



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

La prisión preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Ciencias Penales

AUTOR

Carmen Elvira ESCALANTE SALAZAR

ASESOR

Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Escalante, C. (2021). *La prisión preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Carmen Elvira Escalante Salazar
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07632839
URL de ORCID	–
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Ricardo Alberto Brousset Salas
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07374260
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6262-2759
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08377880
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Alexei Dante SÁENZ TORRES
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09933720
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41318295
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Héctor Fidel ROJAS RODRÍGUEZ
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	10621425
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Surco Urbanización: El Carmen Alto Manzana y lote: B2/05 Calle: Las Delicias Latitud: -11.958246190886967 Longitud: -77.04663765461895
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2018 - 2021
URL de disciplinas OCDE	Derecho penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

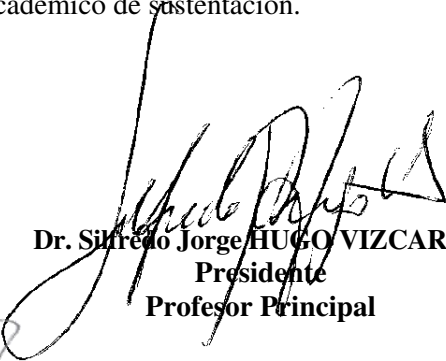
En la ciudad de Lima, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo y con la asistencia de los Profesores Mg. Ricardo Alberto Brousset Salas, Mg. Alexei Dante Sáenz Torres, Dr. Marcial Eloy Paucar Chappa, Mg. Héctor Fidel Rojas Rodríguez, y la postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller doña **Carmen Elvira ESCALANTE SALAZAR**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA TEORÍA DEL RIESGO EN EL SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN – NCPP Y CRIMEN ORGANIZADO DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de muy bueno con nota dieciocho (18)

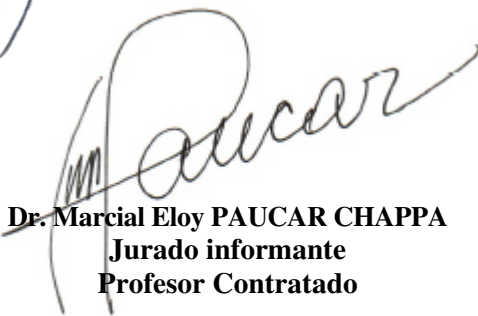
A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales a la Bachiller en Derecho a doña **Carmen Elvira ESCALANTE SALAZAR**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las dieciocho horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Presidente
Profesor Principal


Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS
Asesor
Profesor Principal


Mg. Alexei Dante SAENZ TORRES
Miembro
Profesor Principal


Dr. Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA
Jurado informante
Profesor Contratado


Mg. Héctor Fidel ROJAS RODRIGUEZ
Jurado Informante
Profesor Contratado

**LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA TEORÍA DEL RIESGO EN EL
SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN – NCPP Y CRIMEN
ORGANIZADO DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA**

**Página de aceptación o veredicto de la Tesis por los miembros del Jurado
Examinador**

DEDICATORIA

A mi madre por el amor que siempre me ha brindado y en agradecimiento a su lucha constante por apoyarme.

INDICE GENERAL

LISTA DE CUADROS	VII
LISTA DE FIGURAS	IX
RESUMEN.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	6
Situación Problemática.....	6
Objetivos.....	12
Metodología aplicada	12
CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO.....	14
1.1 Antecedentes de la investigación	14
1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema.	22
1.3. Orientación Jurisprudencial en torno a la aplicación normativa.	54
1.4. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva	55
1.5. Principios de la Prisión Preventiva	62
1.5.1. Principio de Legalidad.....	62
1.5.2. Principio de Jurisdiccionalidad	66
1.5.3. Principio de Excepcionalidad	67
1.5.4. Principio de Razonabilidad.....	69
1.5.5. Principio de Provisionalidad	71
1.6. Presupuestos de la Prisión Preventiva	72
1.7. De los riesgos o peligros procesales	74
1.7.1. Del riesgo o peligro procesal de fuga.....	76
1.7.2. Del riesgo o peligro procesal de obstaculización probatoria.....	84
1.8. La Teoría del riesgo en la Prisión Preventiva	91
CAPÍTULO 2: TOMA DE POSTURA/SOLUCIÓN /TESIS/CONTRASTANDO LA HIPÓTESIS.....	102
2.1 Análisis, interpretación de la información, presentación de estudios estadísticos.	102
2.1.1. Requerimientos efectuados por el Ministerio Público en el subsistema Anticorrupción (2013-2015)	104

2.1.2. De las razones que declararon fundados e Infundados los requerimientos de prisión preventiva (2013-2015).	116
2.1.3. De la estadística sobre prisiones preventivas publicada por la Defensoría del Pueblo	118
2.2. Presentación de la Propuesta de Solución del Problema.	130
2.3. Postura Personal con Fundamento Teórico.....	132
2.4. Hipótesis.....	134
2.5. Desarrollo de la Hipotesis.....	135
2.6. Contrastación de Hipótesis.....	141
CAPÍTULO 3: CONSECUENCIAS	145
3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta	145
3.2. Beneficios que aporta la propuesta	146
CONCLUSIONES.....	147
RECOMENDACIONES.....	151
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	153
ANEXOS:	158

LISTA DE CUADROS

- Cuadro 01: Total de Expedientes ingresados a Juzgados Penales en el periodo 2013 al 2015.
- Cuadro 02: Requerimientos Prisión Preventiva solicitados por Fiscales Penales en el periodo 2013 al 2015.
- Cuadro 03: Expedientes de los años 2013, 2014 y 2015 que no han requerido prisión preventiva.
- Cuadro 04: Muestra de requerimientos prisiones preventivas año 2013.
- Cuadro 05: Muestra de requerimientos prisiones preventivas año 2014.
- Cuadro 06: Muestra de requerimientos prisiones preventivas año 2015.
- Cuadro 07: Cuadro comparativo de requerimientos prisiones preventivas (2013-2015).
- Cuadro 08: Total de expedientes años 2013, 2014 y 2015 con requerimiento de prisiones preventivas que se declararon fundados e infundados en primera instancia.
- Cuadro 09: Total de expedientes de los años 2013, 2014 y 2015 con requerimiento de prisiones preventivas que se declararon fundados e infundados en segunda instancia.
- Cuadro 10: Distribución de Requerimientos de prisión preventiva por tipo de delito de los años 2013 - 2015.
- Cuadro 11: Defensoría del Pueblo: 2017 “Radiografía de la Corrupción en el Perú. Reporte de Corrupción N° 1 Mayo 2017. Mapa de la corrupción: 32 925 casos al 31 de diciembre de 2016” (Defensoría del Pueblo).
- Cuadro 12: Defensoría del Pueblo: 2017 “Radiografía de la Corrupción en el Perú. Reporte de Corrupción N° 1 Mayo 2017. Estadísticas casos delitos de corrupción en trámite a diciembre de 2016” (Defensoría del Pueblo).
- Cuadro 13: Defensoría del Pueblo: 2017 “El sistema Anticorrupción Peruano – Diagnóstico y Desafíos. Reporte de Corrupción en el Perú. Diciembre

2017. Año I N° 2. La Población Penitenciaria por delitos de corrupción a octubre 2017” (Defensoría del Pueblo).

Cuadro 14:Defensoría del Pueblo: 2017 “El sistema Anticorrupción Peruano – Diagnóstico y Desafíos. Reporte de Corrupción en el Perú. Diciembre 2017. Año I N° 2. Estadística de personas reclusas con sentencia y por prisión preventiva a octubre 2017” (Defensoría del Pueblo).

Cuadro 15:Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos. Total de requisitoriados por delitos de corrupción 4 627. Período: Enero 2017 – Agosto 2019” (Defensoría del Pueblo).

Cuadro 16:Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos. Total de requisitoriados por peculado 2 605. Período: Enero 2017 – Agosto 2019” (Defensoría del Pueblo).

Cuadro 17:Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos. Total de requisitoriados por colusión 1 062. Período: Enero 2017 – Agosto 2019” (Defensoría del Pueblo).

Cuadro 18:Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos. Requisitoriados por delitos de corrupción comparativo 2017 y 2019” (Defensoría del Pueblo).

LISTA DE FIGURAS

- Figura 01: Evolución histórica del ingreso de expedientes (2013 - 2014 - 2015).
- Figura 02: Requerimientos de Prisión Preventiva (Fundados e Infundados).
- Figura03: Expedientes penales en los que no se han requerido prisión preventiva.
- Figura 04: Prisiones Preventivas año 2013.
- Figura 05: Prisiones Preventivas año 2014.
- Figura 06: Prisiones Preventivas año 2015.
- Figura 07: Cuadro comparativo de requerimientos Prisiones Preventivas (2013 - 2014 - 2015).
- Figura 08: Prisiones Preventivas 2013 - 2014 - 2015 (1era Instancia).
- Figura 09: Prisiones Preventivas 2013 - 2014 - 2015 (2da Instancia).
- Figura 10: Delitos contra la Administración Pública 2013 – 2015
- Figura 11: Defensoría del Pueblo: 2017 “Radiografía de la Corrupción en el Perú. Reporte de Corrupción N° 1 Mayo 2017. Mapa de la corrupción: 32 925 casos al 31 de diciembre de 2016”.
- Figura 12: Defensoría del Pueblo: 2017 “Radiografía de la Corrupción en el Perú. Reporte de Corrupción N° 1 Mayo 2017. Estadísticas casos delitos de corrupción en trámite a diciembre de 2016”.
- Figura 13: Defensoría del Pueblo: 2017 “El sistema Anticorrupción Peruano – Diagnóstico y Desafíos. Reporte de Corrupción en el Perú. Diciembre 2017. Año I N° 2. La Población Penitenciaria por delitos de corrupción a octubre 2017”.
- Figura 14: Defensoría del Pueblo: 2017 “El sistema Anticorrupción Peruano – Diagnóstico y Desafíos. Reporte de Corrupción en el Perú. Diciembre 2017. Año I N° 2. Estadística de personas reclusas con sentencia y por prisión preventiva a octubre 2017”.
- Figura 15: Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitorizados por delitos de corrupción por departamentos. Total de

requisitoriados por delitos de corrupción 4 627. Período: Enero 2017 – Agosto 2019”.

Figura 16: Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos. Total de requisitoriados por peculado 2 605. Período: Enero 2017 – Agosto 2019”.

Figura 17: Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos. Total de requisitoriados por colusión 1 062. Período: Enero 2017 – Agosto 2019”.

Figura 18: Defensoría del Pueblo: “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. Noviembre 2019. Personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos. Requisitoriados por delitos de corrupción comparativo 2017 y 2019”.

RESUMEN

La prisión preventiva es la medida coercitiva personal de mayor gravedad prevista en el Nuevo Código Procesal Penal, recae contra el imputado sometido a una investigación penal, solicitado por el titular de la acción penal y concedido exclusivamente por el Juez de la investigación preparatoria. Esta figura procesal se ha tornado aspera, confusa, problemática y cuestionada por la sociedad; en razón de la falta de predictibilidad al expedirse las resoluciones que resuelven los requerimientos de medidas cautelares; no existe uniformidad de criterios a nivel del Ministerio Público, Poder Judicial y Tribunal Constitucional, lo que genera corrientes heterogéneas y el uso indebido de la medida. Para su imposición se toman en cuenta criterios subjetivos al valorarse los peligros o riesgos procesales de fuga y obstaculización de la actividad probatoria sin sustentación y proporcionalidad en concreto; así como gravedad de la pena conminada para la comisión del delito, antecedentes del imputado; criterios no uniformes que generan falta de seguridad jurídica; al colisionar con garantías del debido proceso, entre ellas la presunción de inocencia, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida; ya que la regla general es garantizar la libertad del imputado en tanto no cuente con sentencia condenatoria en su contra.

Esta problemática puede tener solución con la adopción de la Teoría del Riesgo; método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, compuesto de dos presupuestos: *El fumus comissi delicti* y *periculum libertatis*, ambos requieren existencia de sospecha fuerte; así como determinar por el principio de proporcionalidad, si la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para restringir el derecho de libertad personal que goza de protección constitucional.

PALABRAS CLAVE: prisión preventiva, riesgo de fuga u obstaculización, excepcionalidad, proporcionalidad, razonabilidad, subsidiaridad, y Teoría del Riesgo.

ABSTRACT

Preventive detention is the most serious personal coercive measure provided for in the New Criminal Procedure Code, it falls against the defendant subjected to a criminal investigation, requested by the holder of the criminal action and granted exclusively by the Judge of the preparatory investigation. This procedural figure has become harsh, confusing, problematic and questioned by society; due to the lack of predictability when issuing the resolutions that resolve the requirements for precautionary measures; There is no uniformity of criteria at the level of the Public Ministry, the Judiciary and the Constitutional Court, which generates heterogeneous currents and the improper use of the measure. For their imposition, subjective criteria are taken into account when assessing the dangers or procedural risks of flight and obstruction of the evidentiary activity without support and proportionality in particular; as well as gravity of the sentence ordered for the commission of the crime, antecedents of the accused; non-uniform criteria that generate a lack of legal certainty; by colliding with guarantees of due process, including the presumption of innocence, exceptionality and proportionality of the measure; since the general rule is to guarantee the freedom of the accused as long as he does not have a conviction against him.

This problem can be solved with the adoption of the Risk Theory; method of interpretation and dogmatic analysis of criminal procedure of articles 268°, 269° and 270° of the NCPP, composed of two assumptions: The *fumus commissi delicti* and *periculum libertatis*, both require the existence of strong suspicion; as well as determining by the principle of proportionality, if the measure is suitable, necessary and strictly proportional to restrict the right to personal liberty that enjoys constitutional protection.

KEY WORDS: preventive detention, risk of escape or obstruction, exceptionality, proportionality, reasonableness, subsidiarity, and Risk Theory.

INTRODUCCIÓN

Con el propósito de obtener el grado de Magister, se presenta la Tesis de investigación jurídico normativa: “La Prisión Preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima”, medida cautelar coercitiva que priva de libertad personal a un imputado sometido a investigación, sin que aún exista sentencia condenatoria firme en su contra; con el propósito de asegurar los fines del proceso penal, la averiguación de la verdad y evitar el peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria.

Se realiza el análisis y estudio dogmático jurídico de las normas que regulan la prisión preventiva, en los artículos 268°, 269° y 270° del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, en adelante NCPP, que fuera aprobado por Decreto Legislativo N° 957, vigente para la aplicación de medidas coercitivas, desde el 15 de enero del 2011, en la investigación de los delitos cometidos por funcionarios públicos en el distrito judicial Lima.

Se ha tomado en cuenta información del Módulo del Subsistema Anticorrupción, de los años 2013 al 2015; y, de los años 2016 al 2019 información publicada por la Defensoría del Pueblo: “Radiografía de la Corrupción en el Perú, el Sistema Anticorrupción Peruano – Diagnóstico y Desafíos”; información estadística publicada por la “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado de la Defensoría del Pueblo”; sobre mapas de personas requisitorias por delitos de corrupción por departamentos, requisitorias por delitos de peculado y colusión; mapa comparativo de total de requisitorias por departamento entre el 2017 y 2019. Del análisis de las muestras recabadas se advierte un incremento continuo y sistemático para conceder medidas cautelares de prisión preventiva en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, convirtiendo a esta medida de restricción de libertad personal del imputado en regla general, desnaturalizando su esencia excepcional y de *última ratio*.

De la muestra se evidencia qué desde la vigencia del NCPP, en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva en la investigación de los delitos contra la Administración Pública, se ha venido incrementando y desnaturalizando, perdiendo su esencia y naturaleza excepcional y de última ratio, para convertirse en regla general, colisionando con el derecho a la libertad personal, presunción de inocencia y proporcionalidad que son inherentes a su constitucionalidad.

