurídica de la Prisión Preventiva .....	22
2.1.8 Características de la Prisión Preventiva.....	25
2.1.9 Finalidad de la Prisión Preventiva.....	26
2.1.10 Prisión Preventiva y Presunción de Inocencia.....	27
2.1.11 Plazo Razonable de la Prisión Preventiva .....	30
2.1.12 Proporcionalidad de la Prisión Preventiva .....	32
2.1.13 Motivación de la Prisión Preventiva.....	34
2.1.14 Teorías sobre la Prisión Preventiva .....	35
2.1 MARCO CONCEPTUAL (DEFINICIÓN DE TÉRMINOS).....	37
A.- Estándares de exigencia.- .....	37
B.- Motivación de la prisión preventiva.-.....	38
C.- Tribunal Constitucional.-.....	38
D.- Efecto.- .....	38
E.- Administración de justicia penal.- .....	38
2.2 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	38
ANTECEDENTES INTERNACIONALES.....	38
CAPÍTULO III .....	44
3 HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO.....	44

3.1 HIPÓTESIS PRINCIPAL .....	44
3.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS .....	44
3.3 CATEGORÍAS DE ESTUDIO .....	45
Cuadro N° 1 .....	45
CAPÍTULO IV .....	46
METODOLOGÍA.....	46
4.1 TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	46
Cuadro N° 2.....	46
4.2 UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO .....	47
4.3 POBLACIÓN DE ESTUDIO.....	47
4.4 TAMAÑO DE LA MUESTRA.....	47
4.5 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	47
a.- Análisis documental: .....	47
b.- Encuesta .....	47
4.6 INSTRUMENTOS .....	48
a.- Ficha de análisis documental.- .....	48
b.- Cuestionario.- .....	48
CAPÍTULO V .....	49
RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	49
5.1 ENCUESTA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS.....	49

5.2 JURISPRUDENCIA.....	55
5.2.1 Jurisprudencia Vinculante Del Tribunal Constitucional .....	55
5.2.2 Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional.....	59
5.2.3 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República .....	79
5.3 DISCUSIÓN GENERAL .....	92
5.3.1 Efectos que puede generar en la Administración de Justicia Penal la exigencia de nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva, según sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Humala-Heredia .....	92
5.3.2 Naturaleza Jurídica del Primer Presupuesto de la Prisión Preventiva; los fundados y graves Elementos de Convicción .....	94
5.3.3 Naturaleza Jurídica del Tercer Presupuesto de la prisión preventiva; el Peligro Procesal. ....	95
5.3.4 Análisis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a la prisión preventiva. ....	97
CONCLUSIONES.....	100
RECOMENDACIONES .....	102
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	103

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se ha generado por una sentencia del Tribunal Constitucional que ha cambiado su dirección en torno a la fundamentación de la prisión preventiva. En este sentido, se aborda en el marco teórico los principales temas referidos a este instituto procesal; su concepto, características, presupuestos, teorías, entre otros. Para el análisis jurisprudencial, como es obvio, se ha considerado las sentencias vinculantes y relevantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, a los fines de contrastar y verificar la hipótesis planteada. Finalmente, para complementar y enriquecer el estudio, se ha realizado encuestas no probabilísticas a los protagonistas del proceso penal con preguntas cerradas en base a un cuestionario estructurado. Las conclusiones responden al problema de investigación planteado.

**Palabras clave:** Estándar, motivación, prisión preventiva, Tribunal Constitucional, efectos, administración de justicia penal.

## ABSTRACT

The present research work is the result of a Constitutional Court ruling that has changed the direction of the substantiation of the pretrial detention. In that sense, the theoretical framework approaches the main topics related to this procedural subject: its concept, characteristics, premises, theories, etc. Admittedly, the jurisprudential analysis covers binding and relevant rulings from the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice. All this to contrast and verify the proposed hypothesis. Finally, in order to complement and broaden the study, non-probabilistic surveys have been conducted. These surveys were geared towards the principal characters of the criminal procedure and relied on closed questions based on a structured questionnaire. Lastly, the conclusions meet the proposed research problem.

**Key words:** Standard, pretrial detention, Constitutional Court, effects, administration of criminal justice.

## INTRODUCCIÓN

El problema tratado en la presente investigación está vinculado al quehacer judicial cotidiano donde los jueces penales tienen que determinar la condición jurídica de una persona comprendida en un proceso penal en calidad de imputado. Generalmente en casos de delitos graves el sometimiento del agente al proceso deviene en una situación necesaria que demanda del sistema de justicia una especial atención en la calificación de la medida cautelar personal a imponer. La reciente emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante Tribunal) en el caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, que ha fijado nuevos estándares en torno a la motivación de la prisión preventiva, ha motivado al autor la presente investigación efectuando un estudio analítico de la referida sentencia en relación con las resoluciones precedentes emitidas por este Tribunal y su contrastación con la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República. El estudio pretende escudriñar las consecuencias que puede generar en la impartición de justicia penal los nuevos estándares exigidos por el Tribunal en la motivación de la prisión preventiva.

De esta manera, en el desarrollo de esta investigación en el **Capítulo I**, como es de rigor académico, se ha planteado y formulado el problema de investigación; el problema principal y los problemas específicos; seguidamente, se ha procedido a justificar integralmente la investigación; en este extremo se establece la conveniencia científica, la relevancia social, las implicaciones prácticas y la viabilidad del estudio, para terminar con el planteamiento de los objetivos del estudio, que son esencialmente, identificar los efectos que pueden generar en la administración de justicia penal la exigencia de nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva, según sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia. Se ha tratado, primeramente, las bases teóricas con un estudio de los principales temas de la prisión preventiva, luego se ha efectuado un estudio de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional y por las Salas Penales de la Corte Suprema de justicia de la República. En el trabajo de campo se ha encuestado a jueces, fiscales y abogados defensores, quienes han respondido preguntas vinculadas al tema de investigación. El enfoque metodológico aplicado corresponde a uno cualitativo en tanto se basa en el estudio de datos no probabilísticos. Los objetivos planteados se han logrado alcanzar y explicar en el análisis, interpretación y discusión de resultados.

En el **Capítulo II**, respetando la sistematización de la estructura de la tesis, se ha efectuado el estudio de los principales temas vinculados a la prisión preventiva; así, entre otros relevantes, se tiene su concepto, su naturaleza jurídica, sus caracteres, presupuestos, finalidad, las principales teorías que sostiene la doctrina procesal penal, la prisión preventiva y su vinculación con el derecho a la presunción de inocencia, con el derecho al plazo razonable, con el derecho a la motivación de resoluciones, etc. Ahora, en el tema referido a la jurisprudencia, se ha consignado las principales resoluciones emitidas tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema en los últimos años. Concluye este capítulo con el marco conceptual y los antecedentes de la investigación. Estos antecedentes se relacionan con el tema planteado.

En el **Capítulo III** se establecen la hipótesis de investigación y las categorías de estudio; se ha podido verificar que los nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva según sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia, ponen en riesgo la garantía de la presencia del imputado en el desarrollo del juicio y por ende el cumplimiento de la sentencia.

El **Capítulo IV** aborda la metodología utilizada. El enfoque de la investigación es cualitativo en tanto el estudio se funda en el análisis e interpretación de documentos obtenidos, para verificar la hipótesis de trabajo. El tipo de investigación jurídica es descriptiva, explicativa porque busca identificar los efectos que puede tener en la administración de justicia penal la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia. Ahora bien, las técnicas utilizadas para la recolección de datos e información fueron sustancialmente el análisis documental y la encuesta no probabilística o dirigida (por conveniencia).

Finalmente en el **Capítulo V** se efectuó el análisis, interpretación y discusión de resultados, las mismas que se han plasmado en las conclusiones. El estudio verifica que los efectos que puede generar en la administración de justicia penal la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia, son el serio riesgo de que el imputado no comparezca al llamado de la justicia y que por tanto no se cumpla con la ejecución de la sentencia. Finalmente, como recomendaciones se ha propuesto la generación de un debate en el foro nacional para fijar lineamientos sobre esta institución e instruir y sensibilizar a los jueces y fiscales para que asuman una posición firme con respecto a la ley sin dejarse amilanar por la presión de los medios de comunicación.

## CAPÍTULO I

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1 Situación Problemática

Con la dación del nuevo Código Procesal Penal se instauró un nuevo modelo del proceso penal en el Perú; esta situación obedece a la corriente que en los últimos años ha generado la transformación de la investigación y el juzgamiento en los países latinoamericanos. La esencia de esta modificación se encuentra fundamentalmente en la determinación de los roles que deben cumplir los operadores de justicia, concretamente los jueces y fiscales; de este modo, se ha establecido que el Ministerio Público, como titular de la acción penal, ejerce de manera exclusiva la función de investigación del delito en la primera etapa del proceso penal. Por su parte al juez le es atribuida la función del juzgamiento, sin perjuicio de controlar la investigación fiscal como juez de garantías. En la etapa del juicio oral el Ministerio Público asumirá un rol de parte procesal en igualdad de condiciones que la defensa del acusado.

Ahora bien, el nuevo modelo procesal instaurado ha replanteado también el tratamiento de algunos institutos procesales, como por ejemplo, la prisión preventiva, cuya imposición puede determinarse por el juez penal, solo y solamente en casos de requerimiento fiscal, esto es, el juez no puede ahora, de oficio, imponer prisión preventiva contra el imputado; lo hará en la medida que exista un requerimiento fiscal en ese sentido. En esta misma línea de razonamiento, el juez no podrá imponer prisión preventiva si el Fiscal sólo pidió comparecencia contra el imputado, lo que si puede el juez es dictar comparecencia contra el imputado por quien la Fiscalía solicitó prisión preventiva. Como vemos, el nuevo modelo procesal define que la medida cautelar personal es también relativamente potestad del Fiscal en tanto su requerimiento está librado a su arbitrio o dominio.

Dicho esto, el desarrollo de la prisión preventiva en la doctrina jurisprudencial y en la práctica procesal ha generado siempre un debate en el foro a causa de la diversa interpretación que vienen dando los protagonistas del proceso, llámense jueces, fiscales y abogados defensores. Las reglas del artículo 268 del Código Procesal Penal, facultan al juez privar de la libertad ambulatoria a una persona, siempre que se cumplan los tres presupuestos establecidos en la norma procesal; la existencia de fundados y graves elementos de convicción que vinculen al imputado como autor o partícipe del delito; la prognosis favorable de una sanción mayor a cuatro años de privativa de libertad; y la existencia de peligro procesal traducido en el riesgo de fuga y/o riesgo de obstaculización para la averiguación de la verdad. Esta situación es graficada por Duce y Riego de la siguiente manera: “El hecho que la reforma haya creado a fiscales con responsabilidades de llevar adelante la persecución penal con un rol claro ha permitido que los jueces se encuentren en una posición institucional que garantiza de mejor manera su independencia e imparcialidad para resolver la procedencia de las medidas cautelares. En este sentido una gran ventaja o garantía de este nuevo esquema procesal está en el hecho que el juez no se encuentra comprometido con los intereses de la persecución penal y, por lo mismo, se encuentra en una posición de mucho mayor libertad para rechazar solicitudes de prisión preventiva presentadas por un fiscal que no satisfagan las exigencias establecidas por la ley para proceder. Dicha intervención judicial se produce en momentos muy tempranos en caso que una persona haya sido detenida, por lo que la garantía de intervención judicial se hace operativa de forma rápida”.

Así las cosas, podemos afirmar que en estos últimos tiempos, el instituto procesal materia de estudio ha cobrado mucha relevancia en los estrados judiciales y, además, en la comunidad nacional, por el hecho de la existencia de megaprosesos en casos emblemáticos en los que se han visto comprendidos muchos personajes de la actividad política en nuestro país, llámese ex presidentes de la República, Magistrados Supremos, Consejeros del CNM, ex candidatos

presidenciales, alcaldes, etc, quienes han sufrido o vienen sufriendo la privación de su libertad imputados por delitos de corrupción. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha expedido una sentencia en el Expediente N° 04780-2017-PHC/TC, caso Ollanta Humala y Nadine Heredia resolviendo en definitiva un recurso de agravio constitucional vinculado al habeas corpus instaurado por la defensa contra los jueces que dictaron la prisión preventiva de los beneficiarios. Así, esta resolución ha generado una gran debate técnico en el foro y otro debate ordinario promovido por los medios de comunicación recogiendo la opinión de los ciudadanos en las calles.

En este contexto, nos interesa, a los fines de nuestra investigación, examinar si el estándar de motivación exigido por el Tribunal Constitucional, responde a una adecuada política criminal y, por tanto, verificar el efecto que puede generar esta resolución en la impartición de justicia en nuestro país, más aun de que la aludida resolución no tiene el carácter de precedente vinculante. Esta situación problemática nos ha motivado a formular el siguiente problema de investigación:

## **1.2 Formulación del Problema**

### **1.2.1 Problema General**

¿Cuáles son los efectos que pueden generar en la administración de justicia penal la exigencia de nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva, según sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia?

### **1.2.2 Problemas Específicos**

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los fundados y graves elementos de convicción como primer presupuesto de la prisión preventiva?
2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del peligro procesal como tercer presupuesto de la prisión preventiva?

3. ¿En qué medida la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia guarda armonía con la jurisprudencia sostenida por este Tribunal a lo largo de los últimos años?

#### **1.4 Justificación de la Investigación**

El presente trabajo de investigación es importante porque, tiene como objetivo principal verificar cuáles son los efectos que pueden generar en la administración de justicia los nuevos estándares que exige el Tribunal Constitucional en la motivación de la prisión preventiva.

**a.- Conveniencia científica.-** La presente investigación resulta conveniente para el sistema de justicia porque ilustrará sobre el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia constitucional en relación al instituto procesal de la prisión preventiva, fundamentalmente sobre la motivación que se exige para su imposición. Brindará información, entre otras variables, específicamente sobre los presupuestos de fundados y graves elementos de convicción y peligro procesal. Por otro lado, puede también generar debate en el foro judicial a fin de que los jueces sean prudentes al momento de resolver una prisión preventiva invocando los nuevos argumentos del Tribunal Constitucional.

**b.- Relevancia Social o contemporánea.-** La relevancia social del presente trabajo académico se traduce en los beneficios que pueden obtener las personas que en calidad de imputadas estén inmersas en un proceso penal. El sistema de justicia penal puede ser mejorado en cuanto las propuestas contribuyan a un adecuado desarrollo y realización de la justicia en relación a la parte imputada que sufre las consecuencias del control penal o en la relación a la parte agraviada que clama justicia.

**c.- Implicaciones prácticas.-** El presente tema de investigación es importante para la administración de justicia penal, porque puede permitir que los jueces, responsables de la imposición de las medidas cautelares personales, efectúen un adecuado estudio analítico de los

presupuestos de la prisión preventiva en el caso concreto, antes de resolver un requerimiento de prisión preventiva. Los resultados de la investigación pueden orientar, en su caso, la labor judicial, y permitir a los jueces una prudente decisión inspirada en los principios que informan el proceso penal; proporcionalidad y última ratio.

**d.- Viabilidad del Estudio.-** La factibilidad del presente trabajo de investigación tiene buena proyección considerando que el autor es abogado defensor en el ejercicio libre de la profesión y por este hecho tiene conocimiento de la problemática planteada, circunstancia que también enriquece la investigación.

La ejecución del trabajo de investigación no requiere de mucho presupuesto, los operadores jurídicos que serán entrevistados laboran en la ciudad del Cusco. La información documental se recabará de bibliografía actualizada, internet y resoluciones publicadas.

## **1.5 Objetivos de la Investigación.**

### ***a.- Objetivo General.***

Identificar los efectos que pueden generar en la administración de justicia penal la exigencia de nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva, según sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia

### ***b.- Objetivos Específicos***

1.- Describir la naturaleza jurídica de los fundados y graves elementos de convicción como primer presupuesto de la prisión preventiva

2.- Describir la naturaleza jurídica del peligro procesal como tercer presupuesto de la prisión preventiva.

3.- Verificar si la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia guarda armonía con la jurisprudencia sostenida por este Tribunal a lo largo de los últimos años

## CAPÍTULO II

### II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

#### 2.1 Bases Teóricas

##### 2.1.1 Generalidades

El presente trabajo aborda el instituto de la prisión preventiva teniendo en cuenta la injerencia que supone en la libertad personal de un individuo que se presume inocente, así como los límites que de acuerdo al derecho constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, trazan los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad y la relación que se debe establecer entre éstos (Rodríguez, 2009)

En nuestra investigación adquiere singular importancia este tema del proceso penal desde que el Tribunal Constitucional en reciente sentencia en el caso Humala-Heredia, fijó nuevos estándares para la motivación de la prisión preventiva, situación que ha generado debate a causa de la coyuntura especial que atraviesa la justicia en nuestro país, en el que se ha privado de la libertad, encerrándoles en una prisión, a personajes muy influyentes en la política nacional o, en su caso, resulta latente dicha privación para otros políticos.

Consideramos pertinente en esta parte remitirnos a un comentario crítico sobre la prisión preventiva que, aparentemente, justificaría los nuevos estándares que exige el Tribunal Constitucional al motivar esta grave medida cautelar personal. En efecto, Binder (2011) en un artículo publicado en la “*Revista Pensamiento Penal*” desliza el siguiente comentario: “La prisión preventiva es la institución maldita del derecho procesal. Lo es en varios sentidos. En primer lugar porque todavía muchas de las construcciones teóricas y normativas que diseñan un proceso penal moderno, garantista y democrático se estrellan ante la realidad masiva del encarcelamiento antes

del juicio, que es precisamente la negación más cabal de sus principios básicos. En segundo lugar porque no hemos hallado aún una política constante de reducción y racionalización del uso de esta institución y, por el contrario, no sabemos nunca cuándo estamos a la puerta de un nuevo período expansivo. En tercer lugar porque tampoco hemos hallado aún una adecuada conceptualización teórica de una medida, una práctica y un sistema que se resiste a ser explicado con los conceptos tradicionales. En cuarto lugar porque el encarcelamiento preventivo es la gran herramienta de la selectividad hiriente que empuja a los sectores más vulnerables de la sociedad a un encierro cada día más cercano a las penas crueles e infamantes que prometimos abolir. Frente a este panorama quien diga que se trata de un mero instrumento de cautela, cierra los ojos frente a las más clara de las realidades”. p. 1

Así las cosas, nos parece conveniente en clave de sistematización, abordar preliminarmente los otros institutos procesales comprendidos en el Código Procesal Penal relacionados con las medidas cautelares personales. En este propósito fijaremos como lineamiento de trabajo la morfología establecida en la Sección III del Libro Segundo del Código Procesal Penal.

### ***2.1.2 La Detención.-***

San Martín (2015) en sus Lecciones de Derecho Procesal Penal nos dice que “Es posible definir las medidas de coerción personales como medidas, plasmadas normalmente en resoluciones judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limitan la libertad ambulatoria del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que oportunamente se pronuncie. Estas medidas se sitúan entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro (así: STCE N° 41/1982, de 2 de julio)”. p. 446.

La detención personal o individual de un sujeto, como sabemos procede solo en casos de flagrante delito o por mandato judicial por imperio del artículo 2.24.f) de la Constitución Política del Estado. Este derecho fundamental, en casos de necesidad de su aplicación, está desarrollado en el Código Procesal Penal en el Libro Segundo, Sección III referido líneas arriba, de esta manera se garantiza su legalidad y constitucionalidad.

Para Rosas Yataco (2013) “La detención es la privación de libertad impuesta al imputado para hacerlo intervenir en el proceso, y recibirse su declaración, cuando se aprecie que no obedecerá la orden de citación o intentará entorpecer la investigación”. p. 476.

La Constitución establece que en casos de detención policial (delito flagrante) el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las 48 horas o en el término de la distancia. Este nuevo plazo ha sido modificado por la Ley 30558 de fecha 09 de mayo de 2017 ya que antes el plazo no podía pasar de 24 horas.

### ***2.1.3 Concepto de Flagrancia***

La doctrina en voz de un célebre jurista italiano Gian Doménico Pisapia sostiene que “la noción de delito de comisión inmediata comprende tanto el caso de descubrirse el autor en el momento que lo comete (flagranza); como el del agente perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquido o del sorprendido con cosas o trazas que revelan que viene de ejecutarlo” (Noguera Ramos, 2017, p. 118).

Esta posición doctrinaria ha sido recogida casi integralmente por el Código Procesal Penal cuando en el artículo 259 sostiene lo siguiente: La Policía Nacional del Perú detiene sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.

3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.

4. El agente es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlos o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso

Sin embargo, esta disposición no guarda armonía necesariamente con las decisiones del Tribunal Constitucional peruano al considerar la flagrancia desde una postura totalmente diferente. En efecto, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01757-2011-PHC/TC, reitera su posición en torno a la flagrancia delictiva; señala que para que se configure la flagrancia deben concurrir dos presupuestos que son: “La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y la inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre ahí en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito. Estas circunstancias constituyen elementos de convicción de su eventual participación en el evento delictivo.

#### ***2.1.4 El Arresto Ciudadano***

Sobre esta medida de limitación de la libertad recogemos la opinión de Salas Beteta (2011) que señala lo siguiente: “Cualquier persona podrá arrestar a otra, cuando sea sorprendido en flagrante delito y deberá entregar inmediatamente al detenido y los objetos del delito a la policía. Cumplido con ello, la policía deberá redactar un acta donde conste dicha entrega e informar inmediatamente al fiscal Esta circunstancia especial de restricción a la libertad personal importa en la práctica una serie de exigencias, tales como que la persona que procedió al arresto ciudadano

deberá de poner inmediatamente a disposición de la policía al sujeto intervenido y las elementos materiales del presunto delito. Pero también podría significar una serie de problemáticas para el ciudadano que proceda al arresto, tales como: ser denunciado por atentar contra la libertad del arrestado si lo mantiene privado de su libertad sin dar cuenta inmediata a la policía; que no solo debe de poner a disposición de la policía al arrestado, sino que, además, debe de presentar los objetos del delito que impliquen al sujeto en la comisión de este; que se vea amenazado o sea víctima de represalias por parte del arrestado u otras personas; que proceda de manera arbitraria, etc”. p. 184

“La aprehensión por particulares, denominada legalmente como "arresto ciudadano" (art. 260 del CPP de 2004), es una autorización legal para que cualquier persona pueda aprehender a todo aquel que es descubierto en flagrancia. (...) el baremo adecuado para medir la eficacia de la aprehensión por particulares debe girar en tomo de la incidencia de causas penales que, a pesar de haberse cometido en flagrancia, no es informada a la entidad competente o no ha podido prosperar porque el indiciado ha logrado fugarse; mas no en función de la tasa de criminalidad que, según la opinión de algunos medios de comunicación, ha incrementado. Lo sostenido se fundamenta en que la procedencia de la aprehensión por particulares se encuentra supeditada al descubrimiento en flagrancia delictiva, por lo que no [se] puede atribuir a dicho instituto fines de carácter preventivo desde el plano sustancial” (Oré Guardia, 2016, p. 87).

### ***2.1.5 Concepto De Prisión Preventiva.-***

En este contexto, resulta de rigor académico reproducir algunos conceptos que desliza la doctrina sobre la prisión preventiva, así tenemos, los siguientes:

“Es la injerencia más grave en la libertad personal y, al mismo tiempo, la más evidente contradicción con el principio de inocencia que ampara al imputado (nulla poena sine iudicio). Prisión preventiva quiere decir, en principio, que desconfiamos del imputado en grado sumo, pues

él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o la consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional –definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal”. (Julio Maier, 2011, p. 415)

Para Asencio Mellado (2005) “La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada”.

Por su parte Peña Cabrera (2016) sostiene que “La prisión preventiva o provisional, de acuerdo con la doctrina, "es una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir este, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir este se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza". p. 472.

Se puede concluir que hay consenso en la doctrina en considerar que la prisión preventiva es una medida cautelar personal que se impone para garantizar el desarrollo del proceso y, en su caso, el cumplimiento de la sanción penal.

#### ***2.1.6 Presupuestos de la Prisión Preventiva***

Cobo Del Rosal (2007) de manera general, sostiene que “es unánime en doctrina que la detención dictada en el curso de un procedimiento, tiene como fin y presupuesto legitimador de la misma, la posibilidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso penal y, garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria que, en su caso, pueda dictarse”. p. 516.

Cubas Villanueva (2015) en su obra el Nuevo Proceso Penal nos dice lo siguiente sobre los presupuestos de la prisión preventiva: Que es facultativa y que para imponerse deben concurrir los siguientes presupuestos:

“Prueba suficiente.- Tanto acerca de la comisión del delito, como de la vinculación del imputado con el hecho punible. Se trata de garantizar efectivamente la libertad personal; por ello, solo se dictará mandato de prisión preventiva cuando existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.

Prognosis de pena superior a 4 años.- El juez, para disponer esta medida coercitiva, realizará un análisis preliminar de las evidencias disponibles y sobre esa base formulará una prognosis de la pena que podría recaer en el imputado. Solo dictará mandato de prisión preventiva cuando la pena probable sea superior a cuatro años de privación de la libertad, desde la perspectiva del caso concreto y no de la pena conminada para el delito materia del proceso.

Peligro procesal.- Constituye el verdadero sustento de la medida cautelar, que se aplicará cuando sea previsible que el imputado, Por sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). En el apartado 2 del artículo antes citado se establece que también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, "la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración en la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad" p. 438.

### ***2.1.7 Naturaleza Jurídica de la Prisión Preventiva***

Sobre esta temática de la prisión preventiva existen dos posiciones marcadas, la de considerarla como una medida cautelar personal y por tanto en armonía con los principios constitucionales y, la otra, como una pena anticipada. Veamos:

“La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresamente ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Señala al respecto: “De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva” (SCIDH, Asunto Suárez Rosero”, párrafo 77 de 12 de noviembre de 1997). Esta construcción de la prisión preventiva, sin duda, ubica la institución dentro de la tutela cautelar, que –define Ortells Ramos- está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto, la cual, además, tiene como fundamento constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva” (San Martín, 2014, p. 980)

“El CPP de 2004, siguiendo a los demás códigos de la región, ha tratado de regular a la prisión preventiva desde un nuevo paradigma: la lógica cautelar, por lo cual se tiene presente que la finalidad del instituto de la prisión preventiva es únicamente garantizar la realización exitosa del proceso penal y de sus consecuencias, en tal sentido su objetivo será “asegurar la presencia del imputado a sede judicial y la efectividad de la sentencia, tanto en el ámbito punitivo como resarcitorio. Por lo tanto, la prisión provisional no puede perseguir objetivos del Derecho Penal material, no puede asumir funciones preventiva que están reservadas a la pena, sino que las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del

inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción del inculpado o el peligro de obstrucción de la investigación, por lo que toda norma o resolución judicial que imponga tal coerción con cualquier otra finalidad es inconstitucional. Queda claro entonces, que dicha medida – al igual que las otras medidas de coerción personal- no tiene el carácter de medida punitiva, lo que lleva a la conclusión que no puede ser usada como pena anticipada, pues esto último acarrearía sus deslegitimación en un Estado Constitucional de Derecho” (Villegas Paiva, 2017, p. 79)

María del Carmen Jiménez Gómez (2007), profesora del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, se inclina por considerar que la prisión preventiva es una pena anticipada al sostener “es la forma de reclusión que menos se justifica, por dos motivos: primero, porque se impone a alguien contra quien sólo existen sospechas, indicios que hacen suponer que ha cometido un delito, lo que significa que se le aplica a un hombre todavía no declarado culpable por sentencia judicial firme; en segundo lugar, porque si de acuerdo con la ley y los tratados internacionales debe presumirse inocente al acusado hasta que no se demuestre lo contrario, no puede restringírsele su facultad ambulatoria, lo que se traduce indudablemente en una violación flagrante del derecho fundamental del individuo a su libertad personal. Debe ser una medida excepcional que no debe considerarse sino a título de extrema y rigurosa solución y en consecuencia, quedar estrictamente circunscrita dentro de los límites de necesidad impostergable”. p. 152

Espinoza Guzmán (2017) al referirse a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva nos dice: “Muchos autores nacionales y extranjeros han sostenido que en la prisión preventiva, el hecho del *encarcelamiento preventivo*, implica un quebrantamiento de la *presunción de inocencia*. En cierta medida es una postura algo acertada, puesto que en el Perú, con mucha frecuencia, existe la *mala praxis* por parte de los efectivos policiales, hasta por la fiscalía y por la misma sociedad, que a una persona que ni siquiera fue condenada mediante sentencia firme, se la trate como si fuera una persona ya responsable (...) Sí lo vemos en ese contexto entendemos que el sujeto no tratado

como inocente, responde como si fuera una persona responsable, cuando se dicta el “encarcelamiento preventivo” (a través de la prisión preventiva), puesto que no se le respetó lo establecido por el artículo 2, del Título preliminar del CPP. Al restringírsele por un tiempo su libertad (por ejemplo 9, 18, 36 meses, etc.), no sería una simple restricción preventiva de la libertad (para asegurar el proceso penal), sino que sería un “pena anticipada”, toda vez que existió un quebrantamiento de la presunción de inocencia y sería mejor, en ese sentido, hablar de una “presunción de culpabilidad” (...) <https://legis.pe>

Finalmente, Asencio Mellado (2016) señala que “la prisión provisional es una medida cautelar de carácter personal que se traduce en una privación del derecho a la libertad. Como tal responde al cumplimiento de unos fines, los típicos de este tipo de resoluciones, perfectamente determinados y con muy escasas variaciones en el Derecho comparado. Con las medidas cautelares y, por tanto, con la prisión preventiva, se pretende asegurar el proceso, tanto en relación con la propia persona imputada en el mismo, cuya presencia es irrenunciable, como en atención a los elementos de investigación y de prueba, función ésta que requiere un tratamiento diferenciado de la primera, pues también es distinta la consecución del objetivo que no siempre se logra privando de libertad al inculpado ni, en caso de hacerse, prolongando la misma más allá de un espacio temporal muy reducido e inmediato”. p. 785.

De este modo se puede apreciar que la doctrina procesal que se decanta por la prisión preventiva como medida cautelar personal, tiene su justificación en el hecho de ser una medida excepcional y extraordinaria que tiene como propósito fundamental garantizar el desarrollo normal del proceso hasta su culminación y, eventualmente, asegurar el cumplimiento de la sentencia, mientras que los que adoptan una posición contestataria asumen que este instituto procesal vulnera

de manera manifiesta y abusiva el derecho fundamental a la presunción de inocencia, desde que toda persona es considerada inocente mientras no se determine judicialmente su responsabilidad.

### ***2.1.8 Características de la Prisión Preventiva***

Como todo instituto del Derecho Procesal, la prisión preventiva tiene características singulares que la diferencian de otros institutos procesales.

Neyra Flores (2015) en su Tratado de Derecho Procesal Penal, al referirse a este tema del Derecho Procesal Penal sostiene que las características de la prisión preventiva son las siguientes: “La instrumentalidad.- Constituye la característica más significativa de las medidas cautelares, pues las medidas no constituyen el fin sí mismas, sino que permiten asegurar la eficacia de la ulterior resolución penal definitiva. No es instrumental, comenta Aranguena Fanego, porque esté dirigida a aportar los elementos para la formación de la resolución principal, ni porque de ello dependa que la resolución principal sea válida y eficaz jurídicamente, sino porque posibilita o facilita que la resolución principal sea eficaz en la práctica, es decir, tenga una incidencia en la esfera de lo real, correspondiente a lo que jurídicamente debe ser. En el mismo sentido se ha referido La Corte Suprema, señalando que las medidas cautelares deben reunir notas genéricas como son la instrumentalidad respecto del proceso principal del cual dependen, para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Pues las medidas cautelares ocupan una posición instrumental respecto al proceso principal del cual forman parte. Las mismas como situaciones autónomas no tendrían sentido; lo tienen solo en cuanto sirven para la efectividad de las resoluciones finales emitidas en el juicio principal.