El tema cautelar sobre prisión preventiva en nuestro país es recurrente, no existe uniformidad y claridad respecto a su tratamiento, pese a la existencia de sentencias casatorias, acuerdos plenarios y sentencias en sede judicial, constitucional e internacional; lo cual ha generado mayor confusión en la interpretación dogmática procesal penal de dicha medida, de otra forma no existe explicación que pese a gozar el derecho a la libertad personal de protección constitucional y supranacional por el control de convencionalidad, en nuestro derecho interno no existe predictibilidad y uniformidad para resolver esta medida cautelar que restringe un derecho fundamental de la persona humana como su libertad personal o ambulatoria.

Esta problemática nacional colisiona con los fines de política criminal diseñados nacional e internacionalmente para su aplicación, creada con naturaleza jurídica excepcional, garantía constitucional de presunción de inocencia en favor de toda persona sometida a un proceso penal; y del principio de proporcionalidad que exige su concesión solo en la medida que sea idónea, necesaria y estrictamente proporcional para brindar apoyo a los fines del proceso penal, en caso no existan otras medidas menos gravosas pero suficientes para tal propósito.

De acuerdo a lo expuesto, nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Los jueces deben aplicar el mismo grado de sospecha fuerte al analizar los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción?

Se formula la Hipótesis: “Los jueces sí deben aplicar, con la misma intensidad y equivalencia, los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción”.

El desarrollo de la tesis consta de 03 capítulos; el Capítulo 1 aborda el marco teórico, abordando los antecedentes de la investigación, analizando las propuestas doctrinarias y jurisprudenciales sobre aplicación de esta medida cautelar; extendemos el marco teórico, para abordar los antecedentes de su aplicación por organismos internacionales, entre ellos: Declaración de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos e Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se brindan comentarios sobre casos que llegaron a instancias supranacionales, en las experiencias del Caso J vs Perú (2013), Caso Pollo Rivera y otros Vs Perú (2016) y el Caso Zegarra Marín Vs Perú (2017). A nivel nacional, se analiza la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ “Circular sobre Prisión Preventiva”; Casación N° 626-2013/Moquegua, Casación N° 631-2015/Arequipa, Casación N°1445-2018/Nacional y Casación N° 01-2017/CIJ-433; las que brindan importancia al *peligrosismo procesal* para resolver los pedidos de prisión preventiva. Asimismo, el último Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116 que define el nivel de *sospecha fuerte* para sustentar el pedido cautelar de prisión preventiva, y la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú SSTC 02534-2019-PHC/TC, Habeas Corpus de Keiko Fujimori Higuchi.

En el Capítulo 2 se desarrolla el análisis de las muestras e información del Poder Judicial en el período 2013-2015; y, estadísticas publicadas por la Defensoría del Pueblo en el período 2016-2019; se contrasta la hipótesis para validarla o descartarla, se presenta la propuesta de solución al problema, postura personal con fundamento jurídico dogmático mediante la adopción de “La Teoría del Riesgo” como método de interpretación y análisis para resolver los pedidos cautelares de prisión preventiva en el Subsistema Anticorrupción –NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima.

En el Capítulo 3 se expone las consecuencias de la implementación de la propuesta de adopción de “La Teoría del Riesgo”; la misma que no irrogaría costo alguno en su ejecución; al corresponder su aplicación directamente a los Jueces de Investigación Preparatoria como instrumento idóneo para fines de política criminal respecto al uso de la medida cautelar; no siendo necesaria la dación de nuevas normas procesales penales; lográndose beneficios para el Sub Sistema Anticorrupción- NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima y demás sectores competentes en resolver estos requerimientos cautelares.

Se concluye sometiendo a consideración la adopción de la Teoría del Riesgo, como un método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, que permitiría resolver la problemática sobre el incremento y desnaturalización de la prisión preventiva; tal como se aprecia en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública. La Teoría del Riesgo está compuesta de dos presupuestos: *El fumus comissi delicti* y *el periculum libertatis*. Sobre el primero, se requiere existencia de sospecha fuerte de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; sobre el segundo, se requiere existencia de sospecha fuerte de acreditación concreta de datos, elementos o circunstancias objetivas de la causa que hagan colegir razonablemente con probabilidad alta, la capacidad potencial del imputado para fugar u obstaculizar la actividad probatoria. Para ello, el Juez de la investigación preparatoria deberá realizar un razonamiento mediante reglas de lógica, ciencia y máximas de la experiencia que le permitan formar convicción que los indicios estén probados; indicios contingentes, plurales, concordantes y convergentes; sin contraindicios, para llegar a colegir razonablemente por el principio de proporcionalidad que el *periculum libertatis* se producirá; por ende la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para restringir el derecho de libertad personal que goza de protección constitucional.

Existe uniformidad en la jurisprudencia y doctrina nacional como internacional, que el presupuesto *periculum libertatis*, resulta primordial y determinante para resolver una medida cautelar de prisión preventiva, al verificarse por el Juez de la investigación preparatoria la existencia del riesgo concreto en la conducta del investigado, para colegir que frustrará los fines y objetivos del proceso penal.

Consideramos su utilidad conveniente para el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima; que comprende Fiscales, Jueces, Defensores de Oficio, Procuraduría y toda persona sometida a un proceso penal en el Subsistema Anticorrupción de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública; a fin de brindar solución al problema sobre desnaturalización y aplicación arbitraria e irracional de la prisión preventiva.

La justificación de la presente investigación jurídico-normativa radica primordialmente en aportar instrumentos de política criminal idóneos para el correcto uso y aplicación de los peligrosismos procesales (*periculum libertatis*) en sus vertientes: peligro de fuga y/o peligro de obstaculización de la actividad probatoria, en el tratamiento y resolución de los requerimientos de “prisión preventiva”; en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima; institución procesal penal que colisiona contra el valor más preciado del ser humano: “la libertad personal”; protegida por la Constitución.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

Situación Problemática

El antecedente del instituto procesal de prisión preventiva fue denominado “detención” en el Código Procesal Penal de 1991, norma que autorizaba al Juez Penal a dictar mandato de detención contra el imputado observando los presupuestos del artículo 135º de la norma adjetiva; pedido realizado por el Fiscal sustentado en tres presupuestos: suficientes elementos probatorios de comisión del ilícito y vinculación del imputado como autor o partícipe, pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y, existencia de suficientes elementos probatorios que permitan concluir que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. El primero de ellos tiene relación con el *fumus boni iuris* o apariencia de derecho, desarrollando la imputación necesaria o suficiente mediante el *fumus commisi delicti*, que debe estar presente en los pedidos de prisión preventiva; el segundo la pena superior a los cuatro años; y el tercer presupuesto referido al *periculum in mora* que en el ámbito penal se denomina *periculum libertatis* en sus vertientes peligro de fuga y/o peligro de obstaculización probatoria.

Artículo 135.- Mandato de detención

El juez podrá dictar mandato de detención si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, es posible determinar:

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio o a petición de parte el mandato de detención cuando nuevos actos de investigación demuestren que no concurren los motivos que determinaron su

imposición, en cuyo caso el juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control, tomando en cuenta lo previsto en el inciso 2 del artículo 143 del presente Código (Código Procesal Penal 1991).

La medida cautelar de restricción del derecho a la libertad personal del imputado regulada por el Código Procesal Penal de 1991, tenía presupuestos similares a la regulación actual de la prisión preventiva; sin embargo, en cuanto a la vía procedimental tenía diferencias, ya que aún no se establecía el modelo acusatorio garantista; que requería previamente la actuación de la audiencia de prisión preventiva, con el fin de llevarse a cabo el contradictorio y defensa del imputado.

En 29 de julio del año 2004 se promulgó el Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957°, en adelante NCPP, su aplicación fue progresiva; por Ley N° 29648 del 31 de diciembre de 2010, publicada el 01 de enero de 2011; se dispuso su vigencia inmediata desde el 15 de enero de 2011; en el ámbito y competencia de investigación de los delitos previstos en los artículos 382° al 401° del Código Penal; para el Distrito Judicial de Lima. Entre los delitos investigados más frecuentes: Colusión, Peculado y Cohecho, sancionados con penas privativas de libertad que oscilan entre los 04 y 15 años de pena privativa de la libertad y penas accesorias de inhabilitación y multa.

La figura procesal penal de prisión preventiva se encuentra regulado en los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, modificado por Ley N° 30076 para combatir la inseguridad ciudadana.

Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a 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) (Nuevo Código Procesal Penal 2004).

Se regula la medida cautelar de prisión preventiva de acuerdo al NCPP que introduce el modelo acusatorio garantista, el Juez ya no está a cargo de la investigación preparatoria, ahora es tercero imparcial. El Juez de la investigación preparatoria interviene para decidir los requerimientos solicitados por el Fiscal sobre medidas cautelares personales o reales. Los pedidos cautelares merecen un trámite en la vía incidental paralela al procedimiento principal de la investigación del delito, de acuerdo a las garantías del debido proceso establecidas en la norma procesal adjetiva, previa realización de la audiencia de prisión preventiva, con exposición oral de cada una de las partes: Fiscal y defensa del imputado; el primero de ellos deberá sustentar en forma ordenada los presupuestos de su requerimiento y la defensa del imputado deberá realizar la defensa técnica de cargo y de descargo; a fin que el Juez de la investigación preparatoria resuelva el pedido excepcional y de ultima ratio, mediante una resolución judicial que sea motivada cualificada, objetiva y sobre todo proporcional, al ser característica inherente a su naturaleza jurídica.

Para el desarrollo de la presente tesis jurídico normativa “La Prisión Preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción - NCPP del Distrito Judicial de Lima”, se recabaron del Poder Judicial muestras de los años 2013-2015 sobre requerimientos de prisión preventiva, en las investigaciones preparatorias de procesos penales contra la Administración Pública; la escasa y mínima cantidad de requerimientos cautelares generó preocupación, teniendo en consideración que la penalidad decretada para los ilícitos contra la Administración Pública es elevada; y, en los casos que el Fiscal no requiera prisión preventiva, de acuerdo al artículo 286° del NCPP¹; el Juez deberá dictar

¹ TITULO IV

LA COMPARENCIA

Artículo modificado por el artículo 3° de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013; - Ley para combatir la inseguridad ciudadana.

Art.286°.- Presupuestos

1.El juez de a investigación preparatoria dictará mandato de comparencia simple si el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266.

2.También lo hará cuando, de mediar requerimiento fiscal, no concurran los presupuestos materiales previstos en el artículo 268.

mandato de comparecencia simple; por ausencia de otro pedido expreso del Fiscal.

De la información proporcionada por el Módulo del Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima; respecto de los años 2013 al 2015; se observó que en el 2013 ingresaron 284 expedientes, en el 2014 ingresaron 540 expedientes; y en el 2015 ingresaron 300 expedientes. Los Fiscales emitieron disposiciones de formalización y continuación de investigación preparatoria; sin embargo, se requirieron 15 medidas cautelares de prisión preventiva en el 2013, 16 medidas cautelares en el 2014; y 06 medidas cautelares en el 2015; resultando mínima la cantidad de requerimientos de prisiones preventivas solicitados por los Fiscales ante el Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima.

Con relación a los años 2016 al 2019, se tomó como fuente de información las publicaciones realizadas por Defensoría del Pueblo: “El Sistema Anticorrupción Peruano: Diagnósticos y Desafíos - Reporte La Corrupción en el Perú N°2 – Diciembre 2017” que hace referencia a la cantidad de 275 personas con mandato de prisión preventiva, que se encuentran aún procesadas, no cuentan con sentencia; lo que evidencia problemática en la aplicación de la “prisión preventiva”; así como información estadística emitida por “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado de la Defensoría del Pueblo”; sobre mapas de personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos, requisitoriados por delitos de peculado y colusión; así como mapa comparativo de total de requisitoriados por departamento entre el 2017 y 2019. De acuerdo a las muestras recabadas se advierte un incremento continuo y sistemático para conceder medidas cautelares de prisión preventiva en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, convirtiéndose esta medida de restricción personal de libertad personal del imputado en una regla general, desnaturalizando su esencia de medida excepcional y de *última ratio*.

En los supuestos anteriores, el fiscal y el juez de la investigación preparatoria deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión (Código Procesal Penal 2004).

Esta problemática: ¿Por qué desde la vigencia del NCPP, en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva en la investigación de los delitos contra la Administración Pública, se ha venido incrementando y desnaturalizando, perdiendo su naturaleza excepcional y de última ratio, para convertirse en regla general, colisionando con el derecho a la libertad personal, presunción de inocencia y proporcionalidad que son inherentes a su constitucionalidad?. Es que acaso no se aplica el mismo grado de *sospecha fuerte* en los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal; en los requerimientos de prisión preventiva, desvirtuando su naturaleza excepcional y de última ratio, colisionando con su naturaleza jurídica instrumental y variable, proponiéndose la Teoría del Riesgo, como un mecanismo procesal para cesar el incremento de dicha medida.

Esta problemática nacional colisiona con los fines de política criminal diseñados nacional e internacionalmente para su aplicación, creada con naturaleza jurídica excepcional, con garantía constitucional de presunción de inocencia en favor de toda persona sometida a un proceso penal; sin perjuicio de la exigencia en concederse en la medida que se verifique concretamente que es proporcionalmete necesaria para los fines del proceso, luego de haberse agotado otras vías alternativas para tal propósito.

El tema cautelar sobre prisión preventiva es recurrente en nuestro país, no existe uniformidad en su tratamiento, ello se debe en gran parte a su excesivo tratamiento en diversas sedes: judicial, constitucional e internacional; lo cual ha generado mayor confusión en la interpretación dogmática en el ámbito procesal penal, de otra forma no se entiende que la figura de prisión preventiva, garantizada a nivel de nuestra Constitución Política vigente y Organismos Supranacionales por el control de Convencionalidad, en nuestro derecho interno no exista predictibilidad e uniformidad para resolver esta medida cautelar que restringe un derecho fundamental de la persona humana como su libertad personal o ambulatoria.

Formulación del Problema

¿Los jueces deben aplicar el mismo grado de *sospecha fuerte* al analizar los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción?

Hipótesis

“La Teoría del Riesgo” es un método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, que permitiría resolver la problemática sobre el incremento y desnaturalización de la prisión preventiva; por los Jueces de Investigación Preparatoria en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública.

Esta Teoría del Riesgo está compuesta de dos presupuestos: *El fumus comissi delicti y periculum libertatis*. Sobre el primero, se requiere existencia de sospecha fuerte de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; sobre el segundo, se requiere existencia de sospecha fuerte mediante acreditación concreta de datos, elementos o circunstancias objetivas de la causa que hagan colegir razonablemente con probabilidad alta, sobre la capacidad potencial del imputado para fugar u obstaculizar la actividad probatoria. Para ello, el Juez de la investigación preparatoria deberá realizar un razonamiento lógico-crítico, mediante reglas de lógica, ciencia y máximas de la experiencia que le formen convicción que los indicios estén probados; de tratarse de indicios contingentes, que sean plurales, concordantes y convergentes; sin la presencia de conraindicios, para llegar a la convicción que el *periculum libertatis* se producirá. Así como determinar por el principio de proporcionalidad, si la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para restringir el derecho de libertad personal que goza de protección constitucional.