Provisionalidad.- Se encuentra referido a su carácter provisional, toda vez que su vigencia en el tiempo se encuentra subordinada a la pendencia del proceso de que trae causa; en cuanto éste concluya, la medida cautelar seguirá sus pasos. Este concepto supone que los efectos derivados de

las medidas cautelares tienen una duración limitada en el tiempo, en cuanto están destinadas a extinguirse una vez que sea dictada la resolución final, bien alzándose definitivamente, en caso la sentencia sea absolutoria, bien transformándose en ejecutivas, si fuera condenatoria, no subsistiendo por consiguiente como tales cautelares.

Variabilidad.- Oré Guardia, comentando sobre esta característica, señala que las medidas cautelares podrán ser solicitadas, reformadas, sustituidas o revocadas en atención a la variación de las circunstancias que motivaron su adopción (*rebus sic stantibus*). La variación puede significar que se imponga una medida más aflictiva de la libertad o restrictiva del patrimonio, en el caso de las medidas reales; de lo contrario la variación puede consistir en una medida menos aflictiva, o también la misma puede ser revocada, pues su modificación, a lo largo del proceso, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial. Así lo ha establecido el CPP 2004 en los incs. 2 y 3 del artículo 255 y 256". p. 142.

### ***2.1.9 Finalidad de la Prisión Preventiva***

Para Arsenio Oré (2014) "la prisión preventiva [que] es concebida como una-medida de coerción procesal, su finalidad debe tener idéntica naturaleza. Así, la imposición de una medida de coerción como la que estudiamos solo debe responder a la necesidad de asegurar el correcto desarrollo del proceso penal y/o la aplicación de la ley penal, fines estos que se concretan mediante la identificación y neutralización del denominado peligro de fuga y peligro de entorpecimiento, conforme se advierte en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos. Teniendo en cuenta dichos fines, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe N° 86/09 (párr. 84) elaborada con fecha 6 de agosto de 2009 en relación al cumplimiento de la sentencia de fondo emitida en el caso Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguay, sostiene que "(...) se deben desechar todos los demás esfuerzos

por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no solo por el principio enunciado [principio *pro homine*] sino, también, porque se apoyan en criterios de Derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva” p. 121

“La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad, o incluso, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la mas absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a la realidad. Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado”. (Asencio Mellado, 2005)

#### ***2.1.10 Prisión Preventiva y Presunción de Inocencia***

Perfecto Andrés Ibáñez (1996) en su artículo “*Presunción de Inocencia y Prisión sin condena*” señala que “Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión: De un lado es la regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones, hoy aparecen estrechamente inter-implicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y en rigor, no es posible concebirlas separando una de

la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Por ello, Ferrajoli ha conceptualizado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de libertad y verdad”.

“Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores, lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la ilustración. En este punto es de referencia obligada la expresiva formulación de Beccaria: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección, sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”. Y también la propuesta de Filangieri, de “tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito”. Recuperado de internet: <http://www.corteidh.or.cr>

Nogueira (2005) en un artículo escrito para la Revista *Ius et Praxis*, señala que “El derecho a la presunción de inocencia forma parte del bloque constitucional de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del imputado o acusado en los hechos constitutivos de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigentes (...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a "la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías" que no perturba la persecución

penal, pero sí la racionaliza y encausa. La presunción de inocencia es también una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso”. (Recuperado de internet, Revista de información scielo.conicyt.el. p. 222

“La presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, como asimismo aplicando los principios la adecuación y proporcionalidad de ellas. El tribunal que es, en esta etapa el juez de garantía, durante el desarrollo del procedimiento, teniendo en consideración los principios antes señalados, podrá irse formando un juicio sobre la participación que ha cabido en los hechos al imputado, posibilitando la aplicación de medidas cautelares”. *Ibíd*em, 222

“Las medidas cautelares personales constituyen medidas restrictivas o privativas de libertad personal adoptadas por el tribunal competente en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto o finalidad de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. Como señala el artículo 122 del CPP, "las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsiste la necesidad de su aplicación. Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada". “De esta norma se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del imputado o del acusado (personas que de acuerdo a antecedentes disponibles se presume con participación en el hecho punible), más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y que no eludirá la acción de la justicia, debiendo constituir siempre la prisión preventiva una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo”. *Ibíd*em, 222

### *2.1.11 Plazo Razonable de la Prisión Preventiva*

Duce y Riego (2016) al comentar la reforma procesal penal en latinoamérica señalan que “la crítica que se dirigía al uso de la prisión preventiva con anterioridad al proceso de reforma no solo se orientaba a su procedencia como regla general, sino que también a su extensión en el tiempo. Por lo mismo, con el fin de evitar la situación de abuso, el nuevo régimen debía incorporar límites temporales al uso de la prisión preventiva. En primer lugar, se estableció un cambio de principios del sistema, dejando claramente establecido que la prisión preventiva en los procesos acusatorios sería la excepción. Vale decir, no tiene aplicación automática y corresponde al Ministerio Público o cualquier otra entidad persecutora solicitarla y justificar su necesidad como hemos visto. A su vez, esto implicaba la obligación de que su imposición responda a un análisis particular de situaciones concretas y que esta decisión debe ser fundamentada por el órgano judicial. En segundo lugar, se establecieron en la mayoría de las legislaciones límites temporales máximos a su imposición. (...) De manera complementaria a la fijación de límites temporales, diversas legislaciones reformadas establecieron sistemas de control automático en ciertos períodos de tiempo de la prisión preventiva de manera de forzar al órgano jurisdiccional a realizar una permanente revisión de oficio de su necesidad de extenderse en el tiempo”.

“El criterio versa sobre la situación jurídica del imputado o investigado, en razón de que, si su situación jurídica es la privación de la libertad preventiva, y esta persona labora y de su trabajo se sostienen más personas o su núcleo familiar, su privación de la libertad va a repercutir en el ingreso económico que es sustento para su familia; de allí que también el Tribunal de Lima hable de un posible daño psicológico, tanto para el imputado como para su familia. Por ello se revisa cada situación con el fin de que su situación jurídica no menoscabe derechos humanos para sí y para un supuesto entorno familiar. Para el cuarto elemento que se está describiendo es importante

determinar si el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica, derechos y deberes del demandante. Ello, con la finalidad de que el proceso penal discurra con más diligencia, con el fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que este incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante; es decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico y/o económico”. Recuperado de internet: Centro de Estudios de Justicia de Las Américas.

En una investigación registrada en la Universidad Católica de Colombia, los autores, remitiéndose a una sentencia de la CIDH, señalan respecto del plazo razonable de la prisión preventiva: “Este criterio responde al interés y a las necesidades que rodean a la persona, procura defender y garantizar que la afectación que sufre por la duración del proceso no lo afecte en sus derechos humanos y los de sus familiares. Una vez examinados cada uno de los criterios y los elementos que componen el plazo razonable, se puede inferir que, como lo dice la Corte, no es un concepto fácil de definir; por el contrario, nos dimos a la tarea de encontrar los elementos que lo componen y los estudios casuísticos que ha desarrollado la misma Corte IDH. Por ende, la justificación que debe dar el Estado parte cuando pretenda escudarse en el plazo razonable debe estar completamente fundado y motivado en las circunstancias que pretenda hacer constar sobre el tiempo empleado en la resolución de un caso determinado”. (Cubides, Castro, Barreto, 2017)

César San Martín (2001) señala que, teniendo en cuenta que “la detención judicial se rige por el principio de la excepcionalidad, entonces debe estar sujeta a la regla de la temporalidad. En consecuencia, la detención debe durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad que toda medida cautelar persigue”. (p. 837). Maier (2004) por su parte sostiene que “el siglo XX ha procurado reducir aún más las posibilidades del encarcelamiento preventivo. La reducción postulada para la pena privativa de libertad, sostiene este autor, producirá efectos inmediatos en el

encarcelamiento preventivo conforme al principio de proporcionalidad. (...) Se procura establecer un límite temporal máximo para la privación de libertad procesal, para evitar así cargar en las espaldas del imputado la duración exagerada del enjuiciamiento penal. (...) La limitación temporal del encarcelamiento preventivo ha alcanzado ya rango constitucional, según sucede, por ejemplo, en la nueva Constitución española y en la italiana”. (p. 379).

### ***2.1.12 Proporcionalidad de la Prisión Preventiva***

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay sostiene: “f.j.109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5 y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza. En ese sentido, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada. A estos fines, como derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración ‘en abstracto’ de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del ‘mínimo’ legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y

sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial.” Agregó más adelante: “[...] La Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente.” (Rodríguez, 2009).

“Es importante considerar que el principio de proporcionalidad es de justicia al caso concreto, de modo que se afirma que implica un criterio de justicia material, que opera como correctivo frente a la aplicación estricta de la ley. Traza los límites de lo que, aun siendo formalmente legal, no puede obligarse a un administrado que tolere. Este criterio se encuentra expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Álvarez*, en cuanto se dijo que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de aplicar la ley en ciertas hipótesis generales, sino además de realizar en el caso concreto un juicio de proporcionalidad. A manera de ejemplo, el principio de proporcionalidad lleva a que no se pueda dictar la prisión preventiva en asuntos de poca gravedad, o bien cuando la privación de libertad suponga para el imputado una carga insostenible, por ejemplo debido a su edad o a una enfermedad grave que padece y que no puede tratarse adecuadamente en prisión preventiva. Igualmente debería desautorizar la prisión preventiva cuando no pueda esperarse que el imputado sobreviva a la

realización del proceso, por ejemplo: padece de una enfermedad terminal que lo llevará a morir antes de la realización del juicio oral y público. Precisamente allí está la relación que debemos establecer entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. Este último indica cuándo una prisión que sea conforme a la presunción de inocencia, por tener un carácter meramente cautelar, no es tolerable, por injusta, porque la privación de la libertad de la envergadura de la prisión preventiva o la prolongación de la misma, excede de lo que pueda exigírsele a un administrado, por sus graves consecuencias”. *Ibídem.*

### ***2.1.13 Motivación de la Prisión Preventiva***

Cubas Villanueva (2018) en su obra “Las medidas de Coerción en el Proceso Penal” señala que “el auto que dispone la prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de Derecho que lo sustenten, y la invocación de las citas legales correspondientes (...) El Tribunal Constitucional ha señalado que, en el caso de la prisión preventiva: “La exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de dicha medida” (Exp. 00038-2015-PHC/TC). De ahí que toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiera de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso. Por eso se afirma que: (...) cuando se trata de resoluciones judiciales que limitan la libertad personal, ellas requieren una motivación cualificada” (Exp. 0728-2008-PHC/TC). pp. 137,138.

### ***2.1.14 Teorías sobre la Prisión Preventiva***

En este punto de nuestro marco teórico nos remitimos al artículo escrito por Ardiles (2013) quien realiza un adecuado resumen de las teorías desarrolladas en torno a la prisión preventiva, invocando trabajos realizados por especialistas.

#### **A. Teorías Sustantivistas**

“Para las teorías sustantivistas la prisión preventiva tiene un carácter de pena, se ha dicho, siguiendo el esquema propuesto por Zafaroni, Alagia y Slokar, que podemos reconocer en esta corriente las miradas sustantivistas liberales y las miradas sustantivistas autoritarias”.

#### **B. Teorías Sustantivistas Liberales**

“En un primer acercamiento histórico, Hobbes caracteriza a la prisión preventiva como la custodia y vigilancia de un hombre acusado. En cuanto a su naturaleza, el autor, le resta carácter punitivo, diría que nadie se supone "que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Sin embargo, esta visión se ve morigerada por el autor al considerar que más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia esto último constituye pena, porque implica un mal infligido por la autoridad pública en razón de algo que la misma autoridad ha juzgado como transgresión de la ley. Un poco más adelante en el tiempo, Beccaria afirmaría; siendo una especie de pena, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga prosigue justificándola: “El rigor de la cárcel debe ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos. Por último, Carrara diría que se trata de una injusticia necesaria caracterizando esta necesidad siempre bajo ciertos presupuestos: interrogar al reo y

obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera para impedir la fuga del reo como también por razones de defensa pública”.

“Así, bajo las miradas expuestas más arriba, podemos decir que la prisión preventiva comparte ciertos rasgos comunes, primero, en términos generales, se trataría de una pena sino se aplica bajo ciertos presupuestos o necesidades que la justifican. Segundo, que el factor que motiva la necesidad de justificarla, se funda, precisamente, en la contradicción que ésta implica a la presunción de inocencia, presunción reconocida como pilar fundamental del nascente derecho penal”

“Sin embargo, tal como Ferrajoli señala: En definitiva, aunque en nombre de necesidades diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico”.

### **C. Teorías Sustantivistas Autoritarias**

“Los planteamientos del sustantivismo autoritario tienen su génesis más reconocible en la escuela criminológica positiva lo que posteriormente, sirvió para el desarrollo del planteamiento fascista y nazi de la prisión preventiva. En términos generales, la escuela positiva, consideró la prisión preventiva como una más de las medidas de seguridad, que para ellos no eran sino las penas propiamente tales. Descansando sobre una concepción etiológica del delito y determinista del obrar humano, la pena sería el resultado del determinismo que llevaba al organismo social a defenderse expeliendo a los gérmenes patógenos. En dicha lógica, la prisión preventiva se inscribe como la medida perfecta para la protección de la comunidad”.

#### **D. Teorías Procesalistas**

“Desde la mirada procesalista la prisión preventiva consiste en una medida cautelar de carácter personal. Las definiciones que, desde este punto de vista, se han dado son conocidas e invariablemente coinciden en la mayoría de sus elementos, en nuestro país por ejemplo se sostiene: Es una medida cautelar personal, de carácter excepcional, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un procedimiento penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. También la prisión preventiva consiste en la privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, dirigida a asegurar en última instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con que pueda finalizar el proceso penal. La teoría procesalista resulta derivada de los avances metodológicos, que en materia civil, se sistematizaron entorno a las medidas cautelares. El gran avance teórico que producto del esfuerzo realizado por la escuela procesalista italiana. Ésta logró sistematizar una serie de principios y presupuestos que, reunidos en las instituciones civiles, fueron bautizados como providencias o medidas cautelares”. pp. 2-6

#### **2.1 MARCO CONCEPTUAL (DEFINICIÓN DE TÉRMINOS)**

**A.- Estándares de exigencia.-** Estándar.-Que sirve de patrón, modelo o punto de referencia para medir o valorar cosas de la misma especie. Exigir.- Demandar, pedir algo de manera imperiosa. Significa por tanto la demanda de que los estándares respondan a los requerimientos de la autoridad o la sociedad.

**B.- Motivación de la prisión preventiva.-** Es la obligación que tienen los jueces para justificar adecuadamente la imposición de esta medida cautelar gravosa, argumentando de manera congruente la decisión adoptada.

**C.- Tribunal Constitucional.-** El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente, porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional.

**D.- Efecto.-** Efecto es el resultado, el fin, la conclusión, la consecuencia, lo que se deriva de una causa, de ahí proviene el principio fundamental causa-efecto, de la ciencia y de la filosofía.

**E.- Administración de justicia penal.-** Es el ejercicio de la función jurisdiccional en materia penal que consiste (según se acepta pacíficamente por los autores) en impartir justicia, o en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

## 2.2 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

### *ANTECEDENTES INTERNACIONALES*

#### **Tesis 1**

Belmares (2003) en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León de México, sustentó su tesis titulada "*Análisis de la Prisión Preventiva*", para obtener el grado académico de Maestra en Ciencias Penales. La autora, llega, entre otras, a las siguientes conclusiones relevantes:

- i) La prisión preventiva formalmente no es una pena, pero materialmente sí lo es por el menoscabo a su libertad personal y todo lo que está inmerso en dicha situación, como pérdida de trabajo, de dinero, de familiares, amigos; además en la realidad

comparte su espacio en la cárcel con los sentenciados y ejecutoriados, lo que es violatorio al principio de presunción de inocencia.

- ii) La Constitución no establece restricciones al uso de la prisión preventiva, ocupándose de ella sólo para autorizarla si se trata de delitos que merezcan pena corporal y ordenar que en los establecimientos penitenciarios deben estar separados los reos procesados de los sentenciados, sucediendo lo mismo en la legislación secundaria, lo que hace que la prisión preventiva sea la regla y no la excepción.
- iii) En el código federal de procedimientos penales está prevista la figura de la libertad provisional bajo protesta y el pago de la libertad bajo caución en parcialidades, lo que no se contempla en el Estado de Nuevo León.
- iv) La privación de la libertad del procesado, reconocida por la doctrina como una medida cautelar, se justifica para asegurar la presencia del acusado en el desarrollo del proceso, pero en la realidad el reo difícilmente se entera de lo que sucede en este, el juez muchas veces ni siquiera lo conoce y por el mismo encarcelamiento está prácticamente imposibilitado para defenderse.
- v) Aun cuando al final del proceso, el reo resulte responsable del delito, la permanencia en prisión preventiva es tiempo perdido porque por su situación de procesado no es sujeto de tratamiento para su readaptación, pues el Reglamento de los Centros Penitenciarios y Preventivos de Nuevo León señala que la prisión preventiva es solo para la custodia de los procesados y ordena que no debe obligarse a los procesados a trabajar ni a estudiar por tener en su favor el principio de presunción de inocencia.

## **Tesis 2**

Luzuriaga (2013) en la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador – Sede Loja, sustentó su tesis titulada “*La Prisión Preventiva arbitraria sin indicios suficientes*

*vulnera los Derechos Constitucionales y garantías del Debido Proceso*”, para obtener el título de abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. La autora, en resumen llega, entre otras, a las siguientes conclusiones relevantes:

- i) La detención preventiva debe dictarse solamente cuando exista indicios mayores que tenga una gran afectación social.
- ii) Se ha podido determinar que se dicta detención previa por situaciones políticas, económicas, atentando al derecho de libertad de las personas.
- iii) Los fines principales de las medidas cautelares personales son: garantizar la inmediación del acusado con el proceso, además el pago de daños y perjuicios a quien haya resultado ofendido en un proceso.
- iv) El grado de afectación que sufre el imputado que ha sido privado de su libertad se da principalmente en su estado psicológico: depresión, baja autoestima, y además esto provoca la inestabilidad familiar, entre otros.
- vi) La figura de prisión preventiva vulnera el principio de inocencia, tipificado en el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución Política de la República, puesto que es dictada con mucha ligereza, razón por la cual los centros de rehabilitación social, se encuentran con exceso de internos en todo el país.
- vii) Los jueces penales no aplican las medidas cautelares de carácter personal de manera restrictiva como lo establece el Código de Procedimiento Penal, lo hacen más bien de forma generalizada, atentando contra el principio de la libertad individual de las personas.

## **ANTECEDENTES NACIONALES**

### **Tesis 1**

Silva (2017) en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, sustentó su tesis titulada “*Tratamiento Jurídico Doctrinal de la Prisión Preventiva en el Perú*”, para obtener el grado académico de Doctor en Derecho. El autor, en resumen llega, entre otras, a las siguientes conclusiones relevantes:

- i) Que el tratamiento jurídico doctrinal de la prisión preventiva en el Perú no responde a su naturaleza jurídica ni a sus fines. De acuerdo a unánime posición de la doctrina la prisión preventiva se debe imponer al imputado solo de manera excepcional, como una medida de última ratio o extrema, cuando se tenga por cierto que no existen otras medidas alternas menos gravosas que puedan asegurar la presencia del imputado en el proceso penal.
- ii) La evolución de la prisión preventiva en el Perú ha sido paulatina, porque desde la dación del primer Código de Enjuiciamientos en materia Penal de 1863 hasta el actual Código Procesal Penal vigente del año 2004, el desarrollo jurídico doctrinal ha permitido que este instituto contemple de manera más técnica su establecimiento en el proceso penal. De un estado de precaria exigencia de presupuestos razonables para su imposición en los primeros Códigos, en el nuevo Código Procesal Penal se establecen de manera adecuada los requisitos que se deben cumplir para que el juez pueda dictar la prisión preventiva en el proceso.
- iii) La prisión preventiva en el Perú, de acuerdo a lo expresado por la doctrina, la jurisprudencia y los expertos entrevistados, tiene una naturaleza instrumental o cautelar pues su finalidad es garantizar que el imputado esté sometido al proceso hasta las resultas del mismo. De acuerdo a los estudios realizados existe un reducido porcentaje de personas que habiendo sido sometidas a la prisión preventiva fueron absueltas.

## Tesis 2

Muñoz (2017) en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, sustentó su tesis titulada “*Tratamiento Jurídico Penal de la Prisión Preventiva en el Derecho Comparado*”, para obtener el grado académico de Doctor en Derecho. El autor, en resumen, sostiene lo siguiente:

- i) En el contexto latinoamericano, hay un deseo de extender cada vez más la prisión preventiva, probablemente alimentado en la creencia de que efectivamente es posible dar solución a los problemas de criminalidad con los medios del derecho penal.
- ii) En el discurso político se parte de la premisa conforme a la cual mientras los delincuentes se encuentren privados de libertad en mayor cantidad y por mayor tiempo, menos delitos se cometerán, entonces resulta que la extensión de la prisión preventiva es una solución evidente -que se demuestra por sí misma- destinada a evitar delitos.
- iii) El autor, sostiene, que hace un análisis racional y reflexivo acerca de la forma cómo se norma y aplica dicha medida cautelar en el contexto del derecho comparado. Básicamente busca determinar cuál es el tratamiento jurídico penal que se da a la prisión preventiva en el derecho comparado en casos de Perú, Argentina, Chile, Ecuador, Colombia, y qué medidas alternativas se proponen a dicha medida cautelar.

Como podemos apreciar, las investigaciones efectuadas concluyen unánimemente que la prisión preventiva constituye un instituto procesal cuya naturaleza jurídica es la de una medida cautelar, pero que sin embargo en la práctica se convierte en una pena

anticipada en la medida que se priva a una persona que goza de la presunción de inocencia. En consecuencia, siendo una medida cautelar tiene una finalidad procesal, esto si se tiene en cuenta que se dicta para asegurar la presencia del imputado en el desarrollo del proceso. Hay una tendencia a generalizar el uso de la prisión preventiva en desmedro del principio de última ratio o excepcionalidad que propugna el derecho penal contemporáneo.

## CAPÍTULO III

### 3 HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO

#### 3.1 HIPÓTESIS PRINCIPAL

Los efectos que genera en la administración de justicia penal la exigencia de nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva según la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala Heredia, son la crisis en el sistema penal y el riesgo de la inconcurrencia del imputado al juicio oral.

#### 3.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- A.- Los fundados y graves elementos de convicción tienen una naturaleza jurídica de sospecha grave, en tanto los indicios arrojan un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el delito
- B.- El peligro procesal tiene una naturaleza esencialmente subjetiva desde que su determinación está librada al criterio del juzgador.
- C.- La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala Heredia no guarda armonía con la jurisprudencia emitida por este Tribunal a lo largo de los años

### 3.3 CATEGORÍAS DE ESTUDIO

*Cuadro N° 1*

Categorías de estudio	Subcategorías
<p><b>Categoría 1°:</b> Prisión preventiva. Teoría y Jurisprudencia Suprema y Constitucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Concepto</li> <li>- Caracteres</li> <li>- Naturaleza jurídica</li> <li>- Presupuestos</li> <li>- Finalidad</li> <li>- Jurisprudencia</li> </ul>
<p><b>Categoría 2°:</b> Efectos en la administración de justicia penal</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Crisis del sistema penal.</li> <li>- Riesgo de presencia del imputado en el desarrollo del juicio</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia

## CAPÍTULO IV

### METODOLOGÍA

#### 4.1 TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El estudio lo abordaremos con la siguiente metodología:

*Cuadro N° 2*

<b>Enfoque de Investigación</b>	<b>Cualitativo:</b> El estudio se funda en el análisis e interpretación de documentos obtenidos, para verificar la hipótesis de trabajo. Describe o explica una o varias cualidades del objeto de estudio para una adecuada apreciación cognoscitiva. Se enriquece la investigación con encuestas (no probabilísticas) efectuadas a especialistas en el tema.
<b>Tipo de Investigación Jurídica</b>	<b>Explicativo:</b> Porque consiste en describir un fenómeno o una situación mediante su estudio en una circunstancia témporo-espacial determinada (Morvelí, 2019, pp. 55, 59). En este caso busca identificar y explicar los efectos que pueden generar en la administración de justicia penal los nuevos estándares de exigencia en la motivación de la prisión preventiva conforme a la sentencia del TC en el caso Humala-Heredia.

**Fuente: Elaboración propia**

## 4.2 UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO

La unidad de análisis comprende examinar la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Humala – Heredia y analizar los nuevos estándares de exigencia en la motivación de la prisión preventiva y sus posibles efectos en la administración de justicia.

## 4.3 POBLACIÓN DE ESTUDIO

Jueces, Fiscales y abogados defensores de la sede principal del Distrito Judicial del Cusco.

## 4.4 TAMAÑO DE LA MUESTRA

Considerando el enfoque cualitativo de la presente investigación, la muestra se determinó por el método no probabilístico o dirigido (por conveniencia). Se encuestó a 12 jueces penales, 12 fiscales y 12 abogados defensores que laboran en la sede principal del Distrito Judicial del Cusco con tipo de preguntas aplicables en general a investigaciones cualitativas y cuantitativas<sup>1</sup>, hecho que, sin duda, enriqueció el planteamiento del problema<sup>2</sup> y complementó los resultados de la investigación.<sup>3</sup>

## 4.5 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

*a.- Análisis documental:* Luego de recabar copias de la jurisprudencia relevante publicada, se analizó su contenido y la interpretación y argumentación efectuada por el operador jurídico.

*b.- Encuesta:* Se efectuó encuesta con un cuestionario estructurado a los jueces penales, fiscales y abogados defensores que laboran en la sede principal del Distrito Judicial del Cusco.

---

1 Hernández Sampieri, Roberto. “Metodología de la Investigación”, 6ta Edición McGraw Hill. Education. México 2014, p. 404.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 360

<sup>3</sup> Carrasco Díaz, Sergio. “Metodología de la Investigación Científica” Editorial San Marcos. Lima, 2017.

#### 4.6 INSTRUMENTOS

*a.- Ficha de análisis documental.-* En cuyo procedimiento se efectuó la seriación, codificación, tabulación y análisis

*b.- Cuestionario.-* En base a encuesta con preguntas cerradas

**CAPÍTULO V**  
**RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

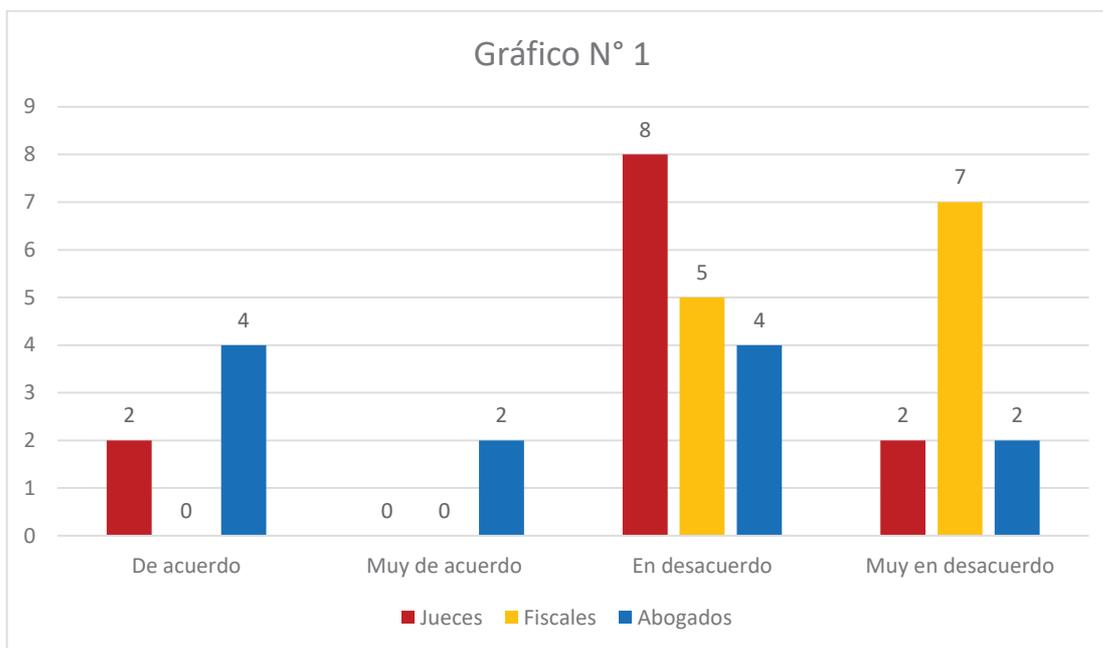
**5.1 ENCUESTA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS**

1. ¿Está usted de acuerdo con los nuevos estándares de motivación de la prisión preventiva establecidos por el Tribunal Constitucional en el caso Humala-Heredia?

**Tabla N° 1**

	<b>Jueces</b>		<b>Fiscales</b>		<b>Abogados</b>	
	<b>F</b>	<b>%</b>	<b>F</b>	<b>%</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
De acuerdo	2	17	0	0	4	33
Muy de acuerdo	0	0	0	0	2	17
En desacuerdo	8	66	5	42	4	33
Muy en desacuerdo	2	17	7	58	2	17
<b>Total</b>	12	100	12	100	12	100

**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019



**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019

## ANÁLISIS

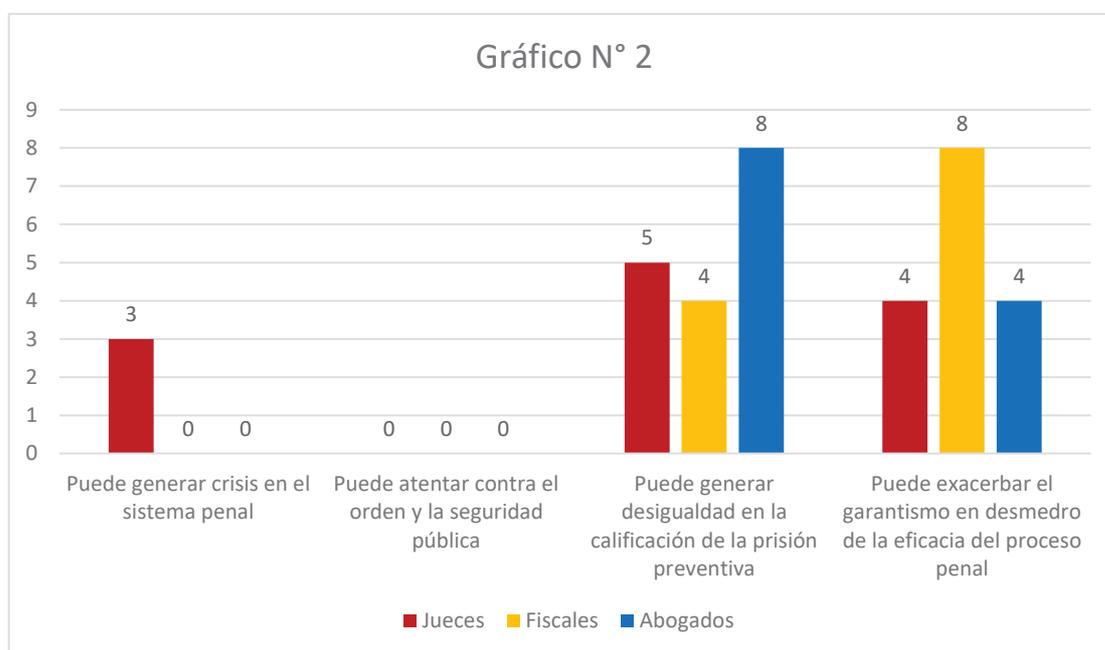
En este primer cuadro podemos apreciar que el 66% de jueces, 42% de fiscales y 33% de abogados defensores se muestran en desacuerdo con los nuevos estándares de motivación que exige el Tribunal Constitucional para dictar la prisión preventiva; el 17% de jueces, 58% de fiscales y 17% de abogados defensores expresan un total desacuerdo con esas exigencias; y apenas un 17% de jueces y 33% de abogados se muestran de acuerdo con las nuevas exigencias del Tribunal Constitucional en materia de motivación de la prisión preventiva. No hay duda que la respuesta tiene relación con el rol o actividad del encuestado.