Objetivos

- **Establecer** la pertinencia de la adopción de “La Teoría del Riesgo” en el Subsistema Anticorrupción; en la investigación de los delitos contra la Administración Pública, como método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, para resolver los requerimientos de medida cautelar de prisión preventiva.
- **Subsanar** mediante el uso de “La Teoría del Riesgo” las contradicciones existentes en la valoración de los requerimientos de prisión preventiva, que omiten la importancia y desarrollo del presupuesto del *periculum libertatis* en sus vertientes peligro de fuga y peligro de obstaculización probatoria.
- **Establecer** que “La Teoría del Riesgo” está compuesta de dos presupuestos: el *fumus delicti comissi* que conjuntamente con la *gravedad del delito*; no resultan suficientes para decretar prisión preventiva; y el peligrosismo procesal (*periculum libertatis*) que será relevante y determinante para el amparo excepcional de la medida cautelar.
- **Determinar** que la prisión preventiva es realmente una medida excepcional, por acreditación conjunta, objetiva y concreta de los presupuestos establecidos en los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP; artículo VI del Título Preliminar del NCPP y última parte del artículo 200° de la Constitución Política del Estado, que dispone el examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida restrictiva coercitiva personal.

Metodología aplicada

En la presente tesis jurídico- normativa, se utiliza el método descriptivo-causal-explicativo; análisis dogmático jurídico del concepto de las instituciones

procesales penales a tratar que permitan buscar una solución inmediata al problema planteado.

La presente investigación pretende brindar herramientas de política criminal idóneas en el ámbito del derecho penal, procesal penal y constitucional; para superar el problema identificado, así como conclusiones y recomendaciones que coadyuven al uso correcto de la figura restrictiva de libertad por parte de los Jueces.

CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

Respecto al tema en cuestión, existen los siguientes antecedentes:

Mario Hugo Silva Astete, con la Tesis: “El peligro procesal en la motivación de la prisión preventiva”, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales (2012), con el argumentos que los jueces del Cusco no fundamentan adecuadamente, o lo hacen de manera genérica el presupuesto procesal al momento de disponer el mandato de detención, generando violación del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones y de los principios garantistas: razonabilidad, proporcionalidad, excepcionalidad, necesidad y el derecho de presunción de inocencia. La tesis ha sido sustentada en la problemática de la inadecuada fundamentación del peligro procesal en la prisión preventiva. *

Juan Fernando Ramos Castilla, con la Tesis: “Prisión preventiva judicial y su relación con la vulneración del derecho de presunción de inocencia del investigado”, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (2017). La tesis tiene el objeto de determinar la relación entre la prisión preventiva judicial y la vulneración del derecho de presunción de inocencia, investigación descriptiva y correlacional, realizada con técnica de encuesta e instrumento de cuestionarios a una muestra de estudio de 144 magistrados entre Fiscales y Jueces Penales. **

Hussein Cadena Tinuco con la Tesis: “El criterio preponderante para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva: a propósito del subprincipio de necesidad” por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2020).

***Silva, M. (2012)**. El Peligro procesal en la motivación de la prisión preventiva. [Tesis para optar grado de Magister, UNMSM]. Cybertesis. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/12446>

** **Ramos, J. (2017)**. Prisión preventiva judicial y su relación con la vulneración del derecho de presunción de inocencia del investigado. [Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Penal, UNFV]. Repositorio Institucional UNFV. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/3027>

Sobre la relación entre el derecho a la libertad individual y la prisión preventiva; así como el tratamiento del peligro procesal como el presupuesto más importante y razón del dictado de la medida. Su objetivo es probar que la actitud del imputado frente al proceso penal es la circunstancia determinante que intensifica el peligro procesal. Que dicha forma de configurar el peligro procesal de la prisión preventiva mediante una explicación suficiente del subprincipio de necesidad, permitirá explicar con solvencia la proporcionalidad de la medida y permitirá obtener una sentencia cualificada.***

Hilmar Herrera Contreras, con la Tesis: “El razonamiento probatorio cautelar en la prisión preventiva para el caso del peligro procesal” por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2020). El objetivo de la tesis es determinar los fundamentos del estándar probatorio referido al peligro procesal en la medida cautelar de la prisión preventiva como justificación de las garantías del proceso penal; realizándose una investigación jurídica de tipo dogmático, normativo, teórico y jurisprudencial, a fin de demostrar los abusos que se vienen cometiendo con la prisión preventiva en la actualidad. Concluye que los operadores de justicia deberían adoptar sus decisiones sobre la base de un debido razonamiento probatorio en cuanto al tercer presupuesto material de la prisión preventiva. En tal sentido, el razonamiento probatorio en el ámbito del peligro procesal, debe tener en cuenta un razonamiento con predicciones en base a evidencias concretas y sólidas, no de meras conjeturas.****

Nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 2, inc.24 apartado f,² reconoce, el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personal y, señala las excepciones que permiten la detención de una persona.

*****Cadena, H. (2020)**. El criterio preponderante para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva: a propósito del subprincipio de necesidad. [Tesis Para optar el título de Magíster en Derecho Penal, PUCP]. Repositorio Institucional de la PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/17709>

******Herrera, H. (2020)**. El razonamiento probatorio cautelar en la prisión preventiva para el caso del peligro procesal. [Tesis para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal, PUCP]. Repositorio Institucional de la PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/18949>

² Literal modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30558, publicada el 09.05.2017

Artículo 2° Derechos de la Persona. Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales.

f. Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.

El interés en el tratamiento dogmático de la medida cautelar de prisión preventiva, tiene sustento porque la compleja institución procesal penal de coerción personal viene siendo aplicada en forma desordenada e incluso desnaturalizándose su esencia y naturaleza jurídica, utilizándose con arbitrariedad y abuso en su concesión, inaplicándose los principios de presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, subsidiaridad para imponer drásticamente esta medida limitativa contra un imputado que aún no cuenta con sentencia condenatoria firme en su contra. En tal sentido, no existe predictibilidad en el sistema procesal penal peruano de la forma cómo se van a resolver los requerimientos de restricción de libertad de imputados sometidos a investigación penal en la etapa de formalización de investigación preparatoria. Esta conflictividad en que se ha visto inmersa dicha institución jurídica procesal penal, conllevó que Organismos Internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronuncien emitiendo pautas y directivas jurisprudenciales sobre su aplicación excepcional; que deben ser cumplidas por los países miembros a nivel de su derecho interno; sin embargo, en el ámbito interno nacional presenciamos a nivel de Fiscalía, Poder Judicial y Tribunal Constitucional; criterios disímiles, confrontacionales, pese a la clara normatividad establecida en los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP; que dicha normativa es similar por no decir idéntica a otras legislaciones procesales penales de América Latina.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217A (III), del 10 de diciembre de 1948. En el artículo 3° se proclamó que: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Asimismo, el artículo 9° indica que: “nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Nuestro país, ha suscrito este documento supranacional, por ende

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término (Constitución Política del Perú).

sus disposiciones constituyen derecho nacional, así lo dispone el numeral 55° de nuestra Constitución Política, rango de ley de este instrumento internacional, en interpretación del artículo 200.4 de la Carta Magna.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento internacional, que en su artículo 9.1 señala : “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de la libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. En el mismo sentido, este documento supranacional, forma parte de nuestro derecho nacional, al haberse firmado el 11 de agosto de 1977, ratificado el 28 de abril de 1978, teniendo el estatus y rango de ley, conforme al artículo 200.4 de nuestra Constitución.

El Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, vigente en el Perú desde julio de 1978. El pacto en su artículo 7° prevé : “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. Sobre la libertad, el Pacto expresamente señala: “ la libertad personal comprende una libertad física o ambulatoria, que reconoce a toda persona la facultad de desplazarse libremente, sin otras limitaciones que las impuestas por el medio en que se pretende actuar y las establecidas por las normas constitucionales para preservar otros derechos o valores igualmente relevantes”.

En tal contexto, se han presentado casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el Estado peruano ha violado el citado artículo 7° del Pacto de San José, en el tratamiento de restricción de libertad personal, teniendo las experiencias del Caso J vs Perú (2013), Caso Pollo Rivera y otros Vs Perú (2016); y, el Caso Zegarra Marín Vs Perú (2017). Las normas, informes, disposiciones y directivas emitidas por los Organismos

Internacionales citados se deben cumplir al constituir sus normas parte de nuestro derecho interno.

Caso J vs Perú (2013)

El 27 de Noviembre de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante “Corte Interamericana”, emitió sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; por “detención ilegal y arbitraria de J. y los registros domiciliarios realizados el 13 de abril de 1992 por parte de agentes estatales, quienes presuntamente incurrieron en actos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluida la alegada violación sexual de la presunta víctima”. El 27 de diciembre de 1993 la Corte Suprema de Justicia sin rostro, sin motivación declaró nula la absolución disponiendo un nuevo juicio.

La Corte Interamericana se pronunció sobre la “falta de investigación de los hechos” sobre los actos de tortura a los que habría sido sometida la víctima considerados inhumanos o degradantes. Señala que debe tenerse en consideración: “a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción, el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal” (Artículo 8° Convención Interamericana contra la Tortura).

Este caso evidencia que nuestro país no cumplió con su obligación de prevenir, sancionar así como erradicar todo tipo de violencia contra la mujer. No se cumplió con dotar y brindar a la víctima un ambiente seguro y cómodo que le proporcione la confianza y seguridad requerido, brindarle atención médica y psicológica a nivel de emergencia y en forma continuada, el examen médico-físico y psicológico por el personal competente, y que la víctima se encuentre

acompañada por una persona de confianza de su entorno. En conclusión, el Estado peruano no cumplió con realizar las investigaciones del caso que fueran denunciadas por la víctima el 21 de abril de 1992, sobre todos los hechos ilegales que le fueron realizados desde atentados contra su libertad personal y actos ilegales que atentan contra su intimidad y cuerpo; a fin de llegar a identificar y sancionar a los responsables.

En la sentencia se afirma que una persona que es detenida debe gozar de las garantías para el cuidado de su vida personal, no es posible que cuando es detenida sea objeto de maltratos y acciones ilegales contra el cuerpo de la detenida ya que la víctima denunció haber sido objeto de actos contra su cuerpo, por ello el Estado fue sancionado.

Caso Pollo Rivera y otros Vs Perú (2016)

En el Caso Pollo Rivera y otros vs Perú, el 21 de octubre de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia, declarando responsable internacionalmente al Estado peruano por la violación del derecho a la libertad, tratos inhumanos y contra el principio de legalidad contra Luis Williams Pollo Rivera, violación del derecho a la libertad, que es un derecho tutelado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contra la integridad personal, derecho a ser investigado o juzgado por tribunal competente, contra la presunción de inocencia, al derecho de defensa, a no declarar contra si mismo y a la publicidad del juicio.

El señor Rivera entre los años 1992 y 1994 en su condición de médico fue sometido a investigación ante el fuero militar por los cargos de traición a la patria, posteriormente en el año 2002, fue sometido ante el fuero ordinario bajo los cargos de colaboración contra el terrorismo, imputándosele que realizó actos médicos en favor de miembros del grupo terrorista Sendero Luminoso.

El señor Rivera fue detenido sin que existiera una orden judicial que así lo disponga, expuesto ante los medios de comunicación vistiendo traje a rayas e internado en condiciones ilegales. En el fuero militar fue condenado a cadena

perpetua dictada por jueces sin rostro; ante la presentación de recurso de revisión por parte de su defensa; el fuero militar declinó competencia remitiendo los actuados al Fuero ordinario. Le imputaron y formularon acusación por delito de Colaboración con el Terrorismo, estuvo privado de su libertad mediante detención preventiva, posteriormente el 07 de noviembre de 1994 una Sala Especial para casos de terrorismo compuesta por jueces sin rostro emitió sentencia absolviéndolo y ordenando su libertad. Sin embargo, el afectado fue objeto nuevamente de detención preventiva en el mes de agosto del 2003, en relación al mandato de detención del año 1999, y la Sala Nacional de Terrorismo ratificó los cargos contra el afectado sin mayor fundamentación, violándose su derecho a la libertad personal y presunción de inocencia; en este segundo proceso penal fue objeto de condena basándose primordialmente en declaración de un testigo con identidad reservada; imputándosele haber participado en actos médicos, los que pese a ser considerados atípicos sustentaron ilegalmente una condena en su contra, lo que ha sido sancionado por la Corte Interamericana, al verificarse que estuvo privado de su libertad desde el 26 de agosto de 2003 hasta el 12 de febrero de 2012, violándose el principio de legalidad, garantías de la administración de justicia, al ser sometido a privación de libertad a tratos inhumanos y de tortura que lo afectaron directamente como a sus familiares.

Caso Zegarra Marín Vs Perú (2017)

Este caso versa sobre el favorecido Agustín Bladimiro Zegarra Marín, sobre hechos sucedidos entre agosto y octubre de 1994; con relación a pasaportes tramitados en forma irregular para beneficiar a personajes relacionados con el narcotráfico y personajes emblemáticos como Carlos Manrique Carreño, Ex Presidente del Centro Latinoamericano de Asesoramiento Empresarial "CLAE". El Atestado Policial concluyó por presunta responsabilidad en la tramitación ilegal de 81 pasaportes peruanos en Lima y Tumbes; el afectado no fue incluido ni mencionado en la investigación policial, no obstante, el Fiscal Ad-Hoc Tony Washington con fecha 20 de octubre de 1994, habría recibido las declaraciones del Capitan CG y Sub Director Oficial MP quienes realizaron imputaciones

contundentes y concretas contra el afectado Comandante Zegarra Marin, detallando la forma y circunstancias de su participación; lo que consideró suficiente para formalizar denuncia penal en su contra e iniciar la investigación judicial, decretándose mandato de detención en su contra por la supuesta existencia de suficientes elementos de convicción.

Se le imputaba, entre otros como responsable de haber emitido pasaportes falsos; sin embargo el investigado señaló que su firma había sido falsificada. La Inspectoría General del Ministerio del Interior, con fecha 06 de octubre de 1994 expidió el Informe de Investigación N° 023-94 concluyendo que el Pasaporte N° 0415918 presuntamente emitido el 22 de noviembre de 1993 por Zegarra Marín fue emitido en blanco, para posteriormente ser llenado; y que habían sido expedidos por la Oficina de Migraciones de Tumbes de forma irregular y no por el afectado.

El 21 de octubre de 1994 el Juez Penal del Trigésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, dictó en la vía ordinaria auto de apertura de instrucción entre otros contra Zegarra Marin por la comisión de los delitos contra la Administración de Justicia-Encubrimiento Personal; contra la Fe Pública - Falsificación de documentos en general; y, Corrupción de Funcionarios en agravio del Estado; dictando mandato de detención contra el afectado, auto que fuera confirmado por la Sala Penal.

Posteriormente, el afectado salió en libertad por disposición de una Sala Penal que resolvió favorablemente el pedido de libertad provisional. En el citado proceso la Sala Penal emitió sentencia condenatoria en su contra; sustentándose en la declaración de co imputados sin valorar la prueba de cargo en su favor, limitándose a señalar que las imputaciones eran factibles; y, que el afectado durante el proceso no había presentado pruebas de descargos contundentes que lo conviertan inocente de los cargos imputados; lo que evidentemente configura una inversión de la carga de la prueba y falta de motivación en la expedición de resoluciones judiciales como garantía de Administración de Justicia, colisionándose con normas que inspiran el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad.

Del análisis realizado por Organismos Internacionales que tutelan Derechos Humanos, respecto a los casos: J vs Perú (2013), Caso Pollo Rivera y otros Vs Perú (2016) y Caso Zegarra Marín Vs Perú (2017); se puede colegir que se privilegia y garantiza los derechos que garantizan los estándares del debido proceso, presunción de inocencia, libertad individual de toda persona sometida a una investigación; y motivación de resoluciones judiciales, de acuerdo a reiterada jurisprudencia de organismos internacionales.

Nuestra Constitución Política del Estado, sostiene respecto a los derechos fundamentales, que éstos deben ser interpretados obligatoriamente de acuerdo a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por el Perú, así lo expresa nuestra Carta Magna en su Cuarta Disposición Final, y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Nuestro sistema constitucional igualmente reconoce y garantiza derechos fundamentales en el ámbito del derecho sustantivo penal; y, derecho adjetivo procesal penal en su artículo 139°, como garantías al debido proceso y tutela jurisdiccional. El debido proceso, entendido como el continente que abarca otros derechos relevantes que deben ser aplicados en la función jurisdiccional; con respecto a las garantías procesales del debido proceso; entre ellos: motivación escrita (139.5), aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (139.11), principio de no ser condenado en ausencia (139.12), derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (139.14), derecho fundamental a ser informado inmediatamente y por escrito de las razones de su detención (139.15), derecho a ser considerado inocente (artículo 2.24.e).