2. **En su opinión ¿qué efectos puede generar en la administración de justicia penal que los jueces exijan que el primer presupuesto de la prisión preventiva tenga prácticamente una naturaleza jurídica de prueba y no de elementos de convicción o indicios razonables que vinculen al imputado con la comisión del delito?**

Tabla N° 2

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Puede generar crisis en el sistema penal	3	25	0	0	0	0
Puede atentar contra el orden y la seguridad pública	0	0	0	0	0	0
Puede generar desigualdad en la calificación de la prisión preventiva	5	42	4	33	8	67
Puede exacerbar el garantismo en desmedro de la eficacia del proceso penal	4	33	8	67	4	33
<b>Total</b>	<b>12</b>	<b>100</b>	<b>12</b>	<b>100</b>	<b>12</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019.



**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019

## ANÁLISIS

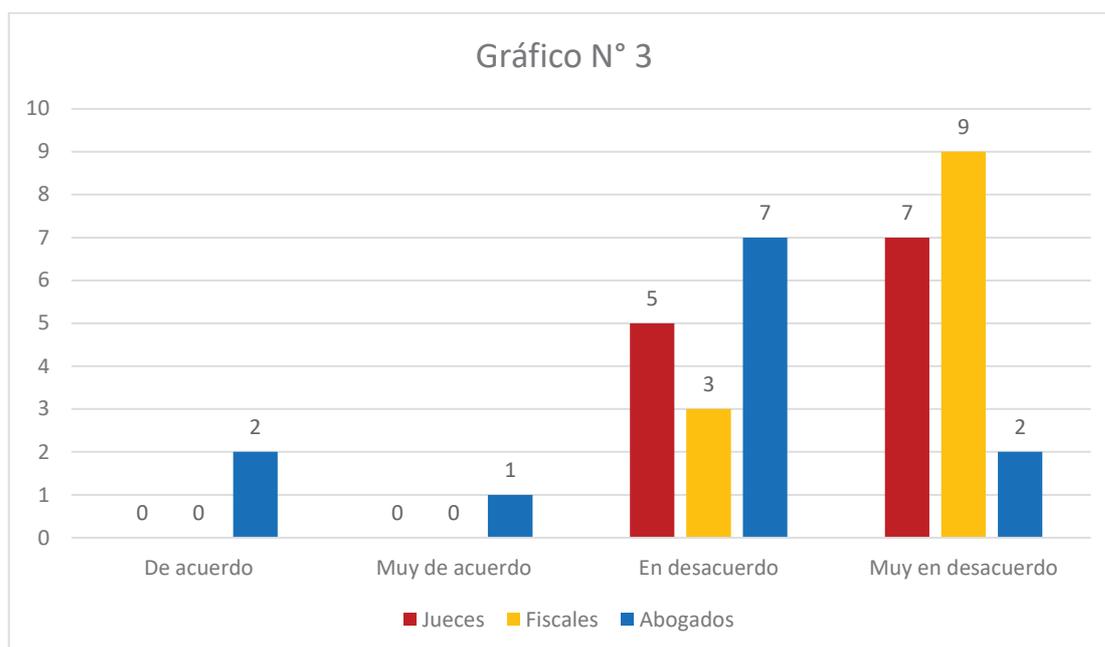
La tabla y gráfico anterior nos demuestran que un 42% de jueces, 33% de fiscales y 67% de abogados defensores refieren que la exigencia de que los nuevos elementos de convicción tengan en la práctica una naturaleza jurídica de prueba y no de indicio puede generar desigualdad en la calificación de la prisión preventiva; un 33% de jueces, 67% de fiscales y 33% de abogados defensores considera que este hecho puede exacerbar el garantismo en desmedro de la eficacia del proceso penal.

**3.- ¿Está usted de acuerdo en que el tercer presupuesto (peligro procesal) debe ser rigurosamente calificada por el juzgador al extremo de exigir la actuación de prueba para determinar el riesgo procesal?**

**Tabla N° 3**

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
De acuerdo	0	0	0	0	2	17
Muy de acuerdo	0	0	0	0	1	8
En desacuerdo	5	42	3	25	7	58
Muy en desacuerdo	7	58	9	75	2	17
<b>Total</b>	12	100	12	100	12	100

**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019



**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019

### ANÁLISIS

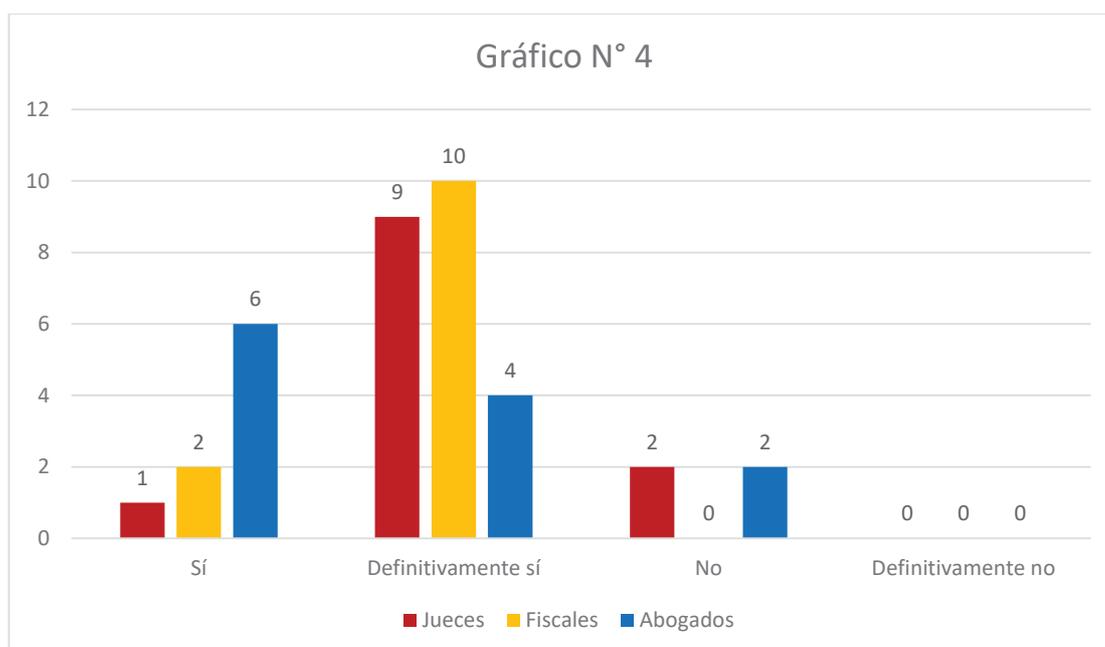
En este tercer cuadro se tiene el siguiente resultado: un 42%, de jueces, 25% de fiscales y 58% de abogados defensores refieren estar en desacuerdo con que los jueces exijan de forma rigurosa, a manera de prueba, el tercer presupuesto de la prisión preventiva; un 58% de jueces, un 75% de fiscales y un 17% de abogados defensores, afirman estar muy en desacuerdo con este postulado; y un 17% y 8% de abogados defensores refieren estar de acuerdo y muy de acuerdo respectivamente con esta fundamentación del Tribunal Constitucional.

**4.- En su opinión ¿el Tribunal Constitucional al resolver el Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, invadió la competencia de la justicia ordinaria?**

Tabla N° 4

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Sí	1	8	2	17	6	50
Definitivamente sí	9	75	10	83	4	33
No	2	17	0	0	2	17
Definitivamente no	0	0	0	0	0	0
<b>Total</b>	12	100	12	100	12	100

**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019



**Fuente:** Encuestas realizadas por el autor, año 2019.

## ANÁLISIS

En este último cuadro por amplia mayoría tanto jueces, fiscales como abogados defensores afirmaron que el Tribunal Constitucional al resolver el caso Ollanta Humala y Nadine Heredia invadió la competencia de la justicia ordinaria; así, tenemos que más del 80% de los encuestados

dijo entre *sí y definitivamente sí*, mientras que sólo un 17% de abogados defensores dijo que el Tribunal Constitucional no invadió la competencia de la justicia ordinaria.

## 5.2 JURISPRUDENCIA

### 5.2.1 *Jurisprudencia Vinculante Del Tribunal Constitucional*

#### A.- Exp. No 06423-2007-PHC/TC Puno – Caso Ruiz Dianderas

*El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario (límite máximo de la detención) \*

7.- El plazo de detención que establece la Constitución es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que el hecho de que la detención no traspase el plazo preestablecido; ese dato *per se* no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, en razón de que ésta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario. Ahora, si bien la Constitución no alude a un plazo estrictamente necesario, y sí establece un plazo máximo de duración de la detención, este último por sí solo no resulta suficiente para verificar si se ha respetado o no los márgenes de constitucionalidad de dicha detención, pues pueden presentarse situaciones en que, pese a no haberse superado el plazo máximo, sí se ha sobrepasado el límite máximo para realizar determinadas actuaciones o diligencias. No cabe duda que, en este último caso, estamos frente a la afectación del derecho fundamental a la libertad personal, en la medida en que la detención tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario.

8. En la misma línea, cabe precisar que el plazo que la Constitución establece para la detención es solamente un límite del límite temporal prescrito con carácter general, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo, el plazo estrictamente necesario. Así lo ha expuesto

el Tribunal Constitucional español en la STC 861/1996, por lo que el límite máximo de privación de la libertad ha de ser ostensiblemente inferior al plazo máximo, pero no puede ni debe sobrepasarlo. Ahora bien, como es evidente, el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para realizar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros. A mayor abundamiento, el plazo establecido actúa solamente como un plazo máximo y de carácter absoluto, pero no impide que puedan calificarse como arbitrarias aquellas privaciones de la libertad que, aún sin rebasar dicho plazo, sobrepasan el plazo estrictamente necesario o límite máximo para realizar determinadas actuaciones o diligencias. En tales casos, opera una restricción a la libertad personal que la norma constitucional no permite. Un claro ejemplo de ello es la prolongación injustificada de la privación de la libertad personal en aquellos casos en que se requiere solamente de actuaciones de mero trámite, o que las diligencias ya han culminado, o que de manera injustificada no se han realizado en su debida oportunidad, esperando efectuarlas ad portas de vencerse o incluso ya vencido el plazo preestablecido.

9. Sobre esta base, este Tribunal Constitucional puntualiza que la observancia de la detención por un plazo estrictamente necesario no es una mera recomendación, sino un mandato cuyo incumplimiento tiene enorme trascendencia al incidir en la libertad personal que es presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. Y es que, no cabe duda, resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal, sea que ha transcurrido el plazo establecido para la detención, o porque, estando dentro de dicho plazo, ha rebasado el plazo estrictamente necesario. En suma, toda detención que supere el plazo estrictamente necesario, o el plazo preestablecido, queda privada de fundamento constitucional. En ambos

casos, la consecuencia será la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente.

**B.- Exp. N° 1257-2005-HC/TC-Lima-Caso Benavides Morales**

FJ 1.- Antes de determinar si la pretensión resulta fundada, este Colegiado considera pertinente hacer notar, como ya lo señaló anteriormente [Exp. N° 3966-3004-HC/TC], que la extradición “(...) es un instituto jurídico que viabiliza la remisión de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada”. Los Estados recurren a tales procedimientos en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo. El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente N° 2915-2004-HC/TC.(...)

La precisión hecha en el fundamento jurídico N° 1 de esta sentencia sobre la conducta obstruccionista del proceso por parte del inculpado constituye precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

**C.- Exp. N° 3771-2004-HC/TC Piura – Caso Sánchez Calderón**

*&3 El derecho a la de presunción de inocencia y el plazo razonable de la prisión preventiva*  
(...) 8.- El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra Lex Superior, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido

en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona.

9.- La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

10.- Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supra estadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º,3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t]oda persona detenida (..) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7º5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de "[t]oda persona detenida o retenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

11. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

#### *§ 4. Sistemas de limitación temporal de la prisión preventiva*

12. Como respuesta al problema de duración de la prisión preventiva, coexisten en el derecho comparado dos sistemas: un sistema de limitación temporal de la prisión preventiva en términos de exigir la razonabilidad del periodo de vigencia, pero sin prever plazos máximos, y otro sistema, en el que se fijan unos plazos máximos de duración de la prisión provisional.

13. Este segundo sistema es el adoptado por nuestro ordenamiento jurídico penal. Al respecto, si bien el artículo 2°, 24, h ha previsto plazos constitucionales aplicables solo a la detención preliminar -la misma que opera en sede extrajudicial-, ello no es óbice para afirmar que de una interpretación sistemática del artículo 2°, 24, b, que establece: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley", se pueda admitir la concesión de una norma permisiva al legislador para que estipule plazos efectivos de duración, lo cuál ha sido precisado en el artículo 137° del Código Procesal Penal

### *5.2.2 Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional*

#### **A.- Exp. N° 04780-2017-PHC7TC – Caso Humala - Heredia**

59.- (...) la Sala considera que en el escenario cautelar no se requiere consolidación probatoria para dar por cumplido el primer requisito del artículo 268 del Código Procesal Penal para el dictado de una prisión preventiva, pues, no es necesario que en dicho espacio se valoren pruebas de descargo. ¿Esta argumentación resulta constitucional?. A consideración de este Tribunal, la argumentación esbozada por la Sala emplazada para no valorar las pruebas de descargo, resulta patentemente inconstitucional, pues ha terminado afirmando que en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional —medida cautelar limitativa de la libertad personal—, solo deben tenerse en cuenta los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no aquellos que se aporten con la pretensión de justificar su rechazo, lo cual a todas luces, resulta lesivo del derecho a probar, componente del debido proceso. 60.- Es evidente que cuando se discute la pertinencia o no de la prisión preventiva ninguna prueba es analizada con fines de acreditación punitiva. De hecho, hacerlo, resultaría

inconstitucional por violar la presunción de inocencia. Pero asunto muy distinto es considerar que las pruebas de descargo no merecen valoración en esta etapa. También en el espacio del debate sobre la justificación o no del dictado de una prisión preventiva, todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, deben ser valorados en su justa dimensión, es decir, no con el objeto de formarse convicción acerca de la culpabilidad o de la inocencia, sino con la finalidad de determinar si existe verosimilitud o no en relación con la vinculación de los investigados con un hecho delictivo. Un razonamiento distinto es violatorio del derecho a probar, del derecho de contradicción, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia (...) 62.- Así, la Sala ha incurrido en un razonamiento violatorio del derecho fundamental a probar —como manifestación implícita del debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política)—, del derecho de defensa, y por derivación —tratándose del espacio deliberativo sobre la pertinencia del dictado ni más ni menos que de una prisión preventiva— del derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución Política). (...) 64. Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional considera que los jueces penales al momento de evaluar los nuevos elementos de convicción de un pedido de revocatoria del mandato de comparecencia por el de prisión preventiva, deben necesariamente valorar todos y cada uno de los elementos presentados no solo por el Ministerio Público, sino también por la defensa técnica de los procesados (...) *Sobre los nuevos elementos de convicción que evidencian el incremento del peligro procesal de los favorecidos* (...) 88. En efecto, de una interpretación sistemática de los artículos 189, inciso 3, y 190 del referido código, deriva que cuando se trate de voces en audios ellas deberán pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente el defensor del imputado o, en su defecto, el Juez de la Investigación Preparatoria. Y el artículo VIII, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, "Todo medio de prueba será

valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo". 89. No obstante ello y pese a la petición de la defensa del procesado Ollanta Humala, el juez emplazado se limitó a sostener lo siguiente: "respecto a la alegación que los audios no habrían sido reconocidos por el investigado, este Despacho precisa que es necesario evaluar el contenido del audio, pues son personas cercanas al investigado (...), se habla de él e incluso interviene en una de las conversaciones, en vinculación al 'Caso Madre Mía', siendo (...) un hecho notorio que el investigado se ha pronunciado públicamente sobre esos audios, y atendiendo a la connotación de este caso" (sic) (Cfr. fojas 67 del expediente 4780-2017-PHC/TC). 90. Es decir, a pesar de que el juez emplazado advierte también que el reconocimiento establecido en el Código Procesal Penal no se ha producido, considera de todas formas que las transcripciones de los audios son elementos evaluables al dar por sentado que trata de conversaciones vinculadas al "Caso Madre Mía" en la que intervienen en la conversación personas cercanas al investigado y el propio investigado, y porque este se ha referido a ellos públicamente. 91. Así, el juez emplazado paradójicamente no consideró necesario el reconocimiento de los audios por parte del investigado, su defensa y del resto de supuestos intervinientes, dando por sentado que son ellos quienes intervienen en la conversación. Evidentemente, se trata de un razonamiento violatorio del derecho de defensa (artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política) y del derecho a la debida incorporación de la prueba como manifestación del debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental). 92. Sobre el mismo asunto, la Sala sostuvo lo siguiente: "En su escrito de apelación la defensa cuestiona la legitimidad de la incorporación de los audios por no haberse llevado a cabo la audiencia de reconocimiento, [siendo así] se entiende que si existe un ataque dirigido a excluir evidencia por ilicitud, no es este el momento en que la ley procesal le franquea hacerlo valer (...)"

(sic) (Cfr. fojas 46 del expediente 4780-2017-PHC/TC). 93. De esta manera, la Sala también ha incurrido en un razonamiento inconstitucional en este asunto, pues asume que porque se halla en el ámbito de un incidente cautelar —en el que se encuentra de por medio, ni más ni menos, la posibilidad de que una persona vaya a prisión— y no en el espacio del proceso principal, está autorizada a relajar las exigencias legales para la incorporación debida de la prueba al proceso, negando, además, que sea ese un espacio en el que la defensa pueda cuestionarlo. Se trata, pues, de un enfoque violatorio también del derecho a la defensa y del debido proceso. (...) 96. Teniendo en cuenta esto y en términos constitucionales ¿es posible justificar ese presunto riesgo razonable (de obstaculización), no en un hecho probado, sino en un hecho que, a su vez, es solo razonable asumir que puede haberse producido? Responder esta pregunta es fundamental, puesto que el juez y la Sala no han presumido el riesgo de que el investigado influya en testigos como resultado de haberse probado que antes lo ha hecho, sino, han llegado a la conclusión de que esta es una conducta que puede presumirse en el investigado, basados en una presunción no probada pero razonable, presentada en otro proceso judicial. Es decir, y para decirlo en una frase, han basado su sospecha razonable en otra sospecha razonable. 97. Pues bien, si tal como se ha señalado, toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiere de una motivación cualificada, no es de recibo que la presunción del riesgo de perturbación de la actividad probatoria o del riesgo de fuga se base, a su vez, en hechos presuntos y provenientes, además, en este caso, de un proceso pasado. Ello hace que la razonabilidad de la presunción del peligro procesal y su nivel probabilístico carezcan de la fuerza necesaria para justificar una limitación tan grave a la libertad personal (...) 100. Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera violatorio del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la libertad personal que la Sala haya aceptado como elemento de juicio para

presumir el riesgo de perturbación de la actividad probatoria en el caso del procesado Ollanta Humala, la transcripción de audios que no habían sido legalmente incorporadas al proceso y que solo permitían presumir, una influencia en testigos en un proceso anterior, pero en modo alguno permiten acreditar una conducta anterior en los mismos términos. 101.

En el caso de Nadine Heredia, han sido tres los elementos que han llevado a la Sala a presumir el peligro procesal. El primero de ellos es el poder que en su momento otorgó a Rosa Heredia Alarcón para que pueda viajar con sus menores hijas. En segundo término, haber supuestamente falseado su puño gráfico. Y, en tercer lugar, su supuesta pertenencia a una organización criminal (...) 109. (...) este Tribunal Constitucional tiene jurisprudencia en la que ha señalado que los cuestionamientos dirigidos al imputado relacionados con declaraciones o conductas que no se acercan a la verdad no pueden ser interpretadas como un peligro de obstaculización que justifique el dictado de una prisión preventiva. Así, se ha señalado, por ejemplo, que "la versión incoherente de los hechos que [el procesado] pueda manifestar, no constituyen indicios razonables de la manifestación del peligro de obstaculización del proceso" (Cfr. Sentencia 1555- 2012-PHC/TC, fundamento 7) (...) 111.

No se aprecia ninguna necesidad apremiante de encarcelar a una persona por no declarar conforme a la verdad, por haber tenido conductas que no se acerquen a ella, o, en el caso concreto, por haber distorsionado su grafía. *Sobre la supuesta pertenencia de los investigados a una organización criminal como argumento para justificar el peligro procesal.-* (...) 115. El artículo 269, inciso 5, del Código Procesal Penal, establece que para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta "[l]a pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas". Como se aprecia, no se trata de un criterio de orden procesal, sino punitivo, semejante al de "[l]a gravedad de la pena que se espera" (inciso 2) o al de "[l]a magnitud del daño causado" (inciso 3). 116. En la Casación

626-2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha razonado del modo siguiente: "la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, 'compra', muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida" (fundamento 57). 117. A pesar de lo sostenido en la referida Casación, existe una amplia coincidencia tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, en el sentido de que los argumentos relacionados con la supuesta comisión de un delito por parte de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por sí solos el dictado de una medida de prisión provisional (Cfr. Sentencia 1091-2002-HC/TC, fundamento 9, entre otras). 118. En efecto, a menos que se trate de una sentencia judicial condenatoria, el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, desde luego, el propio derecho a la libertad personal, impiden que una limitación de la libertad tan severa como el encarcelamiento, pueda estar justificada en criterios llanamente punitivos. Si así fuera, la posibilidad de separar con consistencia las razones que justifican una detención preventiva y una sentencia condenatoria, en esencia, se desvanecerían, como desvanecido también quedaría el contenido constitucionalmente protegido de la inocencia presunta (...) 122. En definitiva, pues, sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal. Este Tribunal considera que pueden ser elementos que contribuyan a presumir el peligro procesal (ya sea

de peligro de fuga o de obstaculización probatoria), pero por sí solos no son suficientes. De ahí que se discrepe de lo sostenido en el Fundamento 54 in fine de la Casación 626-2013 ("en ciertos casos solo bast[a] la gravedad de la pena y [la imputación de pertenencia a una organización criminal] para imponer [prisión preventiva]"), por tratarse de una afirmación reñida con la Constitución

**B.- Exp. N° 00349-2017-PHC/TC-Amazonas - Caso Fuentes Parraguez**

9. El artículo 268 del Código Procesal Penal (D. Leg. 957, modificado por la Ley 30076), aplicable al caso penal de autos, establece que para el dictado de la medida cautelar de la prisión preventiva es necesaria la concurrencia de tres presupuestos: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este; b) que la sanción a imponer sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) que los antecedentes del imputado, y otras circunstancias del caso particular, permitan colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia recaída en el Expediente 1091-2002-HC/TC, que la judicatura constitucional no es competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva, lo cual es tarea que le concierne a la judicatura penal ordinaria. Sin embargo, sí es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición sea acorde a los fines y el carácter subsidiario y proporcional de dicha institución, lo que debe estar motivado la resolución judicial que la decreta. 10. La motivación respecto de los elementos de convicción que estimen razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado implica que el juzgador

explícite la relación indiciaria de aquel o aquellos medios probatorios que relacionen de manera preliminar al procesado con el hecho imputado. La motivación en cuanto a la pena a imponer concierne a la argumentación de que probablemente aquella será superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, lo cual importa al delito o los delitos imputados y la pena prevista por el Código Penal. 11. El peligro procesal al cual se refiere el literal c de la norma de la prisión preventiva, está representado por el peligro de fuga del procesado y el peligro de obstaculización del proceso por parte del procesado (*cfr.* artículos. 269 y 270 del Código Procesal Penal) a. El primer supuesto del peligro procesal (peligro de fuga) está determinado a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso penal, y que se encuentran relacionadas, entre otras cosas, con el arraigo domiciliario, familiar y laboral del actor; la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior relacionado con su voluntad de someterse a la persecución penal; y la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a esta. Estos aspectos crean juicio de convicción en el juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso y a que este no eludirá la acción de la justicia (*cfr.* Artículo 269 del Código Procesal Penal). b. El segundo supuesto del peligro procesal (peligro de la obstaculización del proceso) se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del trámite y resultado del proceso, lo que puede manifestarse en el riesgo razonable de que el imputado actúe o influya en el ocultamiento, destrucción, alteración o falsificación de los elementos de prueba, así como influya sobre sus coprocesados, las partes o peritos del caso a fin de un equívoco resultado del proceso penal. Estos aspectos relacionados con la obstaculización del proceso deben ser apreciados por el juzgador en cada caso concreto, toda vez que, de determinarse indicios fundados de su concurrencia, a

efectos de la imposición de la medida de la prisión preventiva, será menester una especial motivación que la justifique. 12. En tal sentido, cabe precisar que la judicatura constitucional no determina ni valora los elementos de convicción que vinculan al procesado con el hecho imputado, o de que configuran el peligro procesal, sino verifica que su motivación resulte mínimamente suficiente a efectos de validar la imposición de la medida cautelar de la libertad personal, pues una eventual ausencia de motivación de alguno de los presupuestos procesales contenidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal convierte a la prisión preventiva en arbitraria y, por tanto, vulneratoria del derecho de la motivación de las resoluciones judiciales establecido en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución. (Recuperado de Internet: Legis.pe)

**C.- Exp. 9809-2006-PHC/TC Lima Norte - Caso Zevallos Gonzales**

3.- Dos son 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 tomo a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. Por ello, de conformidad con el artículo 182. 0 del Código Procesal Penal, es preciso que se haga referencia y se tome en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena que se le podrá imponer, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. 4. Si bien el juez constitucional no es competente para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o el mantenimiento de la detención judicial preventiva -esto es, realizar una evaluación de

peligro procesal o de la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*), lo cual es una tarea que incumbe en esencia al juez penal, sino para verificar que la misma haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia, valorando si se presenta una evaluación razonada y suficiente de los elementos que la sustentan, ello no lo priva de delimitar los criterios a tomar en cuenta por parte del juez penal a fin de adoptar la medida. 5. Se ha señalado que la detención preventiva no constituye una pena, sino una medida cautelar, la que debe obedecer a la concurrencia de dos requisitos básicos, cuales son la apariencia de derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro procesal, siendo este último el elemento más importante. Ello implica que: ( ... ) la existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculcado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados. [Exp. N° 1567-2002-HC/TC, Caso Rodríguez Medrano].

**D.- Exp. 6142-2006-PHC/TC- La Libertad-Caso Rodríguez Aguirre**

Resulta necesario puntualizar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2°, inciso 24, de la Constitución Política del Perú, el artículo 9.1 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero no solo es un derecho subjetivo; también constituye uno de los valores esenciales de nuestro Estado constitucional de derecho, pues se instituye como base de diversos derechos fundamentales y justifica la propia organización constitucional. No obstante, como todo derecho fundamental la libertad personal no es un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Siendo, entonces, que se somete a prescripciones, no puede afirmarse que su ejercicio sea irrestricto. A este respecto, conviene anotar que, en criterio consecuente con tal limitación, la Norma Suprema no ampara el abuso del derecho.

**E.- Exp. N° 5100-2006-PHC/TC Lima – Caso Narváez Natividad**

2.- Respecto de lo alegado por el demandante en el sentido de que no existen elementos probatorios suficientes que lo vinculen con el hecho materia de proceso, es preciso indicar que el juez constitucional no es competente para efectuar una evaluación de los elementos probatorios aportados en el proceso penal y en tal sentido, tampoco lo es para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, esto es, realizar una evaluación de peligro procesal y de los elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho denunciado (*fumus comissi delicti*), lo cual es una tarea que incumbe en esencia al juez penal. Sin embargo, sí lo es para verificar que la referida medida haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia, valorando si se presenta una evaluación razonada y suficiente de los elementos que la sustentan, ello no lo priva, tampoco, de delimitar los criterios a tomar en cuenta por parte del juez penal a fin de adoptar la medida [Cfr. Exp. N° 1091-2002- C/TC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa]. 3.-

Como lo ha señalado este Tribunal, "si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general". [Exp N° 1091-2002-HC/TC, Vicente Ignacio Silva Checa). Es por ello que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales reconocida en el artículo 139,5 de la Constitución, tratándose de la detención judicial preventiva en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. 4. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en tomo a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada

**F.- Exp. N° 7038-2005-PHC/TC Puno - Caso Mestas Urrutia**

1.- En el presente caso la cuestión de controversia radica en establecer si la motivación, con respecto al peligro procesal, es suficiente, considerando que este constituye uno de los

presupuestos ineludibles para que la autoridad judicial pueda decretar el mandato de detención dentro de un proceso penal. 2- En principio debe precisarse que la necesidad que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional ha sostenido (Exp. N.O 1230-2002-HC/TC) que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; tampoco que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión. 3. Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera será posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, así como evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en tomo a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. 4.- Al respecto, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia, en cada caso, de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, lo cual es una

tarea que incumbe en esencia al juez penal, también lo es que el Tribunal tiene competencia para verificar que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente legítima, lo que exige que haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia.

**G.- Exp. N° 7448-2005-PHC/TC Tacna Caso San Román Garatea**

1.- El objeto de la presente demanda de hábeas corpus es que se disponga la excarcelación del recurrente y que se declare, para tal efecto, inaplicable el mandato de detención dictado en su contra en el proceso penal que se le sigue por el delito contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas (TID) en la modalidad prevista en los incisos 6 y 7 del artículo 297° del Código Penal. El demandante, como sustento de su pretensión, afirma que se ha motivado insuficientemente el auto de apertura de instrucción, en el extremo de la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 135°, inciso 3 del Código Procesal Penal. 2.- En el presente caso, pues, la controversia radica en establecer si la motivación, con respecto al peligro procesal, es suficiente, pues el peligro es uno de los presupuestos ineludibles para que la autoridad judicial pueda decretar el mandato de detención dentro de un proceso penal.

2. Sobre esto debe precisarse que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la motivación se garantiza, por un lado, que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución), y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional ha sostenido (Exp. N.O 1230-2002-HC/TC) que este derecho no garantiza una determinada

extensión de la motivación; que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, y tampoco excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión. 3.- Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial y evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. 4.- Al respecto, debe subrayarse que si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia, en cada caso, de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, lo cual es una tarea que incumbe en esencia al juez penal, también lo es que el Tribunal tiene competencia para verificar que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente legítima, lo que exige que haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia

**H.- Exp. N° 8815-2005-PHC/TC Lima – Caso Mallma Tinco**

*La medida de internación y el derecho fundamenta/a la libertad personal*

2.- El derecho fundamental a la libertad personal tiene un doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. Como derecho fundamental (artículo 2, inciso 24, de la Constitución), garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas; esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como derecho objetivo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Por cuanto informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales, a la vez que justifica la propia organización constitucional.

3. Este derecho garantiza cualquier supuesto de privación o restricción de la libertad locomotora, independientemente de su origen y de la autoridad o persona que la ha ya ordenado, según lo señalan el artículo 9.0 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En sede judicial, el derecho a la libertad física garantiza que esta no sea restringida en forma arbitraria, como puede ocurrir en el caso de las denominadas "detenciones judiciales preventivas", de una condena emanada de una sentencia expedida con violación del debido proceso, o de la ilegal imposición de medidas de seguridad que se derivan de una resolución judicial.

4.- Sin embargo, el derecho fundamental a la libertad personal no es un derecho absoluto, sino relativo, según este Tribunal lo ha sostenido reiterada jurisprudencia (cf STC 2516-2005-HC/TC). Y es que, por previsión constitucional, está sometido a ciertos límites como, por ejemplo, los previstos en el artículo 2, inciso 24, literal f. de la Constitución. En estos casos, la libertad personal puede verse legítimamente restringida. Por ello, no toda privación o restricción del derecho a la libertad es inconstitucional. Ahora bien, es evidente que la aplicación de la medida de internación constituye una restricción del derecho fundamental a la libertad personal. Sin embargo, para que el ingreso de una persona, por orden judicial, en un centro

de internamiento sea constitucionalmente legítimo es necesario que se realice en los casos y supuestos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

**I.- Exp. N° 2510-2005-HC/TC - Ica –Caso Chávez Berrocal**

3.- Al respecto, cabe señalar que la adopción del mandato de detención y su mantenimiento importan la afectación del derecho a la libertad personal. Este es un derecho subjetivo reconocido en el artículo 2.", inciso 24), de la Constitución Política del Perú y, al mismo tiempo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado constitucional de derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos fundamentales.