1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema.

La institución procesal cautelar de prisión preventiva, es compleja, ha sido y sigue siendo tratada doctrinariamente por muchos autores extranjeros y

nacionales, quienes proponen sus doctrinas y conceptos jurídicos sobre su naturaleza, objeto y fin de su aplicación; nos remitiremos a ellos:

Javier Llobet Rodríguez:

“La prisión preventiva consiste en la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el Tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro concreto de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. De lege lata, en Costa Rica abarca también la privación de libertad del imputado ordenada por el juez competente para evitar el peligro concreto de reiteración delictiva” (Llobet 2016:27).

Asencio Mellado, José María:

“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 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 más 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 2016: 809).

Claus Roxin:

“Ella es admisible *en cualquier etapa* del proceso, también ya en el procedimiento de investigación. Con una sentencia pasa a tener *autoridad de cosa juzgada*, la prisión preventiva todavía no se convierte automáticamente en pena de prisión, sino recién con el ingreso en el establecimiento penitenciario” (Roxin 2019: 374).

Alberto Binder:

“En primer lugar, no se puede aplicar la prisión preventiva si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él. Éste es un límite sustancial y absoluto: sino existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor de un hecho punible, de ninguna manera es admisible una prisión preventiva” (Binder 2009: 199).

José Antonio Neyra Flores:

“La prisión preventiva (prisión provisional para otras legislaciones como la española) se constituye en un acto procesal dispuesto por una resolución jurisdiccional y representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de la libertad, caracterizada en relación con las demás figuras por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad, constituyéndose en la injerencia más grave y excepción de la libertad personal” (Neyra Flores 2015: 158).

Gonzalo Del Río Labarthe:

“La prisión preventiva, además de ser una medida cautelar, constituye una limitación de un derecho fundamental (la libertad personal), y debe respetar sus requisitos esenciales: legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y motivación de las resoluciones que la impongan. El art. VI del TP del NCPP señala que, salvo las excepciones previstas en la Constitución, las medidas limitativas de derechos fundamentales solo podrán dictarse por la autoridad judicial (jurisdiccionalidad) en el modo, forma y con las garantías previstas en la ley (legalidad); y que se impondrán mediante una resolución motivada que debe respetar el principio de proporcionalidad. Es una norma que reúne las características esenciales para una legítima limitación de derechos fundamentales, y que sin duda afecta la regulación de la prisión preventiva. Al ubicarse en el Título Preliminar, ostenta una especial relevancia porque inspira la posterior redacción de sus presupuestos, y, de conformidad con el art. X del propio TP, es una norma que prevalece sobre cualquier otra disposición del Código, es decir, tiene nivel de desarrollo constitucional y constituye un fundamento de interpretación que privilegia un criterio finalista o teleológico” (Del Río Labarthe 2008: 31).

Los conceptos jurídicos brindados por los autores introducen propuestas sobre el tratamiento e interpretación de la prisión preventiva; así como mecanismos de solución al tratamiento del problema; con el propósito que su

aplicación sea razonada, proporcional y excepcional. Asimismo se brindan pautas y directivas para el tratamiento de esta figura restrictiva de la libertad personal mediante Convenios e Informes, resoluciones expedidas por organismos supranacionales como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; y, a nivel nacional mediante las Casaciones, Acuerdos Plenarios expedidos por las Salas Supremas Penales y el Tribunal Constitucional; sin embargo, pese a la extensa jurisprudencia y doctrina sobre esta medida cautelar de coerción personal, actualmente continúan presentándose problemas en su aplicación, debido a la falta de tratamiento técnico procesal penal de dicha institución, lo cual genera descontento en la sociedad, al presenciar injusticias en diversos casos emblemáticos; los que se dan a conocer por los medios de comunicación, debiéndose presumir que la mayoría de los casos también estarían adoleciendo de graves irregularidades en su concesión. Por ello, se ha hecho popular la frase de la politización de la justicia y judicialización de la política.

Las propuestas doctrinarias emitidas a nivel nacional de acuerdo a su relevancia las podemos concretar en: Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ “Circular sobre Prisión Preventiva” de 13 de setiembre de 2011, Casación N° 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015, Casación N° 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015, Casación N°1445-2018/Nacional, de 11 de abril de 2019, Casación N° 01-2017/CJJ-433 de 11 de octubre de 2017; y, el Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116 de 10 de setiembre de 2019; este último que estableció como doctrina legal respecto a la “prisión preventiva” 35 criterios jurisdiccionales en los fundamentos jurídicos: 24 al 27, 34 al 55, 57 al 59, 67 y 71; que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales sobre medida cautelar de prisión preventiva.

En tal sentido resulta necesario pasar a comentar la propuestas doctrinarias, buscando la mejor aplicación de esta medida de restricción de la libertad.

“CIRCULAR SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA” - Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ de 13 de setiembre de 2011.

Esta circular administrativa, estableció pautas metodológicas y criterios jurídicos, a fin que los Jueces Penales motiven sus resoluciones, con razonable y ponderado cumplimiento del respeto al derecho de libertad personal, que se encuentra constitucionalmente garantizado. Esta Circular sobre prisión preventiva, fue el primer intento del Poder Judicial por estalecer pautas y criterios de interpretación idóneos en su aplicación. Su objetivo estuvo enfocado en relación al tratamiento de los procesos contra la Administración Pública; que ya se venían aplicando con el NCPP del 2004; representando el nuevo modelo procesal acusatorio garantista, que propugnaba y garantizaba el respeto de principios esenciales de un Estado democrático y Constitucional, exigía la protección a los derechos legítimos de la víctima, asegurando el desarrollo y resultado de un proceso que pretendía resoluciones rápidas y justas, asumiendo que la *seguridad ciudadana* constituía un deber primordial del Estado; de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política del Perú:

“Artículo 44°.- Deberes del Estado

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos proteger a la plobación de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior” (Constitución Pólítica del Perú).

Se establecieron pautas metodológicas con relación al uso y aplicación de la figura restrictiva de la libertad personal, regulada en el artículo 268° del NCPP que establece los presupuestos requeridos para solicitar la prisión preventiva que colisiona con la libertad personal de toda persona sometida a una investigación penal. Es deber del Estado proteger la libertad, sin embargo, hay casos en los que este derecho debe ser restringido para cumplir con el deber de persecución

eficaz del delito. Es necesaria la existencia copulativa de los tres presupuestos contemplados en el artículo 268° del NCPP caso contrario nos encontraríamos ante una detención arbitraria violándose el principio de legalidad que exige a los operadores de justicia el cumplimiento total de dichos presupuestos.

Para continuar con el análisis e interpretación de la medida cautelar de prisión preventiva, se deben observar los enunciados o indicadores abiertos y referenciales previstos en el artículo 269° del NCPP con relación al peligro de fuga y los señalados en el artículo 270° del NCPP con relación al peligro de obstaculización probatoria, en el entendido que la sola existencia de los presupuestos contenidos en el artículo 268° de la norma adjetiva procesal no son suficientes para la imposición de la medida restrictiva de libertad, es *conditio sine qua non* la existencia a nivel sustantivo del “*fumus boni iuris*” (apariencia del bien derecho) y el “*fumus delicti comissi*” (apariencia delictiva); es decir, que existan suficientes indicios de la comisión delictiva y de la vinculación del imputado como autor o partícipe del mismo; requiriéndose para sustentar la medida cautelar de prisión preventiva el estándar o baremo fuerte o grave de indicios suficientes.

Se hace alusión o referencia a la temporalidad de esta medida limitativa de la libertad contra un imputado sometido a una investigación penal, la temporalidad es una característica imprescindible, no es definitiva esta sometida al *rebus sic stantibus*; es decir su instrumentalidad, sirve de instrumento provisional para que se cumplan los fines del proceso penal, cual es la averiguación de la verdad y la eventual ejecución de la pena en caso de confirmarse la responsabilidad penal del imputado.

Es una institución compleja y delicada la figura de prisión preventiva, porque nos encontramos en una etapa inicial del proceso penal, en la etapa de la formalización de la investigación preparatoria; y el requerimiento de privación de libertad personal debe ser excepcional y de ultima ratio, solo en la medida que el caso concreto lo amerite y no como regla general. Solo procede en los supuestos del “*fumus delicti comissi*” (apariencia delictiva); ante la existencia de indicios fuertes o graves que lo vinculen con la comisión del delito, pena superior a 04 años de pena privativa de libertad y la existencia del “*periculum libertatis*”

en concreto sobre las vertientes peligro de fuga o peligro de obstaculización probatoria; existencia de alto grado de probabilidad y fundabilidad de los elementos de convicción, que vincule al imputado como autor o partícipe del delito y el peligro-riesgo que se sustraiga a la acción de la justicia, o entorpecimiento de la actividad probatoria que implique el no cumplimiento del objetivo y fines del proceso penal.

Sobre el problema de la definición del arraigo, señala que los indicadores previstos en los numerales 269° y 270° del NCPP son “tipologías referenciales”, que guían el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal); no constituyen presupuestos necesarios como sucede con el artículo 268° de la citada norma procesal penal; en tal sentido pueden estar presentes o no para valorar el riesgo o peligrosismo procesal (*periculum libertatis*); bien pueden presentarse como riesgo revelante por otros supuestos los que deberán ser valorados en cada caso en concreto y en conjunto con todas las demás circunstancias del caso para verificar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal.

Con relación al arraigo contemplado en el primer indicador del riesgo procesal del fuga del artículo 269° del NCPP: “El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”. La Circular Administrativa N° 325-2011-P-PJ, señala que su presencia no es suficiente para dejar de imponer prisión preventiva, toda vez que no constituye concepto o requisito fijo, tampoco es absoluto, por el contrario su valoración está sometida a controles de lógica y experiencia. Lo que este precepto legal persigue es el análisis lógico jurídico del “arraigo de calidad” y no de cantidad, por tal motivo se sostiene que no son aceptables resoluciones estereotipadas que deniegan la medida cautelar personal de restricción de libertad por el solo hecho que el imputado cuenta con un domicilio, lo que se requiere es la debida justificación y motivación respecto a la calidad del arraigo en conjunto con las demás circunstancias del caso en concreto.

Respecto al indicador previsto en el inciso 5. del artículo 269° del NCPP: “La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas”. Conlleva un riesgo alto del peligro procesal en su vertiente de peligro de fuga como de obstaculización probatoria o ambas; ya que en muchos casos cuando la pena es elevada o grave; y, el imputado pertenece a una organización criminal, delictiva o banda es suficiente para conceder prisión preventiva en base a las máximas de la experiencia; lo que consideramos es erróneo, y esta posición ya ha sido superada con fundamentos vertidos en el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 de septiembre de 2019.

Se afirma el sustento consuetudinario de la libertad personal, por ende su restricción es excepcional, aplicándose el principio *pro libertatis*; asimismo que tiene naturaleza subsidiaria, necesaria y proporcional; en garantía de la presunción de inocencia.

En tal sentido, la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ “Circular sobre Prisión Preventiva” brindó las primeras pautas y directivas para realizar el análisis previsto por los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, que no han variado sustancialmente, verificándose en el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, que ratifica en su mayoría los fundamentos de la citada Resolución Administrativa; al analizar los presupuestos de la medida coercitiva procesal penal, con énfasis en el término de sospecha fuerte tratado en el fundamento jurídico 24, que alude al Informe 2/97, de 11 de marzo de 1997, párrafo. 26, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; sobre sospecha grave y fundada para decretar pretensión de prisión preventiva.

CASACIÓN N° 626-2013/Moquegua de 31 de junio de 2015

Esta sentencia casatoria desarrolló doctrina vinculante sobre el *fumus delicti comisi*, pena probable y peligro procesal - peligro de fuga en quince fundamentos: 24, 27 al 29, 31, 32, 39, 40, 43, 48 al 50, 53, 54 y 58.

Se estableció el esquema y orden que debe desarrollarse en la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, en cinco partes, respetando el siguiente

orden: sobre los fundados y graves elementos de convicción, de la prognosis de pena, del peligro procesal, proporcionalidad y duración de la medida. El Ministerio Público deberá realizar y oralizar el pedido en torno a los cinco extremos señalados; a fin que el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa y al contradictorio; a fin que el Juez en este nuevo modelo acusatorio garantista como tercero imparcial analice punto por punto los argumentos esgrimidos por la Fiscalía y el imputado.

En esta ejecutoria suprema se establece al igual que en la Circular Administrativa sobre prision preventiva del año 2011, que no se requiere certeza sobre la imputación, tan solo basta alto grado de probabilidad sobre la ocurrencia de los hechos que vinculen al imputado como autor o partícipe del delito. El grado de certeza debe ser mayor al requerido para formalizar la investigación preparatoria; la que se obtiene en la información oralizada y existente en los iniciales recaudos.

Al tratar el peligro procesal, el Fiscal debe señalar puntualmente cual de los peligros sustentan su pedido, el peligro de fuga u obstaculización probatoria; pudiendo sustentar su requerimiento en ambos. Tiene la obligación de formular su requerimiento de acuerdo a lo previsto en el artículo 122° del NCPP demostrando oralmente, que la medida es idónea, necesaria y proporcional.

“Artículo 122.-Actos del Ministerio Público

- 1.El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos.
2. Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva del imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin que se realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.
3. Las Providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación.
- 4.Los Requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal.
5. Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen.
- 6.Rige, en lo pertinente, el artículo 127°” (Nuevo Código Procesal Penal).

Siendo la prisión preventiva excepcional, de *ultima ratio*; su motivación debe ser de máxima importancia así lo establece el Fundamento jurídico 23 que textualmente señala:

“Vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. ii) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamuja Hilaes, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el Juez Penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dosHC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. iii) En el estudio Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, que recoge estudios coordinados por Due Process of Law Foundation, se señala como una recomendación hecha en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión reventivo debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales”(Casación N° 626-2013/Moquegua de 31 de junio 2015).

Con relación al presupuesto sobre la existencia de fundados y graves elementos de convicción establecidos por el inc.1 del artículo 268° del NCPP; estos requisitos no se encuentran expresamente establecidos en la normatividad de los Organismos Internacionales llámense Convención de Derechos Humanos y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, sin embargo, en ellos si existe pronunciamiento sobre la prohibición de detenciones arbitrarias. Así: “En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

referido en el informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una *condición sine qua non* para continuar la medida restrictiva de libertad” (Llobet 2010:155-156).

Lo novedoso de esta sentencia casatoria es la incorporación de dos presupuestos adicionales a los previstos en el artículo 268° del NCPP que son la proporcionalidad y la duración de la medida cautelar. Así se expresa en el Fundamento 24 de la ejecutoria:

“Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro” (Casación N° 626-2013/Moquegua de 31 de junio 2015).

Se establece un orden en el desarrollo de la audiencia, en primer lugar el Ministerio Público debe sustentar los fundados y graves elementos de convicción, el conocido *fumus delicti commissi*, es decir suficientes evidencias de la comisión delictiva que a su vez acredite el *fumus boni iuris*, que es la apariencia del buen derecho a fin de amparar la pretensión de medida cautelar. Acto seguido la defensa del imputado ejercerá su derecho a la defensa a fin de desvirtuar o ratificar lo expuesto por el Fiscal quien tiene la potestad de allanarse, refutar la imputación delictiva; o sustentando la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, error, etc. a fin que el Juez se pronuncie en ese orden.

Con relación a los actos de investigación, señala que se debe realizar el análisis de suficiencia similar al que se realiza en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, evaluando en forma individual y en conjunto su fiabilidad y aporte, que conlleve a determinar que la probabilidad del hecho es positiva. Si el Ministerio Público sustenta su requerimiento en prueba indiciaria, ésta debe respetar los fundamentos de la Ejecutoria Vinculante del Recurso de Nulidad N° 1912-2009-Piura de 06 de setiembre de 2005 que expresa:

“La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, emitió Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia” (Fundamento 28 Casación N° 626-2013/Moquegua de 31 de junio 2015).

En relación a la pena y su prognosis, no puede imponerse de acuerdo a la pena fijada, sino valorarse transversalmente de acuerdo y en base a los principios de lesividad y proporcionalidad. En el fundamento trigésimo primero se establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior sobre la base de ciertos factores como las circunstancias generales atenuantes y agravantes, factores de dismunición o agravación punitiva; así como formulas del derecho premial: confesión, terminación anticipada. En todo caso resulta desproporcional dictar prision preventiva; a quien sería eventualmente sancionado con pena privativa de libertad suspendida.

“Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal), uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos

(artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución” (Casación N°626-2013/Moquegua de 31 de junio de 2015).

Se ratifica que: “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 en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos-HC/TC. Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria” (Fundamento 33 Casación N°626-2013/Moquegua de 31 de junio de 2015).

El artículo 269° del NCPP, establece indicadores de existencia de peligro procesal, que no son taxativos sino referenciales o enumerativos, toda vez que no impiden la incorporación de otros idóneos para tal propósito; serán evaluados por el Juez a fin de determinar si efectiva y concretamente hay riesgo procesal de sustracción al proceso por el imputado.

El peligro de fuga es un elemento importante que se encuentra en las resoluciones judiciales que decretan prisión preventiva, así lo ha reconocido la Convención Americana de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La existencia del peligro de fuga pone en riesgo que se cumplan los fines del proceso penal, que se asegure la presencia del imputado a todas y cada una de las diligencias. Pero la concesión de la medida de restricción basada o sustentada en el peligro de fuga “no se presume” porque ello implicaría una medida arbitraria, por el contrario es obligación que el peligro de fuga sea verificado en cada caso en concreto, mediante criterios o circunstancias objetivas. Ese es el criterio adoptado por diversos organismos supranacionales y recogido en la Sentencia casatoria Moquegua N° 626-2013, afirmándose como sigue:

“Trigésimo cuarto. El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga, reconocido por el inciso

cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan 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, Barreto 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). En el mismo sentido, se tiene el Informe número dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Letellier vs. Francia, Stögmüller vs. Austria e Imre vs. Hungría” (Casación N°626-2013/Moquegua de 31 de junio de 2015).

Se considera un dato objetivo: la gravedad de la pena, basado en “una máxima de la experiencia”; en el entendido que ante peligro inminente de imposición de pena grave; el imputado tendrá temor, y por ello se repotencia el peligro de fuga, sin embargo, la gravedad no genera automáticamente la imposición de prisión preventiva; deberá ser valorado en conjunto de acuerdo al caso en concreto como ocurre con el arraigo.

Sobre el comportamiento procesal del imputado, es un elemento importante a tomar en cuenta en la valoración del pedido, no resulta admisible como criterio para su imposición la actitud legítima del imputado por ejercicio reconocido de algún derecho como guardar silencio, no confesar; que sea considerado un mal comportamiento el hecho que el imputado no confiese el delito atribuido. Al contrario, es importante valorar el comportamiento (real conducta) que tiene el imputado a lo largo de la investigación o de otras etapas; como asistir a las diligencias, cumplir las reglas establecidas en medidas cautelares alternativas, dilaciones, declaración de contumacia, falta del pago de la caución; las que están relacionadas y sustentan el riesgo de fuga o huida.

Sobre la pertenencia a una organización criminal, coincide con el fundamento vertido en la Circular sobre prisión preventiva, considerado “criterio clave en la experiencia criminológica” para acreditar el riesgo procesal en cualquiera de sus vertientes; en estos casos es suficiente pertenecer a una

organización delictiva o banda y la gravedad de la pena para imponerse prisión preventiva.

Esta ejecutoria es emitida en el año 2015, es decir pasados 04 años de la emisión de la Circular sobre Prisión Preventiva del Poder Judicial; siendo relevante su aporte jurídico, al establecer que la pretensión cautelar se sustente en los principios de proporcionalidad y provisionalidad; en adición de los presupuestos del artículo 268° del NCPP e indicadores referenciales previstos en los artículos 268° y 269° de la norma procesal penal.

Es de precisar que esta ejecutoria suprema, analiza la institución en base a doctrina del sistema constitucional nacional y extranjero al citar argumentos de la Corte Interamericana, lo que nos recuerda que nuestro país al haber ratificado su adhesión a este organismo internacional, está en la obligación de aplicarla en nuestro derecho interno en respeto a los derechos fundamentales que forman parte del sistema constitucional peruano y acatamiento del derecho y jurisprudencia que forman parte del bloque de convencionalidad, del ordenamiento internacional.

Recayendo la prisión preventiva sobre un valor preciado e importante: “la libertad personal”, derecho fundamental que goza de garantía constitucional al encontrarse reconocido normativamente dentro de la Constitución Política del Estado, se exige suma rigurosidad en su expedición para afectarla.

Así, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional afirma que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; sin embargo, la libertad personal no es un derecho absoluto, es relativo; ya que ningún derecho establecido en la Constitución como derecho fundamental de manera objetiva o implícita puede subordinar a otro derecho fundamental. Ello tiene su razón de ser, en mérito a que no existen derechos fundamentales ilimitados, todos son relativos.

La citada ejecutoria suprema, tiene un contenido amplio en el tratamiento dogmático del delito pese a desarrollar un instituto del derecho procesal penal como es la figura de prisión preventiva; sin embargo, es de rescatar su aporte respecto a la adición de dos presupuestos a los señalados en el artículo 268° del

NCPP, que son la proporcionalidad y el plazo o duración de la prisión, teniendo en cuenta que es una medida excepcional y de *ultima ratio*.

CASACIÓN N° 631-2015/Arequipa de 21 de diciembre de 2015

En esta sentencia casatoria de fecha 21 de diciembre de 2015; se analiza y brindan pautas para la valoración del peligro de fuga (*periculum libertatis*) considerado como uno de los elementos más importantes al momento de valorar un pedido restrictivo de libertad. Se profundiza sobre el contenido del arraigo bajo tres dimensiones: posesión, arraigo familiar y arraigo laboral; los que constituyen circunstancias o hechos concretos objetivos a ser valorados por Juez, por el que se corre el riesgo de subjetividad en su resolución. Asimismo, se trata sobre el tema de la moralidad del imputado sometido a una investigación penal, considerado como elemento o criterio relevante, que igualmente constituyen circunstancias objetivas y concretas como no tener antecedentes penales, acudir puntualmente a las diligencias que se le ha citado, viajar al extranjero y regresar al país mostrando interés en contribuir con el esclarecimiento de los hechos materia de investigación en su contra; por tales consideraciones la moralidad del imputado no puede ser presumida por los Jueces porque se estaría resolviendo con criterio eminentemente subjetivo lo que lesionaría su defensa y derecho a la libertad.

El análisis de la sentencia casatoria profundiza sobre los alcances de la norma procesal penal con relación a la acreditación e interpretación del peligro de fuga sustentado en el arraigo; entendido como uno de los indicadores más comunes del riesgo procesal para conceder la prisión preventiva.

Al valorar el peligro de fuga en el extremo del arraigo, se analizan datos que de acuerdo a la experiencia pueden acreditar un mayor o menor peligro; no deben ser analizados en forma abstracta porque no tendrían ningún significado; tampoco en forma automática y vinculante; por el contrario la valoración es

individualizada, de acuerdo al caso concreto; así lo han expresado en el fundamento cuarto de la citada sentencia casatoria:

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

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 o bien se vaya a sustraer de la pena que se le podría imponer [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Proceso Penal Comentado*, cuarta edición. Editorial Jurídica Continental, San José, dos mil nueve, página trescientos ochenta y ocho].

Dentro de los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como “arraigo”- que tiene esencialmente un carácter objetivo. y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto- (artículo 269° del Nuevo Código Procesal Penal). El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión. 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de la persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse. desincentivan la fuga del imputado [DEL RIO LABARTHE, GONZALO: La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal. Lima, dos mil ocho, página noventa y siete]”(Casación N° 631-2015-Arequipa del 21.12.2015).

El análisis de la sentencia casatoria se circunscribe al caso de un extranjero y cómo es que debe valorarse en su condición el “peligro de fuga”. Es una persona que tiene arraigo nacional en el país por tener esposa y dos hijos; sin embargo, también tiene vínculos familiares en su país de origen: España, cuenta con trabajo por registrar actividad laboral. En primera instancia se decreta en su

contra prisión preventiva sustentada en el hecho que el imputado tiene vinculaciones con su país de origen; y, que ello facilitaría la viabilidad de abandonar el país por tener intenso movimiento migratorio. Esta decisión judicial es revocada primordialmente porque el asumir el riesgo de fuga por la sola condición de ser “extranjero” constituye un trato discriminatorio por razones de nacionalidad. Asimismo, el ser extranjero pero con arraigo acreditado en el país baja considerablemente el nivel del riesgo de fuga requerido para la imposición de restricción de su libertad; sin perjuicio de tenerse en cuenta que si bien es cierto, su movimiento migratorio es intenso, está acreditado que ha regresado al país porque tiene arraigo familiar, en tal sentido el arraigo no debe valorarse en cuanto a cantidad sino a calidad de arraigo.

La sentencia casatoria confirma el criterio doctrinario jurisprudencial que la prisión preventiva es una medida de carácter excepcional, ya que la regla general que el imputado se encuentre sometido a un proceso penal en su contra en libertad o medida de comparecencia en cualquiera de sus modalidades simple o con restricciones.

En síntesis, la imposición de prisión preventiva es procedente en la medida que se haya acreditado razonablemente que existe peligro de fuga mediante circunstancias o hechos relevantes de graves elementos de convicción sobre peligrosismo procesal en la vertiente – fuga (*periculum libertatis*); caso contrario se debería imponer automáticamente la medida restrictiva, lo que constituiría una medida procesal arbitraria.

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433 de 11 de octubre de 2017

La Sentencia Plenaria Casatoria N°1-2017/CIJ-433 de 11 de octubre de 2017 estableció lineamientos jurídicos con relación al delito de lavado de activos, así como determinó que del estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal .

La normativa procesal penal establece los niveles de conocimiento, los que varían progresivamente según su intensidad.

Así en el fundamento 23 se realizó el desarrollo:

“**Primera**, para la emisión de la disposición de diligencias preliminares sólo se requiere de **sospecha inicial simple**, para “...determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión [...], y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente” (artículo 330, apartado 2, del CPP).

Segunda, para la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesita **sospecha reveladora**, esto es, “... indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad...” (artículo 336, apartado 1 del CPP).

Tercera, para la formulación de la acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento se precisa de **sospecha suficiente**, vale decir, “... *base suficiente para ello*” o “...*elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado*” (artículo 344, apartado 1 y apartado 2, literal d a contrario sensu, del CPP).

Asimismo, corresponde, por su importancia y especialidad, abordar otro supuesto de convicción judicial, el referido a la prisión preventiva. Para pronunciar dicha resolución coercitiva personal se requiere **sospecha grave**, o sea, “...fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo” (artículo 268, literal a, del CPP)...

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 el inicio de actuaciones penales pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena: descarte de duda razonable.

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].

En conclusión, los elementos de prueba y, antes, los elementos de convicción deben ser idóneos y necesarios en cada fase o etapa del procedimiento penal para justificar las diligencias preliminares, el procesamiento penal a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la acusación y el auto de enjuiciamiento, y, finalmente, la sentencia-que requiere, esta sí, elementos de prueba-.

La sentencia casatoria **ACORDÓ** lo siguiente:

“....

29 Establecer como doctrina legal...

F. Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una **“sospecha inicial simple”**, para formalizar la investigación preparatoria se necesita **“sospecha reveladora”**, para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa **“sospecha suficiente”**, y para proferir

auto de prisión preventiva se demanda “**sospecha grave**”-la sospecha **más fuerte** en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia-. La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable.

CASACIÓN N° 1445-2018/Nacional de 11 de abril de 2019

Esta sentencia casatoria emitida el 11 de abril de 2019 establece pautas y directivas claras sobre la valoración razonada y proporcional del elemento peligro de fuga para resolver los pedidos de prisión preventiva.

Separa el juicio de imputación (*fumus delicti comissi*) considerando la sospecha de fundados y graves elementos que vinculen al imputado como autor o partícipe del delito imputado de competencia del derecho penal para pronunciarse sobre la responsabilidad penal; del elemento peligro de fuga (*periculum libertatis*) que debe ser grave y evidente, justificado en la existencia de medios suficientes a los que tenga acceso el imputado para la perpetración de fuga, en el ámbito del derecho procesal penal que amparan la pretensión cautelar de prisión preventiva por existir el (*fumus boni iuris*) cuya naturaleza es instrumental, provisional y subsidiaria.

En el caso del pedido de prisión preventiva, se analiza el (*fumus boni iuris*) concebido en apariencia del buen derecho que ampare la pretensión cautelar de restricción de la libertad del imputado a fin de someterlo al proceso en su contra; permitiéndose se cumplan los fines y objetivos del mismo, para llegar a la averiguación de la verdad y eventual ejecución de la pena.

Es importante tener presente los argumentos vertidos en el considerando tercero de la sentencia casatoria respecto a la valoración del peligro de fuga para sustentar un pedido de prisión preventiva, como sigue :

“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-.

Asimismo, no debe olvidarse que como “objeto” la prisión preventiva debe concebirse tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines u objetivo –se destaca, por tanto, desde la perspectiva de la subsidiaridad que la prisión preventiva debe adoptarse cuando resulta imprescindible y cuando no existan alternativas menos radicales para conseguir sus finalidades-. La resolución que la dicte ha de ser “suficiente y razonable”, es decir, que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juicio –libertad del imputado cuya inocencia se presume, y realización de la impartición de justicia, en relación a los riesgos antes mencionados (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional Español 65/2008 y 666/2008, ambas de veintinueve de mayo; y, Sentencia del Tribunal Supremo Español 228/2015, de veintiuno de abril)-.

El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia -con mayor o menor intensidad según el momento en que debe analizarse la viabilidad de la medida de coerción personal en orden al estado y progreso de la investigación-, lo dispuesto en el artículo 269 del Código Procesal Penal -que reconoce diversos parámetros sobre aspectos que deben analizarse al momento de decidir sobre estos peligros-. Es de destacar, de un lado, tanto (i) 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, al final de cuentas, relacionar criterios que pueden ser apreciados el 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 [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARIA: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Sexta Edición, Valencia, 2012, página 212].(...)” (Casación N° 1445-2018 del 11.04.2019).

En esta sentencia casatoria se abordaron temas de estabilidad laboral del imputado, al cuestionarse que su actividad como Secretario arbitral que desempeñaba el encausado Costa; para la Sala que confirmó la medida de

prisión preventiva no constituía un vínculo laboral sólido, por no tener condición de trabajador permanente; sin embargo la sentencia casatoria sostiene lo contrario, que está acreditado que el encausado es un abogado y que trabaja como Secretario arbitral, que es además gerente de una empresa; por lo que el arraigo laboral se encontraba plenamente acreditado. Que, en el arraigo laboral no es posible la exigencia de trabajo dependiente, formal, permanente, en empresas con alto grado o máximo nivel de funcionamiento en el comercio o en la industria, es decir en una empresa de máxima categoría, ya que es suficiente que se acredite que cuente con un trabajo por el cual recibe ingresos que le permiten subsistir, mantenerse y brindar el sustento a su familia.