4.- En cuanto derecho subjetivo, el derecho a la libertad personal garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias o ilegales. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad se extienden a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen y de la autoridad o persona que la haya ordenado. Garantiza, por tanto, la libertad personal ante cualquier restricción arbitraria (artículo 9." de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

5.- Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como lo establece el artículo 2.", inciso 24, literales a y b, de la Constitución, aparte de ser regulado, puede ser restringido mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que puede imponérseles son intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen

del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

6.-En ese sentido, este Tribunal considera que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, no es inconstitucional. Esto es así porque, en esencia, la detención judicial preventiva es una medida cautelar, dado que se dicta para asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria a dictarse en el futuro.

**J.- Exp. N° 2915-2004-HC/TC Lima – Caso Berrocal Prudencio**

*§1. Presupuestos para la legitimidad de la detención preventiva*

3.- Son dos los factores sustanciales que deben ser atendidos por la judicatura al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad personal materializada en una detención judicial preventiva: de un lado, las causales que la justifican; y, de otro, la duración de la medida.}

El Tribunal Constitucional, en el Caso Silva Checa (Exp. N° I091-2002-HC/TC), ha tenido oportunidad de pronunciarse in extenso respecto de las causas que justifican el dictado de una medida de detención; siendo éstas, básicamente, la presunción de que el acusado ha cometido un delito (como factor sine qua non, pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos), y el riesgo de comisión de nuevos delitos. Cabe enfatizar que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta, automáticamente, deviene en ilegítima.

**K.- Exp. N° 0731-2004-HC/TC Lima - Caso Villanueva Chirinos**

***§ La libertad personal y las exigencias para su privación mediante medidas cautelares en el proceso penal.***

4. En general, en el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad. Ello, por cuanto, siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como ultima ratio, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos menos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia.

**L.- Exp. N° 791-2002-HC/TC-Lima - Caso Riggs Brousseau**

***Exigencia de una especial motivación de la resolución judicial que decreta el mandato de detención judicial preventiva***

1.- La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la

administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; que tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión. 2.- Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. 3.- Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues, de otra forma, no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. 4.- Por ello, de conformidad con el artículo 135° del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N.º 27226, es preciso que se haga referencia y tome en consideración, juntamente con las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le podrá imponer, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. 5.- En el caso de autos, la resolución en virtud de la cual se confirma el mandato de detención contra la actora, obrante a fojas sesenta y nueve, es suficiente y razonada, pues expresa puntualmente las razones que, a juicio de la emplazada, sirvieron para no revocar el mandato de detención, y

que este Tribunal ha reproducido esencialmente en el fundamento N.º 10 de esta sentencia. En ese sentido, este Tribunal no considera que entre las razones expuestas detalladamente por la resolución expedida por la emplazada y la naturaleza y características de la detención judicial preventiva, exista incoherencia o arbitrariedad

### ***5.2.3 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República***

#### **A.- Casación N° 1445-2018/Nacional**

Tercero.- Que la institución de la prisión preventiva, superado el juicio de imputación o sospecha fundada y grave, tiene como un presupuesto-objetivo o causales para imponerla, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de medida en cuestión, que legalmente o en clave de Derecho ordinario se traduce en la presencia de los peligros de fuga (o de ocultación) y de obstaculización (*periculum libertatis*) en el caso específico —en pureza, de una sospecha consistente por apreciación de las circunstancias de tales riesgos—.(...) Es de destacar, de un lado, tanto (1) la gravedad de la pena —criterio abstracto, considerado insuficiente y que debe conjugarse con las demás circunstancias, calificadas de “concretas”— como (ii) el arraigo; y, de otro lado, (iii) la posición o actitud del imputado ante el daño ocasionado por el delito atribuido, y (iv) su comportamiento procesal en la causa o en otra, respecto a su voluntad de sometimiento a la acción de la justicia. Ha de entenderse que el precepto antes indicado regula la prevención del riesgo de fuga sin establecer criterios automáticos que deban ser considerados o valorados judicialmente al margen de su concurrencia efectiva en el caso. Lo que hace dicho artículo es, a final de cuentas, relacionar criterios que pueden ser apreciados al efecto de su determinación, pero, en todo caso, tales criterios no pasan de ser meramente indicativos, nunca vinculantes y, desde luego, no constituyen un listado cerrado

[Asencio Mellado, José María: Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Sexta Edición, Valencia, 2012, página 212]. La magnitud de la pena prevista desde luego, por su carácter abstracto, no puede operar como único criterio —de aplicación automática y mecánica— para ponderar la necesidad de imposición de la medida de prisión preventiva, sino que, asumiendo incluso como un criterio más concreto, la naturaleza del hecho punible, debe ponerse en relación con otros datos relativos (i) tanto a las características personales del imputado o investigado —arraigo familiar, profesional y social, conexiones con otros países, contactos internacionales (existencia de cierta infraestructura en el extranjero), sus bienes (su tenencia genera arraigo, como lo precisó la Sentencia del Tribunal Constitucional 1091-2002-HC/TC, de doce de agosto de dos mil dos), los medios económicos de los que dispone y su proximidad a la jurisdicción-; (ii) como a las circunstancias que concurren en el caso concreto (...) El juicio de peligrosismo debe ser afirmación de un riesgo concreto —al caso específico—. No puede afirmarse de acuerdo con criterios abstractos o especulaciones. No debe considerarse de forma aislada ninguno de estos aspectos o circunstancias, sino debe hacerse en relación con los -otros (...) El riesgo ha de ser grave, evidente. Ha de optarse, a final de cuentas, desde el caso concreto, que el estándar para la convicción judicial en este punto, no es la sospecha grave o fundada exigible para la determinación del *fumus comissi delicti*, sino justificar la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga (...) Quinto.- Que, en el presente caso, son tres los argumentos examinados por el Tribunal Superior para sostener el peligro concreto de fuga (...) La apreciación debe ser integral; y, siempre, desde la acreditación — en clave, no de certeza ni de sospecha grave y fundada, sino de sospecha reveladora— de la existencia de medios suficientes, a disposición del imputado, para perpetrar la fuga. (...) No se puede exigir lógicas de arraigo laboral basadas en la exigencia de un trabajo

dependiente y formal, un contrato de trabajo permanente o una línea de vida laboral en una empresa o institución con máximos niveles de funcionamiento e integración en el comercio o industria de primera categoría (máxima estabilidad institucional en los sectores de la vida económica de una localidad, región o país). Se requiere de una persona que realiza labores concretas y percibe ingresos para mantenerse y sustentar a su familia (...) el que se tenga dos viviendas a su nombre, no es prueba de falta de certeza de su dirección domiciliaria (...) solo revela que tiene dos predios a su nombre- (...) Otro factor o circunstancia para apreciar el riesgo concreto de fuga es la existencia de conexiones con otros países o de contactos internacionales (existencia de cierta infraestructura en el extranjero). El hecho de que una persona tenga pasaporte y registre viajes al extranjero —de los que volvió-, sin señalarse desde los datos de la causa que al lugar donde viajó tiene conexiones que le permitan quedarse u ocultarse, o que por sus contactos con terceros en el extranjero tienen una infraestructura para albergarlo y evitar que la justicia lo alcance, obviamente no constituye riesgo alguno de fuga, que por lo demás, en estas condiciones, puede evitarse con impedimento de salida del país. Las razones, por consiguiente, para justificar que existe peligro concreto de fuga no tienen sustento en el artículo 269 del Código Procesal Penal (...). Por estos fundamentos (...) Casaron el referido auto de vista (...) y actuando como instancia Revocaron el auto de primera instancia (...) que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva; (...) reformándolo, dictaron (...) la medida coercitiva personal de comparecencia [con restricciones].

#### **B.- Sentencia Plenaria 1-2017/CIJ**

La Corte Suprema de Justicia de la República, con ocasión de deslindar el tema del estándar probatorio en el delito de Lavado de Activos, abordó tangencialmente el requisito sine

quanon que exige la norma procesal para dictar la prisión preventiva, esto es, los fundados y graves elementos de convicción. Sostiene esta sentencia plenaria 1-2017/CIJ que “La sospecha grave, propia para dictar mandato de prisión preventiva —el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro Código Procesal Penal, que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento—, requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) [Claus Roxin: Obra citada, p. 259]. Ésta es una *conditio sine qua non* de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal. El elemento de convicción ha de ser corroborado por otros elementos de convicción o cuando por sí mismo es portador de una alta fiabilidad de sus resultados, y además ha de tener un alto poder incriminatorio, esto es, vincular al imputado con el hecho punible. Esta exigencia probatoria, sin duda, será superior que la prevista para inicio de actuaciones penales pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena: descarte de duda razonable [Jordi Ferrer Beltrán: Presunción de inocencia y prisión preventiva. En: AA.VV, Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba, Editorial Ideas. Lima, 2017, pp. 128 y 130]. No se exige, por ello, prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino únicamente la existencia de indicios o elementos de convicción fundados y graves de la comisión de una actividad delictiva y de los demás presupuestos de punibilidad y perseguibilidad, y a partir de ellos de su responsabilidad penal. El juicio de imputación judicial para la prisión preventiva exige un plus material respecto a los dos anteriores niveles de sospecha, pues debe contener un elevado índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo [Cristina Guerra Pérez: La decisión judicial de prisión preventiva, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 138

**C.- Casación N° 631-2015-Arequipa**

Que, ahora bien, el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Éste tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga y obstaculización. El peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado. Es cierto que los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso. Si se tiene en cuenta que *prima facie* está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú, sólo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente. Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga. Asimismo, la Suprema Corte sostiene que, la prisión preventiva es una medida

excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso mediante la restricción de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma, en consecuencia, la privación de libertad ha de ser la excepción y, se ha de adoptar cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con aquélla. (Fuente: Poder Judicial, Centro de Investigaciones Judiciales, Boletín N° 57-2016).

**D.- Casación N° 626-2013-Moquegua**

Sobre los fundados y graves elementos de convicción.- Vigésimo quinto. Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. (...) Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de la investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta, Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado. *Vigésimo séptimo*. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatorias (...) *Vigésimo octavo*. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. *Vigésimo noveno*. Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación.- *Sobre la prognosis de pena*.- *Trigésimo*. Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene la pena legal

fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley. *Trigésimo primero.* El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible {artículo catorce del Código Penal) , error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos, agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-e del Código Penal), uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal) . Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada conformidad del acusado con

la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución *Trigésimo segundo*. Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos. *Sobre el peligro procesal: de fuga.- Trigésimo tercero*. El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional (...) Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria *Trigésimo cuarto*. El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga (...) que autoriza la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Barreta Leiva vs. Venezuela y J vs. Perú (donde se señaló que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto). *Trigésimo quinto*. El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el Juez de la Investigación Preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso: i) El arraigo. ii) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. iii) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. iv) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. v) La pertenencia

del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas. *Arraigo Trigésimo sexto.* (...) El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. *Trigésimo séptimo.* Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. (...) el Juez puede considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución. Trigésimo octavo. (...) estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado (...) Trigésimo noveno. (...) no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia de algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. Cuadragésimo. Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. 7.2. Gravedad de la pena.- Cuadragésimo primero. (...) es (...) un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar. Cuadragésimo segundo. La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. Cuadragésimo tercero. Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo (...) 7.3. La magnitud del daño causado.- (...) Cuadragésimo octavo. (...) la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer. (...) 7.4. Comportamiento procesal.-

Quincuagésimo primero. Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida) , etc. (...) Quincuagésimo tercero. No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido, así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal. (...) . 7.5. La pertenencia a una organización criminal.- Quincuagésimo séptimo. Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria (...) Quincuagésimo octavo. Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

**E.- Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ – Circular**

SEGUNDO.- Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial– para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda

ser autor o participe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268º, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti commissi*]. Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos –del material instructorio en su conjunto–, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad). Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El Juez en esta fase de análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad. Si no se cumple con el primer presupuesto material y el inicial motivo de prisión, el Juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal. Por el contrario, si en el caso específico se cumple con ambas exigencias el Juez debe valorar, como segundo motivo de prisión, la presencia de los peligros de fuga y/o de obstaculización probatoria – de menor intensidad, en especial esta última, conforme avanza el proceso–. Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, 81 cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena]. TERCERO.- Que el Código Procesal Penal ofrece criterios específicos para analizar el riesgo de fuga y el peligro de obstaculización probatoria, la normativa procesal penal establece a través del desarrollo de

los artículos 269° y 270° del Código Procesal Penal— una guía —sin duda flexible o abierta— para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos para justificar la imposición de una medida procesal tan grave como la prisión preventiva. Tales lineamientos tienen como objetivo evitar la justificación de la misma sobre la base de resoluciones estereotipadas o con una escasa motivación en el ámbito nuclear del “peligrosismo procesal”. Sin embargo, debe quedar claro que estos postulados normativos no tienen naturaleza taxativa. El Juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado, por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento. El factor temporal, en orden a las razones justificativas de la restricción de la libertad personal, adquiere singular relevancia. Así, en la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias son más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso. Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva —están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho en uno o en otro sentido— en la capacidad material de huida; así como la

situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral especialmente en los supuestos en que podría iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el Juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado–. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral. Las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición del material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos y manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger. Dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribuido, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos pueda hallarse la concreta fuente de prueba (...)

### **5.3 DISCUSIÓN GENERAL**

#### ***5.3.1 Efectos que puede generar en la Administración de Justicia Penal la exigencia de nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva, según sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Humala-Heredia***

La prisión preventiva como la medida cautelar personal más gravosa que se impone en el proceso penal, viene a ser objeto de permanente discusión en la doctrina y en el foro, tan es así que existen diversas posiciones en torno a su aplicación. Por un lado se encuentran aquellos especialistas del derecho penal que se inclinan por priorizar la eficacia del sistema penal y por tanto se muestran muy tolerantes con la imposición de esta medida cautelar, mientras que por otro lado se ubican los llamados garantistas que critican la prisión preventiva y se decantan por aplicar esta medida como última ratio, esto es, sólo en casos extremos o por delitos graves.

Esta situación, inevitable en la práctica judicial, genera muchas veces el desconcierto y desconfianza en la población que poco o nada entiende de esta medida restrictiva personal. En efecto, cuando en casos que causan gran alarma social, los jueces dictan comparecencia con restricciones a determinados personajes, pero en casos similares se dicta prisión preventiva contra otros procesados, entonces la gente pierde confianza en el sistema penal. Este es el cuestionamiento que existe, por ejemplo, en la actualidad sobre la medida restrictiva que pesó inicialmente contra la ex alcaldesa de Lima Susana Villarán y por otro lado, contra la ex candidata presidencial Keiko Fujimori.

En el caso que fue materia de nuestro estudio, las nuevas exigencias en la motivación de la prisión preventiva impuestas por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, ha generado, sin duda, una reacción adversa en un gran sector del foro

nacional y también en los especialistas. Ciertamente, hay que señalar que desde su emisión esta sentencia, no ha merecido la unanimidad de los magistrados del Tribunal Constitucional; fueron cuatro los votos a favor de la excarcelación de los beneficiarios y tres en contra de la misma. Los fundamentos que esgrimen los votos de la sentencia en mayoría y los votos en discordia, son una muestra evidente del conflicto académico presentado. Así las cosas, esta discrepancia puede generar situaciones perniciosas en el proceso penal. La encuesta realizada a los operadores del sistema penal ha arrojado que la invocación de esta sentencia a los fines de determinar la medida cautelar personal de los procesados, puede generar, primeramente, la desigualdad en su calificación, en cuanto al ser extremadamente exigentes los jueces con la calificación de los presupuestos primero y tercero de la prisión preventiva, entonces algunos procesados se verán beneficiados con la inafectación de su libertad, lo que no ocurrirá con aquellos en los que no se tome en cuenta las exigencias de esa sentencia del Tribunal Constitucional al resolver la medida, y no sufrirán la privación de su libertad (esto considerando que la sentencia no tiene carácter de vinculante). Por otro lado, en un sector de la judicatura nacional la sentencia del Tribunal Constitucional puede exacerbar el garantismo penal en desmedro de la eficacia del sistema, esto es, los jueces, eventualmente, pueden dejar de aplicar la prisión preventiva a pesar de la gravedad de la imputación penal, poniendo en riesgo la eficacia en los resultados del proceso penal. Finalmente, un sector minoritario ha expresado de manera genérica que la consideración de esta sentencia del Tribunal Constitucional en los operadores judiciales puede generar una crisis en el sistema de justicia penal, crisis entendida como problemática suscitada en la aplicación de la prisión preventiva que puede poner en riesgo la presencia del imputado en el desarrollo del juicio.