Y, que el hecho de contar con pasaporte y movimientos intensos de ingreso y salida al extranjero no constituyen riesgo de fuga, en atención además a que no se ha indicado datos de los lugares a donde habría viajado y de las conexiones que le brindarían apoyo o ayuda para quedarse en el extranjero y ocultarse; por el contrario el encausado ha acreditado su regreso y su conducta procesal de sometimiento al accionar de la justicia.

Con relación al arraigo familiar, Se aclaró el controvertido término “*arraigo familiar de mediana intensidad*” establecido por la Sala Superior; y, pese a que el encausado demostró tener trabajo, familia, esposa y un menor hijo, así como dos propiedades una de ellas gravada con hipoteca; consideraron que su arraigo era de “mediana intensidad”. Al respecto la sentencia casatoria revocó tal decisión argumentando que si la Sala consideraba la existencia de arraigo familiar de “mediana intensidad” lo lógico era que le hubieran impuesto una medida restrictiva menos gravosa que la prisión preventiva, por lo que ordenaron su comparecencia con restricciones.

En conclusión la sentencia casatoria establece fundamentos claros para la imposición de prisión preventiva solo en casos que el riesgo sea grave y evidente, y no basándose en simples especulaciones.

Será procedente la medida restrictiva de libertad si está justificada la existencia de medios suficientes que estén a disposición del imputado para concretar la fuga.

ACUERDO PLENARIO N°01-2019/CIJ-116 del 10 de septiembre de 2019

Las Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitieron el Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116; estableciendo como doctrina legal 31 criterios jurisdiccionales en los fundamentos jurídicos: 24 al 27, 34 al 55, 57 al 59, 67 y 71; sobre presupuestos de prisión preventiva: sospecha fuerte y otros.

Analizaron los presupuestos, motivos y requisitos de la medida cautelar de prisión preventiva en el NCPP. Los criterios desarrollados se basan en fundamentos supranacionales desarrollados en el Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos de diciembre de 2000. Nueva York. 2004.

Con relación a los requisitos de la prisión preventiva, se señalan: delito grave y peligrosismo procesal (*periculum libertatis*). El delito grave que contempla una pena superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, conforme lo estipula el inciso b) del artículo 268° del NCPP, entendiéndose que si la pena a imponerse no sobrepasa la pena superior indicada, no cabe imposición de prisión preventiva y se deberá decretar comparencia.

En este requisito o presupuesto sobre la pena a imponerse se debe valorar por un lado la gravedad y características del delito que se imputa así como la pena en concreto a imponerse al imputado de acuerdo a las circunstancias del caso y las características personales o de personalidad del imputado.

Es importante la precisión realizada con respecto al tratamiento de los delitos especialmente graves, sancionados con penas no menores a 15 años de pena privativa de la libertad o cadena perpetua, se asume que es requisito necesario pero no suficiente; así, lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, que requiere la existencia del “*peligrosismo procesal*” el

que no debe ser tan exigente como imponer el baremo de la “*sospecha fuerte*”, sino de “*sospecha suficiente*”, entendido como un grado inferior. Es evidente que la gravedad de la pena implica un riesgo procesal, al tener conocimiento el imputado de sus implicancias que hacen que se convierta en una pauta sólida de riesgo.

En los casos de crimen organizado y lavado de activos, debe especificarse los roles de los integrantes en los supuestos de colaboración eficaz; se necesita mayores datos de corroboración, elementos que estén en otros procedimientos o elementos de investigación utilizados en el mismo procedimiento de colaboración eficaz. Tampoco es necesario que el colaborador eficaz haya corroborado plenamente su información, puede ser un aspirante a colaborador eficaz y se puede usar algunas corroboraciones que corran en el propio procedimiento de colaboración eficaz u otros elementos de investigación que ya se tengan en otro procedimiento para requerir detención preventiva.

En el supuesto que se dicte prisión preventiva por riesgo de fuga, es muy difícil la sustitución de la medida; en cambio si se trata de peligro de obstrucción si pueden presentarse elementos que hagan cambiar con relativa posibilidad esa medida, al haberse asegurado los mecanismos de prueba, elementos documentales, que hagan desaparecer el riesgo de obstrucción, dependiendo del caso en concreto.

El peligrosismo procesal (*periculum libertatis*) constituye un presupuesto importante al momento de evaluar un requerimiento de prisión preventiva, estos riesgos relevantes son asumidos por el NCPP como la “teoría de los dos peligros” *peligro de fuga y peligro de obstaculización de la actividad probatoria*, para la justificación convencional y constitucional de la medida de prisión preventiva. Señala, que es la doctrina asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como las denominadas: “situaciones constitutivas del riesgo” y “circunstancias acreditativas del riesgo” estudiadas por Ortell Ramos.

Mediante el *periculum libertatis* se determina los fines de la prisión preventiva, esta política de prevención permite aseverar que la figura de restricción de la libertad, no tiene función de anticipar la pena, calmar la alarma

social o ser un instrumento de investigación penal; por la cual el Juez esté facultado a decretarla en función de la actitud que adopte el investigado en el proceso; o, de su disposición al esclarecimiento de los hechos. Por el contrario, su justificación se basa en procurar cumplir los fines del proceso, la averiguación de la verdad y que se cumpla eventualmente la pena.

Con relación al análisis del peligro de fuga, se debe tener presente los lineamientos descritos en el fundamento 42:

“42.º La ley sitúa estas circunstancias como pertinentes para colegir razonablemente el peligro de fuga, bajo tres lineamientos: (i) que se invoquen como tales, como justificativas del peligro; (ii) que se acrediten desde una sospecha fuerte, que no necesariamente debe ser urgente, pero a la vez los medios de investigación o de prueba adjuntados indiquen cómo así el imputado podrá eludir la acción de la justicia, que tenga la oportunidad de hacerlo -sin explicación de esto último, tampoco se podrá justificar la existencia del riesgo [NIEVA FENOLL, JORDI: *Obra citada*, p. 286]-; y, (iii) que las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga -no hace falta, desde luego, que si la sospecha fuerte respecto de la imputación y del riesgo de fuga constan en la causa, se requiera además que el imputado intente de veras escaparse; solo se requiere que exista el riesgo razonable de que pueda hacerlo-. Cabe resaltar que en el pronóstico de peligro de fuga deben ponderarse todas las circunstancias a favor y en contra de la huida, y evitarse meras presunciones. Los hechos o datos en los que se basa este peligro -las situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal- únicamente deben configurarse con una probabilidad que se corresponda con la *sospecha fuerte*: no se requiere un convencimiento cabal acerca de la verdad de los hechos en los que tal peligro se basa [conforme: VOLK, KLAUS: *Obra citada*, p. 113]. Así, por ejemplo, si el delito tiene previsto una pena elevada, que excede con creces el mínimo legalmente previsto, pero es un extranjero y carece de residencia legal en el país, cabría dictar mandato de prisión preventiva; igualmente, en delitos similares e integración en una organización criminal con contactos en el extranjero, por su propia dinámica delictiva, por sus contactos personales en esos países -v.gr.: lugar desde donde se proporciona la droga y/o se tiene los contactos-, es razonable estimar el persistente riesgo de fuga, aún cuando tenga arraigo social en el país (confróntese: STCE / 145/2001, de 18 de junio). Empero, como acotó la STEDH Stogmuller vs. Austria, de 10 de noviembre de 1969, párr. 88, es claro que la simple posibilidad o facilidad que tiene el imputado para pasar la frontera, no implica peligro de fuga; se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgos de la fuga, le parecerán un mal menor que la continuidad del encarcelamiento” (Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116 del 10.09.2019).

Acreditar el riesgo procesal en cualquiera de sus vertientes, o ambas requiere la existencia de alta probabilidad sobre la capacidad del imputado que vaya a fugar u obstaculizar la investigación; en tal sentido, el Juez en el ámbito subjetivo debe construir inferencias a futuro, sin caer en presunciones o meras conjeturas.

El artículo 268° inciso c) del NCPP señala: “Que el imputado, en razón a 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)”. Estos riesgos procesales son relevantes y decisivos al momentos de imponer la medida de prisión preventiva, para lo cual el Legislador ha dotado de indicadores o situaciones específicas que se encuentran previstas en el artículo 269° del NCPP a través de ellos, calificados de referenciales y no taxativos; pueda válidamente acreditar la existencia de datos objetivos y sólidos que conlleven a una alta inducción de existencia del riesgo procesal en su resolución.

En resumen, consolida los fundamentos y propuestas doctrinarias sobre el riesgo procesal (*periculum libertatis*) como elemento de vital importancia para la imposición de la prisión preventiva, las que ya se encontraban desarrolladas en anteriores documentos legales entre los que tenemos: “Circular sobre Prisión Preventiva”, y mediante ejecutorias supremas - sentencias casatorias; precisando sobre el tratamiento del peligrosismo procesal de la prisión preventiva y el nivel de *sospecha suficiente* respecto al tratamiento de los delitos de organizaciones criminales y lavado de activos que son reprimidos con penas elevadas. Y el de sospecha fuerte -graves para los delitos ordinarios.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ SSTC 02534-2019-PHC/TC, de 25 de noviembre de 2019. Habeas Corpus de Keiko Fujimori Higuchi

La sentencia de Hábeas Corpus emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 25 de noviembre de 2019, Exp. N° 02534-2019-PHC/TC, sobre el caso de Keiko Fujimori Higuchi, declarando fundada la sentencia por mayoría.

La sentencia, sobre el derecho a la libertad individual, hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 9.3 señala: "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general"; así como el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos; todos ellos, reconocen a la libertad personal como derecho sujeto a tutela y garantía internacional; la que no es absoluta e ilimitada; sino se encuentra sometida a restricciones por causas de excepción determinadas por ley; entre ellas, la prisión preventiva como medida restrictiva de *última ratio*.

El colegiado sostiene que según nuestra Constitución Política, el fin supremo de nuestra sociedad y nuestro Estado es la defensa de la dignidad humana, por ello, la dignidad implica tener la oportunidad de decidir en forma autónoma su proyecto de vida, siendo la libertad personal e individual derecho privilegiado dentro del sistema de valores; con respeto del derecho del resto.

Así, se colige del fundamento 6, 7 y 8 de la sentencia en comentario, que transcribimos a continuación:

“6. El derecho a la libertad individual como derecho fundamental materia de protección del habeas corpus por mandato del artículo 200, inciso 1, de la Constitución, se constituye como un derecho fundamental que pertenece al núcleo del Estado Constitucional y un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, que son los enumerados enunciativamente en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, entre los que se encuentra la libertad personal.

7. Como todo derecho fundamental, la libertad individual y los derechos que comprende no son ilimitados, pues se encuentran sujetos a la posibilidad de limitaciones, restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado

Constitucional, como los son otros derechos, así como los principios y valores constitucionales.

8. En el caso de la libertad personal, como derecho contenido de la libertad individual, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, tiene un doble carácter a saber: "En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Cfr. Expediente 1091-2002-HC/TC), en virtud de lo cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales [...]" (Sentencia 07624-2005-PHC/TC, fundamento 2)" (Sentencia 02534-2019-PHC/TC del 25.11.2019).

Frente al derecho a la libertad personal e individual, se encuentra la medida excepcional de restricción de prisión preventiva que es excepcional y de *ultima ratio*, estando a que la regla general de toda persona sometida a una investigación es que se decreta mandato de comparecencia. Así, lo ha señalado el Tribunal, ratificando su jurisprudencia al respecto en el fundamento 13 de la sentencia:

"13. Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener que la prisión preventiva es una regla de *última ratio*. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es "...una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la *última ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2; Sentencia 5100- 2006-PHC/TC, fundamento 3; Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras)" (Sentencia 02534-2019-PHC/TC del 25.11.2019).

La sentencia del Tribunal Constitucional objeta la valoración respecto de los riesgos procesales previstos en el tercer presupuesto del artículo 268° del CPP. Y, tienen a bien reseñar textualmente el fundamento *quincuagésimo sexto* emitido en la Ejecutoria Suprema:

"Como se mencionó en los antecedentes teóricos ad supra, la valoración del presupuesto de peligro procesal -compuesto por el peligro de fuga y de obstaculización- se encuentra ligado con la finalidad cautelar de la prisión preventiva y la afirmación de su constitucionalidad.

Al respecto, tal como sostiene la CIDH en el informe citado, "corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones" (considerando 145).

En ese sentido, resulta evidente que pese a que un imputado tenga un "alto grado de probabilidad de una condena" -es decir, que se cumpla el primer presupuesto de la medida- aún mantiene la presunción de inocencia hasta que no se emita una sentencia firme en la que se establezca su responsabilidad" (Sentencia 02534-2019-PHC/TC del 25.11.2019).

El máximo intérprete de la Constitución, cuestiona entre otras razones el argumento de la Ejecutoria Suprema, la que ratifica o valida la restricción de un derecho fundamental como es la libertad individual sin realizar una fundamentación idónea y suficiente sobre los elementos de convicción utilizados por el órgano jurisdiccional de primera instancia; obviando pronunciarse o argumentar con relación al contenido del recurso impugnatorio de la favorecida, lo cual colisiona con una de las garantías de la Administración de Justicia, que es la motivación de las resoluciones; coligiéndose que ha quedado sin resolver el agravio recurrido en la resolución de segunda instancia al no existir pronunciamiento alguno.

El Tribunal sostiene textualmente: " Como es de verse, la Sala no justifica sobre la base de hechos cómo es que considera probable atribuir razonablemente a la favorecida participación en el delito que se le viene imputando, simplemente desecha el cuestionamiento planteado sin mayor análisis, sosteniendo únicamente que dicha apreciación jurisdiccional va de la

mano con lo planteado por el Ministerio Público, a modo de motivación por remisión” (fundamento 182, Sentencia 02534-2019-PHC/TC del 25.11.2019). Por ende, considera que existe falta de motivación o el “no cumplimiento de estándares de motivación cualificada”; no siendo posible afirmar la existencia de eventual comisión delictiva sobre la base de una inferencia, es decir, de una presunción, la cual para ser razonable debe estar sustentada directamente en hechos y elementos que acrediten la comisión del delito y la participación directa de la imputada.

El Tribunal Constitucional sostiene que el Colegiado Supremo ha reconocido la inexistencia del peligro de fuga como elemento importante en la valoración de la medida de prisión preventiva; que acreditaría el *periculum libertatis*; y, que existiría *peligro de obstaculización o perturbación de la actividad probatoria*; el que se presenta cuando el investigado tiene influencia directa para lograr la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios.

Asimismo, en la Ejecutoria Suprema se afirma que a medida que pasa el tiempo la medida restrictiva por causa del peligro de obstaculización se va neutralizando, y pierde su legitimidad, ya que resulta evidente que en el transcurso de ejecución de la medida se deben haber asegurado los medios y fuentes de prueba; por lo que no existirían suficientes argumentos para ratificar la prisión preventiva

Sostienen que en el proceso se han recabado y acopiado pruebas en abundancia, por lo que no existe explicación alguna que pretenda insistir y ratificar la medida de prisión preventiva; toda vez que las pruebas están debidamente garantizadas a fin que se cumplan los fines y objetivos del proceso penal. Que, no es justificación el argumento: “aún se encuentran pendientes otros actos de investigación” llámense imputados y testigos que hipotéticamente tendrían vinculación con la favorecida; calificando dichas aseveraciones - argumentaciones en conjeturas o presunciones.

Que, las conclusiones de la Ejecutoria suprema, no son coherentes con el análisis que se debe realizar en atención al primer presupuesto del artículo 268° del NCPP, con relación a los suficientes elementos de convicción de la comisión

de un delito que permitan válidamente imponer la medida restrictiva de prisión preventiva. Y, con relación a la naturaleza del riesgo procesal, identificándolo en riesgo de obstaculización, señalaron que éste pierde eficacia y consistencia en tanto se vayan llevando a cabo y actuando las audiencias y declaración de testigos, reflejando progreso en la investigación; neutralizándose el peligro o riesgo de presión a testigos por el transcurso del tiempo. Sobre lo cual el Tribunal infiere que ante la actuación y existencia de abundante material probatorio, no resulta ya posible que la investigada y favorecida pueda generar influencia directa para concretar la alteración, ocultamiento o desaparición de medios probatorios.

Por tales consideraciones, el Tribunal Constitucional, declaró fundada la demanda interpuesta por la favorecida, sustentado que la medida restrictiva de libertad no había sido sustentada con suficiencia ni respaldada en datos o hechos objetivos, colisionando con la libertad individual. Asimismo, sustentan su decisión en el ámbito del derecho procesal por vulneración de motivación congruente, ya que al resolver el Recurso de Casación no se pronunciaron sobre el petitorio o agravio; y, por el contrario se argumentaron consideraciones que versan sobre justificación de reducción de plazo de la prisión preventiva decretada, lo que no era materia del recurso; no cumpliéndose con la motivación suficiente de la resolución emitida.

El máximo intérprete de la Constitución ha desarrollado reiterada jurisprudencia que garantiza los derechos fundamentales de toda persona, desde el respeto a su dignidad y a su libertad, ratificando la aplicación del bloque de convencionalidad sobre derechos humanos o derechos fundamentales de la persona emitidos por Organismos Supranacionales que deben ser acatados por el Perú al haber sido ratificados.

Debemos precisar que tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial en sus diversas resoluciones sobre prisión preventiva hacen referencia y aplicación de las garantías y derechos fundamentales que se deben respetar al momento de valorar un requerimiento de prisión preventiva en la medida que su aplicación es excepcional, de *ultima ratio* por ser subsidiaria; al garantizarse la

presunción de inocencia y que no debe ser aplicada en la medida que no sea necesaria, proporcional, racional, suficiente y motivada.

Sin embargo, pese a la existencia de abundante jurisprudencia constitucional a nivel interno por parte del Tribunal Constitucional del Perú, sentencias casatorias, sentencias plenarias y acuerdo plenario del Poder Judicial; no existe uniformidad y predictibilidad respecto a la aplicación de los principios y garantías constitucionales que deben respetarse sobre la libertad personal de un imputado; para imponer una medida tan drástica y excepcional como es la prisión preventiva, cuando aún no existe sentencia condenatoria en su contra que acredite su culpabilidad.

1.3. Orientación Jurisprudencial en torno a la aplicación normativa.

Sobre este punto debemos señalar que la jurisprudencia constituye orientación normativa relevante porque resuelve la problemática suscitada sobre aplicación de la prisión preventiva. Utilizando la dogmática jurídico penal desarrollada en las resoluciones emitidas por Poder Judicial; así como del Tribunal Constitucional; se obtiene el conocimiento y aplicación correcta de dicha institución coercitiva procesal penal. Todas ellas, orientadas al respeto en la aplicación de derechos y garantías fundamentales de la persona, respeto a su dignidad, las que tienen sustento a su vez, en el acatamiento de las resoluciones emitidas por los Organismos Internacionales que forman parte de nuestro derecho en el ámbito del bloque de constitucionalidad. No obstante ello, en la realidad se observa que la medida no es concebida como excepcional; y ello se debe a que algo está fallando en el análisis y aplicación de la dogmática jurídico procesal penal de esta institución, disponiéndose u ordenándose la restricción de libertad personal de un imputado sometido a investigación cuando no es realmente necesaria o no existe suficiente proporcionalidad, racionalidad y motivación en su expedición.

En puntos anteriores hemos realizado el tratamiento de una resolución administrativa y diversas ejecutorias, sentencias constitucionales y acuerdo plenario, entre ellas: “Circular sobre Prisión Preventiva”, Casación N° 626-

2013/Moquegua de 30 de junio de 2015, Casación N° 631-2015/Arequipa de 21 de diciembre de 2015, Casación N°1445-2018/Nacional de 11 de abril de 2019, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 de 11 de octubre de 2017; y Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116 de 2019; éste ultimo estableció doctrina legal de 31 criterios jurisdiccionales en los fundamentos jurídicos: 24 al 27, 34 al 55, 57 al 59, 67 y 71; que son de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales sobre medida cautelar de prisión preventiva; sin embargo, vemos que la problemática sobre su desnaturalización continúa, aplicándose como regla general y no excepcional.

En el interés del tratamiento de esta problemática, es que proponemos la adopción de la Teoría del Riesgo para resolver los requerimientos de prisión preventiva.

1.4. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva

Su naturaleza jurídica corresponde a una medida cautelar que recae sobre un imputado para privarlo de su derecho a la libertad personal. Si bien la libertad personal es un derecho fundamental de primera generación reconocido por nuestra Constitución y Tratados Internacionales ratificados por Perú, por ende, forman parte de nuestro derecho interno; sin embargo, no existen derechos fundamentales absolutos, estos pueden ser restringidos dentro del marco del proceso penal y siempre que resulte estrictamente necesario para los fines y objetivos del proceso penal

Frente a la libertad personal tenemos el derecho a la seguridad, el derecho a la averiguación de la verdad en el proceso penal, a fin que se evite el riesgo inminente de fuga y/o obstaculización probatoria de la investigación por la conducta desarrollada por el imputado.

El Decreto Legislativo N° 957 NCPP, regula en la Sección III medidas coercitivas personales, establecidas en el Título I sus preceptos generales. En tal

sentido, la medida cautelar de prisión preventiva debe respetar el marco normativo constitucional previsto por el numeral 253 del NCPP³.

El nuevo sistema adoptado por el NCPP es garantista y contradictorio, en el que el imputado tiene derecho a defenderse en una audiencia ante un pedido de restricción de su libertad, tiene base en la Constitución Política que garantiza los derechos fundamentales de la persona como la libertad individual; y, solo por razones estrictamente necesarias y de carácter procesal penal se legitima dentro de un proceso penal, la privación de libertad de un imputado a través de la prisión preventiva.

Siendo la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, una medida cautelar en el ámbito estrictamente procesal, cuyo objeto se circunscribe a privar provisionalmente de la libertad individual del imputado sometido a una investigación; derecho fundamental garantizado y reconocido constitucionalmente en el ámbito del derecho interno y a nivel externo por Tratados y Organismos Internacionales ratificados por el Perú. Esta restricción de libertad únicamente puede solicitarse a pedido del Fiscal dentro del marco de sus competencias en la investigación del proceso penal, cumpliendo todos los presupuestos establecidos por el artículo 268°, 269° y 270° del NCPP; y, que previa realización de una audiencia de prisión preventiva en la que se garantice el contradictorio y derecho de defensa del imputado, el Juez eventualmente pueda decretarla mediante una resolución judicial debidamente motivada en base a principios de proporcionalidad y excepcionalidad; siempre que sea necesaria e indispensable ante la existencia de suficientes elementos de convicción y haberse probado concreta y objetivamente el *periculum in mora* entendido en el ámbito procesal penal del

³ **Artículo 253.- Principios y finalidad**

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

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

3. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevinida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”(Código Procesal Penal).

periculum libertatis en sus vertientes: riesgo de fuga y riesgo de obstaculización probatoria.

La medida cautelar que restringe la libertad individual o personal, actualmente es compleja en su tratamiento y en algunos casos desnaturalizada en su aplicación tanto por Fiscales al realizar su requerimiento ante el Poder Judicial, y por los Jueces cuando la decretan sin una debida motivación y sin cumplirse las exigencias y presupuestos establecidos en los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP. Sobre ello, debemos señalar que pese a los documentos legales emitidos: “Circular sobre Prisión Preventiva”, Casación N° 626-2013/Moquegua de 30 de junio de 2015, Casación N° 631-2015/Arequipa de 21 de diciembre de 2015, Casación N°1445-2018/Nacional de 11 de abril de 2019, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 de 11 de octubre de 2017; y Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116 de 2019; la problemática y desnaturalización de aplicación de prisión preventiva continúa hasta la fecha, aplicándose como si fuera regla general y no excepcional.

En paralelo a las resoluciones emitidas por el Poder Judicial sobre prisión preventiva, el Tribunal Constitucional, cuenta con reiterada jurisprudencia sobre aplicación excepcional de esta medida de restricción personal, así en el Exp. SSTC 02534-2019-PHC/TC, Sentencia de Habeas Corpus de Keiko Fujimori Higuchi, de fecha de 25 de noviembre de 2019, el máximo interprete de la Constitución declaró por mayoría fundada la demanda interpuesta por la favorecida, sustentado que la medida restrictiva de libertad no había sido sustentada con suficiencia ni respaldada en datos o hechos objetivos, colisionando con la libertad individual. Sustentaron su decisión estrictamente en el ámbito del derecho procesal penal por vulneración de motivación congruente, toda vez que no se pronunciaron sobre el petitorio o agravio del recurso de casación; y, por el contrario se argumentaron consideraciones que versan sobre justificación de reducción de plazo de la prisión preventiva decretada, lo que no era materia del recurso; no cumpliéndose con la motivación suficiente de la resolución emitida.

En efecto, el máximo intérprete ha desarrollado reiterada jurisprudencia que garantiza los derechos fundamentales de toda persona, desde el respeto a su dignidad y a su libertad, ratificando la aplicación del bloque de convencionalidad sobre derechos humanos o derechos fundamentales de la persona emitidos por Organismos supranacionales que deben ser acatados por el Perú al haber sido ratificados, y por tanto forman parte de nuestro derecho.

Debemos precisar que tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial en sus diversas resoluciones sobre prisión preventiva hacen referencia y aplicación de las garantías y derechos fundamentales que se deben respetar al momento de valorar un pedido de prisión preventiva en la medida que su aplicación es excepcional, de *ultima ratio* por ser subsidiaria; al garantizarse la presunción de inocencia y que no debe ser aplicada en la medida que no sea necesaria, proporcional, racional, suficiente y motivada. Sin embargo, pese a la existencia de abundante jurisprudencia constitucional a nivel interno por parte del Tribunal Constitucional del Perú, sentencias casatorias, sentencias plenarias y Acuerdo Plenario del Poder Judicial; no existe uniformidad y predictibilidad respecto a la aplicación de los principios y garantías constitucionales que se deben respetar sobre la libertad personal de un imputado; para imponerse una medida tan drástica y excepcional como la prisión preventiva, cuando aún no existe sentencia condenatoria en su contra que acredite su culpabilidad.

La decisión del Tribunal Constitucional garantiza la libertad individual que pertenece al núcleo del Estado constitucional, así lo establece en el Fundamento 6. que señala expresamente:

“Sobre la libertad individual y la prisión preventiva como *última ratio*

6. El derecho a la libertad individual como derecho fundamental materia de protección del habeas corpus por mandato del artículo 200, inciso 1, de la Constitución, se constituye como un derecho fundamental que pertenece al núcleo del Estado Constitucional y un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, que son los enumerados enunciativamente en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, entre los que se encuentra la libertad personal...” (SSTC 02534-2019-PHC/TC de 25.11.2019).

Esta medida cautelar de coerción personal de fuerza absoluta contra el imputado, debiera ser de *ultima ratio* y excepcional; sin embargo, reiteramos, en la actualidad se observa un tratamiento complejo en el que no existe predictibilidad alguna; e incluso se ve desnaturalizada por la indebida aplicación por parte de los Jueces Penales, quienes al parecer la consideran regla general y no excepcional. Se ha distorsionado su aplicación, siendo lamentable que se decrete en base a criterios políticos en contra de enemigos del gobierno, por parte de jueces temerosos a ser cuestionados por los medios de comunicación y por la ciudadanía en general; desconociendo los principios y reglas excepcionales que existen para su aplicación.

Prueba de esta desnaturalización en su aplicación es que tenemos las cárceles abarrotadas de presos privados de su libertad por haberse decretado en su contra “prisiones preventivas” sin que cuenten con sentencias condenatorias, lo que revela que en nuestro país existe ausencia de criterios legales para su tratamiento.

En el Perú, el objeto y fin de la medida excepcional de prisión preventiva debiera ser llegar a cumplirse los fines del proceso penal, la averiguación de la verdad y la eventual ejecución de la pena en caso de acreditarse la responsabilidad penal del imputado. No debe concebirse en su naturaleza jurídica como el instrumento para asegurar una pena anticipada, una medida de seguridad o evitar la reiteración delictiva; ya que colisionaría con el principio constitucional de la presunción de inocencia, por el que toda persona es considerada inocente mientras no se haya dictado en su contra sentencia condenatoria. Nuestro NCPP del 2004 introduce un cambio en el proceso penal, aplicándose el modelo acusatorio garantista y contradictorio también para la prisión preventiva; que tiene como marco legal el respecto de la Constitución y Tratados Internacionales que forman parte de nuestro derecho interno al haber sido ratificados por el Perú. En base a ello, se debe tener el máximo respeto por la protección de los derechos de la persona; y si existe la necesidad de su aplicación, ésta debe decretarse solo por fines del proceso penal; y, en la medida que sea estrictamente necesario, con respeto de los principios de legalidad, excepcionalidad, proporcionalidad; y , luego

de verificarse que no es posible la imposición de medidas restrictivas menos gravosas que restringir la libertad individual del imputado para cumplir a cabalidad los fines del proceso penal.

No obstante la dación de los documentos legales: “Circular Administrativa de Prisión Preventiva”, Sentencias Casatorias Supremas, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 y Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116; emitidos por las máximas instancias del Poder Judicial, se continúa observando la emisión de resoluciones judiciales cuestionadas que decretan prisión preventiva sin cumplirse los requisitos de excepcionalidad y proporcionalidad, colisionando y afectando derechos de libertad personal física de imputados que aún no cuentan con sentencia condenatoria y gozan de la presunción de inocencia; razones que llevan a los afectados a interponer acciones de garantía constitucional de Hábeas Corpus ante el máximo intérprete de la Constitución y garante de los derechos fundamentales.

Es menester señalar que los parámetros de presunción de inocencia y proporcionalidad suelen confundirse; el primero de ellos, considerando a toda persona inocente mientras no cuente con sentencia condenatoria firme; y el segundo de proporcionalidad; considerando que esta medida solo es aplicable cuando se haya realizado un análisis objetivo en el sentido que es razonable, al existir inminente *riesgo procesal de fuga u obstaculización probatoria*, que se verifica a nivel del ámbito estrictamente procesal penal, sin entrar al ámbito del derecho sustantivo penal, el que será apreciado en el proceso principal al finalizar la investigación que va desvirtuar o ratificar la responsabilidad penal del imputado.

Para Llobet Rodríguez, un requisito o principio material para decretar la prisión preventiva, en la legislación procesal penal de Costa Rica, pese a existir presunción de inocencia en favor del imputado; es el riesgo procesal de fuga u obstaculización así como evitar la reiteración delictiva; último presupuesto que no es de aplicación en nuestra legislación nacional; y expresamente afirma el citado autor:

“La prisión preventiva consiste en la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el Tribunal competente

en contra del imputado, basada en el peligro concreto de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. De lege lata, en Costa Rica abarca también la privación de libertad del imputado ordenada por el juez competente para evitar el peligro concreto de reiteración delictiva”(Llobet 2016:27).

La figura procesal penal de prisión preventiva tiene similar regulación en América Latina, con algunos matices como acontece en Costa Rica, que admite el presupuesto de “reiteración delictiva” para la procedencia de prisión preventiva, en tal sentido es una medida restrictiva personal aplicada en todas las legislaciones, siendo un mal necesario; que ha ido evolucionando en su concepción en la medida que se han ido ganando victorias legales en su aplicación como lo señala el autor Llobet:

“De acuerdo con una corriente muy extendida, los orígenes de la concepción moderna de la presunción de inocencia se encuentran en el derecho anglosajón. Por ello, algunos incluso han afirmado que la asunción de dicho principio lleva consigo la necesidad de que se regule un proceso acusatorio semejante al anglosajón. Es frecuente que se haga referencia al Art. 39 de la Carta Magna inglesa, otorgada por Juan Sin Tierra el 17 de junio de 1215, que decía: “Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país ”(Llobet 2016:39).