### ***5.3.2 Naturaleza Jurídica del Primer Presupuesto de la Prisión Preventiva; los fundados y graves Elementos de Convicción***

La doctrina nacional si bien se refiere al primer presupuesto como “prueba suficiente” (Yataco, 2013, p. 496) o como “suficientes elementos probatorios” (César San Martín, 2014, página 990), sin embargo, ahora recogiendo la prescripción del artículo 268 del Código Procesal Penal, es adecuado referirse a este presupuesto como “fundados y graves elementos de convicción” y no a “prueba suficiente” como se le denomina todavía por algunos autores. Estos elementos de convicción deben vincular al agente con la comisión del delito. En esta misma línea de opinión, Roxin (2000) considera como primer presupuesto material de la prisión preventiva “la sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible; esto es, debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad”. p. 259. Por su parte, Ascencio Mellado (2005) señala que “El *fumus boni iuris* hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado, la cual en el CPP peruano se concreta en la exigencia de concurrencia en el caso, de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincula al imputado. No basta la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues elementos de convicción, pruebas indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas, porque en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero sí en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos y suficientes”. p. 513. Desde el punto de vista formal, Gimeno Sendra (2007) afirma que “es necesario que aparezcan en la causa “motivos bastantes” para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión (...) debiendo entenderse (...) “motivos

bastantes sobre la responsabilidad penal” en el sentido de que es necesario no sólo la concurrencia de meros indicios de criminalidad, sino además, que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal”. p. 557.

Del análisis de la doctrina se desprende claramente que el primer presupuesto de la prisión preventiva tiene una naturaleza solo indiciaria, pero que al mismo tiempo su naturaleza revela un altísimo grado de probabilidad de certeza de la participación del agente en la comisión del delito. En efecto, desde que la norma penal caracteriza como fundados y graves a los elementos de convicción que deben concurrir en el primer requisito de la prisión preventiva, entonces, concluimos que el estándar que se exige es elevado, pero siempre indiciario. No puede tener la naturaleza de prueba, no solo por el momento procesal en el que se genera, sino además porque desvirtuaría completamente su carácter indiciario, por eso la doctrina habla de “intervención indiciaria”.

### ***5.3.3 Naturaleza Jurídica del Tercer Presupuesto de la prisión preventiva; el Peligro Procesal.***

El peligro procesal tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Es la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. Son dos los peligros considerados autónomamente, que la ley reconoce: peligro de fuga y peligro de entorpecimiento. El primer peligro traduce la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo traduce la función aseguratoria de la prueba –distinta de la propiamente cautelar- de dicha medida provisional. (San Martín, 2014, p. 993). Este presupuesto debe entenderse como la probabilidad de realización de un comportamiento que represente peligro procesal (Rosas Yataco, 2013, p. 497).

El peligro procesal, señala Pérez López (2014), constituye el requisito más importante de la prisión preventiva, puesto que a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal, materializado no sólo en su normal desenvolvimiento, sino en la futura aplicación de la sentencia. En ese sentido, el juez debe hacer un pronóstico, para determinar cuáles serán las posibilidades que hagan presagiar, que el imputado asistirá al proceso penal y no hará ningún tipo de maniobra tendiente a dificultar el mismo (no perturbará la actividad probatoria, fugará o tratará en lo posible de esconder u ocultar pruebas, etc.) en caso se le ordene su libertad. Para ello, se exige un razonamiento integral, eficiente e idóneo, basado precisamente en datos objetivos, ciertos, y no en verosimilitudes, sospechas o conjeturas. El peligro procesal debe de ser valorado objetivamente con datos certeros. Los presupuestos del peligro procesal son, como hemos indicado con anterioridad, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la actividad probatoria.

Un enfoque doctrinario arroja que el peligro procesal tiene una naturaleza esencialmente subjetiva desde que su determinación está librada al criterio del juzgador; podemos afirmar, sin duda, que la práctica procesal constriñe al juez a decidir sobre la existencia o inexistencia del peligro procesal (riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria) en base a diversos postulados que no tienen necesariamente naturaleza taxativa en la norma procesal (por ejemplo el estado de salud del imputado). No obstante para su determinación, en nuestra opinión, no puede ser de recibo efectuar una actividad probatoria en el incidente porque de esa manera se desnaturalizaría su condición de presupuesto sujeto al principio de *reformabilidad (rebus sic stantibus)*.

### ***5.3.4 Análisis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a la prisión preventiva.***

Los fundamentos que en forma sostenida ha esgrimido el Tribunal Constitucional para referirse a la prisión preventiva, han establecido lineamientos sobre su competencia expresando, por ejemplo, que “la judicatura constitucional no es competente para determinar la configuración de cada supuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva, lo cual es tarea que le concierne a la judicatura penal ordinaria (...) En tal sentido, cabe precisar que la judicatura constitucional no determina ni valora los elementos de convicción que vinculan al procesado con el hecho imputado, o de que configuran el peligro procesal, sino verifica que su motivación resulte mínimamente suficiente a efectos de validar la imposición de la medida cautelar de la libertad personal” Exp. 00349-2017-PHC/TC-Amazonas; “Si bien el juez constitucional no es competente para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o el mantenimiento de la detención judicial preventiva -esto es, realizar una evaluación de peligro procesal o de la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*), lo cual es una tarea que incumbe en esencia al juez penal-, sino para verificar que la misma haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia, valorando si se presenta una evaluación razonada y suficiente de los elementos que la sustentan, ello no lo priva de delimitar los criterios a tomar en cuenta por parte del juez penal a fin de adoptar la medida” Exp. 9809-2006-PHC/TC-Lima Norte. “Es preciso indicar que el juez constitucional no es competente para efectuar una evaluación de los elementos probatorios aportados en el proceso penal y en tal sentido, tampoco lo es para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, esto es, realizar una evaluación de peligro procesal y de los elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho denunciado (*fumus commissi delicti*), lo cual es una tarea que incumbe en

esencia al juez penal. Sin embargo, sí lo es para verificar que la referida medida haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia”, Exp. N° 5100-2006-PHC/TC-Lima. “Al respecto, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia, en cada caso, de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, lo cual es una tarea que incumbe en esencia al juez penal, también lo es que el Tribunal tiene competencia para verificar que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente legítima”. Exp.7038-2005-PHC/TC-Puno. “Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial y evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. Exp. 7448-2005-PHC/TC-Tacna. El Tribunal Constitucional, en el Caso Silva Checa (Exp. N° I091-2002-HC/TC), ha tenido oportunidad de pronunciarse in extenso respecto de las causas que justifican el dictado de una medida de detención; siendo éstas, básicamente, la presunción de que el acusado ha cometido un delito (como factor sine qua non, pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos), y el riesgo de comisión de nuevos delitos. Cabe enfatizar

que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta, automáticamente, deviene en ilegítima. Exp. 2915-2004-HC/TC-Lima.

Todos estos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional relacionados con la prisión preventiva, tienen un solo contenido y orientación; que la valoración de los elementos de convicción y del peligro procesal como presupuestos de la prisión preventiva es competencia de la justicia ordinaria. El Tribunal Constitucional no tiene competencia para deslindar estos cuestionamientos, salvo que se vulneren los derechos fundamentales, tal como la motivación de las resoluciones.

Sin embargo, en el caso Ollanta Humala – Nadine Heredia, el Tribunal Constitucional, como sostiene el voto de la magistrada Ledesma Narvaez, invadiendo competencias del juez penal, genera una nueva doctrina procesal, al exigir de manera excesiva que en la calificación de los elementos de convicción y del peligro procesal, se tenga que actuar pruebas, desnaturalizando de esta manera, en el primer caso, su naturaleza indiciaria, y en el segundo, su naturaleza de fundada presunción. Vale decir, que en esta última sentencia el Tribunal no armoniza con la recurrente doctrina jurisprudencial que sobre la prisión preventiva había emitido en los últimos años.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El estudio de la parte teórica y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia de la República, nos hace concluir llanamente que la exigencia que hace el Tribunal de los nuevos estándares en la motivación de la prisión preventiva, conduce, sin duda, a una crisis del sistema penal que se traduce en situaciones prácticas reñidas con el principio de igualdad en el proceso penal y, además, al ensalzamiento del garantismo en menoscabo de la eficacia del proceso penal. En efecto, existe el serio riesgo de que invocando la sentencia del Tribunal en el caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, los jueces relajen el aseguramiento del imputado al sometimiento del proceso con fines del cumplimiento de la sentencia.

**SEGUNDA.-** El primer presupuesto de la prisión preventiva ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia como un elemento indiciario, que traducido ahora en la letra de la ley, consiste en fundados y graves elementos de convicción que vinculan al autor como autor o partícipe del delito. Es pacífica la doctrina en considerar que estos indicios deben ser de tal magnitud que hagan presumir razonablemente un altísimo grado de participación del agente en la comisión del delito. Pero para ello, no es necesario en esta etapa inicial desarrollar toda una actividad probatoria como exige el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento, porque de esa manera se desnaturalizaría la esencia del indicio.

**TERCERA.-** En esta misma línea de razonamiento, el peligro procesal como tercer presupuesto de la prisión preventiva, tampoco puede ser objeto de una calificación rigurosa por parte del juzgador, a tal extremo de que se permita el desarrollo de una actividad probatoria para deslindar

su presencia. En nuestra opinión, como es jurisprudencia recurrente, basta acreditar fundado riesgo de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria para resolver el peligro procesal, máxime cuando el delito que se imputa tiene conminada en la ley una pena grave. Asumir la posición del Tribunal en este extremo también debilita el *ius puniendi* estatal.

**CUARTA.-** La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, no abona a una justicia predecible. Ciertamente, durante los últimos años la jurisprudencia del Tribunal relacionada con la prisión preventiva ha sido, en términos generales, uniforme al establecer lineamientos para la justicia ordinaria. Sin embargo, en el caso que tratamos, tal como lo sostuvo en su voto en discordia la magistrada Ledesma Narváez, el Tribunal ha establecido nuevas reglas que los jueces no tenían antes. Por tanto, su actual jurisprudencia no guarda armonía con la emitida anteriormente.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA.-** Se debe generar un gran debate en el foro nacional para que, luego de un adecuado análisis académico y de la praxis de la prisión preventiva, se pueda fijar prudentemente algunos lineamientos sobre esta institución, confirmando al mismo tiempo su línea directriz fundada en los tres presupuestos. Este debate debe ser promovido por las principales instituciones que están inmersas dentro del sistema de justicia penal, llámese el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia.

**SEGUNDO.-** Por medio de estas instituciones se debe instruir y sensibilizar a los jueces y fiscales para que asuman una posición firme con respeto a la ley, sin dejarse amilanar por la presión de los medios que muchas veces toman partido en función de intereses de grupos de poder.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ardiles, E. (2013). "La naturaleza de la prisión preventiva en torno al problema de la presunción de inocencia". Recuperado de internet: <http://www.academia.edu>
- Asencio, J.M.(2016). "Derecho Procesal Penal" Estudios Fundamentales. Inpeccp-Ceanles-Lima.
- Asencio, J.M.(2005). "La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". Instituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado de Internet: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38930770/3>
- Belmares, A. (2003). "Análisis de la Prisión Preventiva", Recuperado de internet: <http://eprints.uanl.mx>
- Binder, A. (2011) "La Intolerabilidad de la Prisión Preventiva" Recuperado de Internet; <http://www.pensamientopenal.com.ar>
- Cobo del Rosal, M. (2007). "Tratado de Derecho Procesal Penal Español". Editorial Cesej-Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas. Madrid.
- Cubas, V. (2018). "Las Medidas de Coerción en el Proceso Penal". Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- Cubas, V. (2015) "El Nuevo Proceso Penal", Teoría y Práctica de su Implementación. Palestra Editores. Lima
- Cubides, J. Castro, C. Barreto, P. (2017). "El Plazo Razonable a la luz de los Estándares de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Recuperado de internet: [repository.ucatolica.edu.co](http://repository.ucatolica.edu.co)
- Duce, M. y Riego, C. (2016). "La prisión preventiva en Chile: el impacto de la reforma procesal penal y de sus cambios posteriores" Recuperado de Internet: <http://biblioteca.cejamericas.org>.
- Duce, M. y Riego, C. (2016). "La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la Prisión Preventiva". CEJAS. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas.
- Espinoza, N. (2017) "¿Pena anticipada o medida cautelar? Como correlato de la presunción de inocencia en la prisión preventiva del proceso penal". en Legis.pe Recuperado de Internet: <https://legis.pe>
- Ibáñez, A. (1996) "Presunción de inocencia y prisión sin condena". Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. Recuperado de internet. [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).
- Jiménez y Gómez, M.del C.(2007). "Desaparición de la prisión preventiva". Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe. Recuperado de Internet: [www.redalyc.org](http://www.redalyc.org).

- Luzuriaga, M. (2013) “La Prisión Preventiva arbitraria sin indicios suficientes vulnera los Derechos Constitucionales y garantías del Debido Proceso” Recuperado de internet: <http://repositorio.uide.edu.ec>
- Llobet, J. (2009) “La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano” en Revista IUS. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Recuperado de internet: <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/202>
- Maier, J. (2004). “*Derecho Procesal Penal*” T.I. Editores del Puerto. Buenos Aires
- Maier, J. (2011) “*Derecho Procesal Penal*”. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Morveli, M. (2019). “Introducción a la Investigación Científica”. Cusco: Impresiones Gráficas Meta Color
- Muñoz, R. (2017), “*Tratamiento Jurídico Penal de la Prisión Preventiva en el Derecho Comparado*” Tesis doctoral presentada en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.
- Neyra, J.(2015). “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo II. IDEMSA. Lima
- Noguera, I. (2017). “Prisión Preventiva”. Ediciones Jurídicas. Lima
- Nogueira, H. (2005). “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia” en Revista Ius et Praxis, 241. Recuperado de internet; <https://scielo.conicyt.cl>.
- Oré, A. (2016)- “Derecho Procesal Penal Peruano”. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima
- Peña Cabrera, A. (2016) “Manual de Derecho Procesal Penal”. 4ta Edición. Instituto Pacífico. Lima
- Pérez, J. (2014). “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”. [www.derechoycambiosocial.com](http://www.derechoycambiosocial.com)
- ROSAS, J. (2013). “Tratado de Derecho Procesal Penal” Volumen I. Instituto Pacífico. Lima
- Salas, C. (2011). “El Proceso Penal Común”. Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima
- SAN MARTÍN, César, PÉREZ, Miguel (2018). “Jurisprudencia Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal Vinculante y Relevante, 2004-2017”. INPECCP-CENALES, Lima. Legis.pe. Recuperado de Internet.
- San Martín, C (2014) “Derecho Procesal Penal. Grijley. Lima
- San Martín, C.(2015) “Derecho Procesal Penal, Lecciones”. INPECCP-CENALES. Fondo Editorial. Lima
- San Martín, C. (2001). “*Derecho Procesal Penal*”. Editora Jurídica Grijley. Lima
- Silva, M.H. (2017). “*Tratamiento Jurídico Doctrinal de la Prisión Preventiva en el Perú*”. Tesis doctoral presentada en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.
- VILLEGAS, Elky (2013). “La Detención y la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal”. Gaceta Penal. Lima