Los presupuestos de la medida cautelar de prisión preventiva se componen primordialmente del “*fumus comissi delicti*” en el ámbito del derecho procesal penal entendido como suficientes indicios de apariencia delictiva de la comisión del delito que vincule al imputado como autor o cómplice, también conocido como “*fumus boni iuris*” o apariencia del buen derecho, y el “*periculum libertatis*” conocido en otros ámbitos como “*periculum in mora*” o *peligro procesal*, en sus vertientes peligro de fuga y peligro de obstaculización probatoria; que son los llamados *perigosismos procesales* que podrían eventualmente afectar los objetivos de averiguación de la verdad y el cumplimiento del derecho material del proceso penal. Los que constituyen *conditio sine qua non*, es decir, deben estar presentes en todo requerimiento de medida cautelar de restricción de la libertad

personal; establecidos en el artículo 268° del NCPP. Para luego pasar al análisis y acreditación de los riesgos de fuga y obstaculización de la actividad probatoria, a fin de determinar concretamente si existe alto riesgo del peligrosismo y si resultaría proporcional la medida restrictiva.

1.5. Principios de la Prisión Preventiva

Desarrollada la naturaleza jurídica de la medida cautelar de prisión preventiva en el ámbito del derecho procesal penal, a fin de asegurar la presencia del imputado en la prosecución del objeto y fines del proceso penal, debemos señalar que su adopción es excepcional al restringir la libertad personal - derecho fundamental - garantizado por la Constitución y Organismos supranacionales, por lo que existe abundante doctrina y jurisprudencia; existiendo principios que inspiran la aplicación de esta institución coercitiva procesal para el cumplimiento de los fines del proceso penal. Se requiere la presencia de los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, razonabilidad-proporcionalidad y provisionalidad; a fin que la medida adoptada sea lícita, idónea y estrictamente necesaria; cuando no exista medida menos gravosa que cumpla la misma función. De esta manera se garantiza el respeto del derecho a la libertad individual.

1.5.1. Principio de Legalidad

Este principio es básico y elemental al momento de adoptar la medida restrictiva de prisión preventiva, que necesita la existencia de un marco legal previsto en la Constitución del Estado y el NCPP. Así, en el párrafo b) y f) inciso 24 del artículo 2° de la Carta Magna, se prevé el supuesto de una persona que puede ser privada de su libertad solo en los casos establecidos por ley, por mandato escrito y motivado del Juez.

“Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término” (Constitución Política del Perú).

Según la citada norma constitucional, la libertad personal es un derecho fundamental del que goza toda persona; sin embargo, la propia norma establece excepciones que permiten restringir la libertad personal; mediante un mandato judicial que cumpla con la motivación escrita de la resolución; o, el decretado por la autoridad judicial únicamente en caso de flagrante delito. Se advierte que si bien es cierto el derecho a la libertad individual es un derecho fundamental, no es un derecho absoluto, puede ser restringido para el cumplimiento de otros derechos o bienes con relevancia jurídica constitucional, conforme a lo establecido por el artículo 44° de la Constitución del Estado, que establece que son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra la seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; en tal sentido, legalmente por resolución judicial cuya motivación sea cualificada el Juez puede decretar la privación de la libertad individual de una persona sometida a investigación dentro de un proceso penal para el cumplimiento de la averiguación de la verdad y lograr el avance y culminación exitosa del proceso penal.

El principio de legalidad, está previsto en el NCPP, en la Sección III, sobre medidas coercitivas personales del Título I que prevé:

“Artículo 253.- Principios y finalidad

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

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

La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva” (Nuevo Código Procesal Penal).

Del precepto legal citado se establece que el principio de proporcionalidad es un elemento-presupuesto importante para decretar prisión preventiva; y, es que conjuntamente con el principio de legalidad se debe analizar y valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida coercitiva excepcional, debiendo conculcarse esta garantía constitucional a la libertad como también la presunción de inocencia para repotenciar otro derecho y bien jurídico relevante que también es protegido por la constitución que es la “justicia” en su vertiente de averiguación de la verdad y cumplimiento exitoso de los fines del proceso penal. Siendo relevante para decretar la prisión preventiva la existencia de *sospecha fuerte* del *fumus comissi delicti* y *periculum libertatis* o *periculosismo procesal*; constituyendo presupuestos inescindibles e importantes para valorar la privación de libertad de la persona sometida a proceso penal.

El marco legal sobre prisión preventiva se encuentra regulado por el artículo 268° del NCPP; que establece la concurrencia copulativa de tres presupuestos materiales para imponer la medida intensa, drástica y radical de restricción de la libertad individual mediante resolución judicial motivada:

“Artículo 268.- Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a 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)” (Nuevo Código Procesal Penal).

La norma procesal adjetiva establece presupuestos materiales; en los que el Fiscal de la Investigación Preparatoria debe amparar su requerimiento cautelar de prisión preventiva; asimismo, debe adicionar a los tres presupuestos establecidos por el norma, el *principio de proporcionalidad* señalado en el artículo VI del Título Preliminar del NCPP; y, en la abundante jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional que a su vez ha sido establecida en el fundamento vigésimo cuarto de la Casacion N° 626-2013-Moquegua; en tal sentido, la labor que va desarrollar el Juez para resolver un pedido de prisión preventiva es sumamente compleja, teniendo en consideración la etapa en que la misma se solicita y será desarrollada en la “audiencia de prisión preventiva”; contándose hasta ese momento con diligencias preliminares, urgentes a nivel de indicios en su mayoría y no pruebas que se debatirán en el juicio o contradictorio; por lo que en este ámbito, le corresponderá al Juez Penal valorar dichos indicios con alta predictibilidad de sospecha fuerte, o probabilidad alta que se lleguen a concretar los peligrososismos procesales, realizando inferencias basadas en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; a tenor de lo previsto en el artículo 158° del NCPP, caso contrario la medida restrictiva se tornaría arbitraria e ilegal. El principio de legalidad es de suma importancia porque es la base sobre la que reposa el pedido del Fiscal al brindarle esa potestad; y, al Juez que lo autoriza a concederla en caso se cumplan los presupuestos materiales del artículo 268° del NCPP; y, el de proporcionalidad de la medida; en caso sea idónea, necesaria y subsidiaria.

1.5.2. Principio de Jurisdiccionalidad

Este es un principio que otorga exclusividad al órgano jurisdiccional para la imposición de la medida de coerción personal de prisión preventiva; ya que es el Juez el único a quien el legislador ha dotado de potestad para conceder esta medida a través de la expedición de resolución debidamente motivada.

“Título Preliminar del Código Procesal Penal

Artículo VI.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad” (Nuevo Código Procesal Penal).

En el numeral 254° del NCPP, se establecen los requisitos que debe contener el auto judicial que impone la medida de coerción personal, que solo serán dictadas por el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal.

“Artículo 254.- Requisitos y trámite del auto judicial

1. Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado. A los efectos del trámite rigen los numerales 2) y 4) del artículo 203.
2. El auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad:
 - a) La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.
 - b) La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.
 - c) La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución” (Nuevo Código Procesal Penal).

Si bien el Juez Penal es quien con exclusividad jurisdiccional puede imponer y decretar la medida de prisión preventiva, tiene la obligación de cumplir con

motivar su resolución, indicando con claridad extrema por tratarse de una medida excepcional del contenido de la imputación, de los hechos y de las normas infringidas; establecer los fines que se persigue con la medida impuesta, así como los elementos de convicción que asume; por último debe señalar la duración de la medida teniendo presente que es una medida de naturaleza provisional, instrumental y variable, que no es definitiva porque se trata de una medida cautelar personal para los fines de asegurar el futuro del proceso y de la pena. Es de colegirse que al momento que se solicita la pretensión cautelar por el Ministerio Público, dicho ente debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 268° del NCPP y acreditar la existencia de uno o ambos riesgos procesales (*periculum libertatis*) a nivel del riesgo de fuga u obstaculización probatoria.

Cabe reiterar que los tres presupuestos materiales y el principio de proporcionalidad; no determinan la admisión de la medida, no caben criterios eminentemente subjetivos; lo que va determinar la concesión de la medida es la existencia concreta a nivel de predictibilidad alta de sospecha fuerte que se concrete a futuro cualquiera de los “peligrosismos procesales”; por resolución judicial que contenga motivación cualificada; analizando y justificando sobre la existencia de circunstancias, hechos o indicadores contenidos referencialmente en los numerales 269° y 270° del NCPP; que finalmente van a definir el amparo de la medida de restricción de la libertad personal, como medida excepcional.

1.5.3. Principio de Excepcionalidad

Este principio es muy importante pero no ha sido asimilado en su verdadera dimensión, pese a existir reiterada jurisprudencia a nivel del órgano jurisdiccional, Tribunal Constitucional y Tratados relativos a Derechos Humanos; que disponen que es una medida excepcional, que esa condición es la que debe primar y no su aplicación como regla general. No obstante ello, hasta la fecha no existe justa aplicación judicial de este principio de excepcionalidad, y que debiera ser asumida como *ultima ratio*; decretada solo en casos extremadamente necesarios y ante la imposibilidad de lograr los fines y objetivos del proceso penal; con la adopción de

otras medidas coercitivas menos gravosas que restringir la libertad del imputado. Así, en la Casación Moquegua N° 626-2013 se ha señalado:

“3. La prisión preventiva en la Ley número treinta mil setenta y seis

Noveno. La libertad es uno de los Derechos Fundamentales en los que se basa el Estado de Derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Décimo. La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Décimo primero. La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

Décimo segundo. La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria” (Casación Moquegua N° 626-2013).

En la citada sentencia casatoria se ratifica el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, que no debe ser aplicada como regla general; si bien es cierto deben presentarse la concurrencia copulativa de los tres requisitos o presupuestos del artículo 268° del NCPP, en rigor, lo que definirá su adopción es la existencia a nivel de sospecha fuerte o alta probabilidad de concretarse en el futuro los riesgos procesales relevantes llamados *peligrosismo procesal*: en sus vertientes riesgo de fuga u obstaculización probatoria; o de ambos.

Así, también señala la citada sentencia casatoria que: “Existe reiterada Jurisprudencia a nivel constitucional, que establece que el fundamento del constitucionalismo moderno está liderado por los derechos fundamentales de la persona, base dogmática de la Constitución de 1993, que privilegia la “libertad del ser humano, el que tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado

(CFR.Sentencia N°.0032-2010-PI/TC,fundamento 17)” (Casación Moquegua N° 626-2013).

Considerar la prisión preventiva en base al principio de excepcionalidad y regla de *ultima ratio*, es garantizar el derecho constitucional de “La defensa de la persona humana y que el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; acogido por nuestra Constitución Política; y constituyendo “la libertad personal” un derecho fundamental; es obligación del Estado respetarla y garantizarla cuando es sometida a la jurisdicción procesal penal. La libertad física constituye derecho inherente de dignidad de la persona, ya que con su libre ejercicio se puede gozar de otros derechos consustanciales como el derecho a vivir y gozar en familia, trabajo, estudios, salud y reunión entre otros. Y mientras a una persona no se le imponga una sentencia condenatoria firme en su contra tiene derecho a que se le presuma inocente.

Se ha señalado: “La Prisión Preventiva es una medida cautelar que colisiona con un derecho constitucional de primera generación, cual es la libertad personal, que para su imposición requiere de una motivación cualificada por la autoridad judicial; que debe sustentarse en principios de legalidad, proporcionalidad y excepcionalidad; es decir su dictado obedece a que sea estrictamente necesaria en caso no exista otra medida alternativa que sea menos gravosa o perjudicial para el imputado que cumpla la misma finalidad. Al señalar que es una norma que tiene nivel de desarrollo constitucional; porque limita a la libertad nominada como derecho fundamental de toda persona, y que goza de garantía y protección constitucional, pudiendo ser recurrida mediante el proceso constitucional de Hábeas Corpus por la afectación de tal derecho sin que se hayan cumplido los principios para su válida restricción” (Del Río Labarthe 2008: 31).

1.5.4. Principio de Razonabilidad

Este principio es primordial para decretar prisión preventiva, ya que el otorgamiento de la medida cautelar de restricción de libertad personal se sustenta en el previo análisis de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida,

de la existencia de motivos idóneos y suficientes para su concesión; la ausencia del análisis del principio de razonabilidad y proporcionalidad la convierte en una decisión arbitraria; lo que con frecuencia en la actualidad se percibe en las resoluciones emitidas por el Poder Judicial, razones por las cuales los afectados se ven obligados en defensa de su derecho a la libertad personal a recurrir ante el Tribunal Constitucional, como garante de los derechos fundamentales de la persona mediante acciones de Hábeas Corpus. Recogemos citas puntuales que reflejan exactamente la aplicación de este principio:

“38.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.

39.Por ello, cuando se trata de resoluciones judiciales que limitan la libertad personal, ellas requieren una “motivación cualificada” (Cfr: Sentencia 0728-2008-PHC.F.J. 7f). En palabras de la Corte Interamericana: “no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a esta deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la formalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria” (Cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre del 2007, párr.93)” (579) STC N°.04780-2017-HC/TC,00502-2018-HC(ACUMULADO), F.J.38-39...” (Cruz 2019: 1091-1092).

El principio de razonabilidad para la imposición de prisión preventiva es crucial y básico, no debe faltar en las resoluciones judiciales porque se incurriría en indebida motivación de la resolución, al respecto el Tribunal Constitucional exige que esa motivación deba ser cualificada; este principio guarda relación con la proporcionalidad de la medida restrictiva, la que es un presupuesto adicionado conjuntamente con el de provisionalidad; a los presupuestos del artículo 268° del NCPP , incorporado mediante la Casación Moquegua N° 626-2013.

El sustento de este principio persigue que no se emitan mandatos de prisión preventiva arbitrarios; y, que sus fines logren asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo de la investigación, que no eluda la acción de la justicia.

El principio de razonabilidad garantiza la emisión de un auto de prisión preventiva idóneo, suficiente y proporcional para el cumplimiento de los fines del proceso penal; siempre y cuando sea estrictamente necesario; y que no exista otra medida menos gravosa al efecto

1.5.5. Principio de Provisionalidad

Este principio tiene que ver con la instrumentalidad y variabilidad de la medida cautelar que es de naturaleza provisoria, tiene vigencia por determinado período de tiempo que esta determinado en la propia resolución del mandato de prisión preventiva; su duración obedece al tiempo estrictamente ordenado por el Juez de la Investigación Preparatoria, no es de plazo indefinido o indeterminado.

Estando a su naturaleza jurídica de medida cautelar es variable así como también puede sustituirse, conforme a la prescripción contenida en los artículos 255° y 256° del NCPP.

La provisionalidad como principio de la prisión preventiva, tiene que ver con su naturaleza jurídica variable e instrumental sujeta a lo que en doctrina se conoce como el "*rebus sic stantibus*", por el que la vigencia de la medida cautelar se mantiene en la medida que se mantengan los presupuestos que se tomaron en cuenta para su adopción, caso contrario, si estos presupuestos varían, desaparecen o se desvirtúa la apariencia del derecho; la medida cautelar varía por

una de menor intensidad o declarando simplemente el cese de la prisión preventiva.

El auto de prisión preventiva es reformable por su naturaleza instrumental de medida cautelar, a pedido del Fiscal o del imputado. Sobre este punto es de observar que el inciso 2. del artículo 255° del NCPP señala: “Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aún de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo”. Entendiéndose que el auto de prisión preventiva puede ser variado o reformado incluso de oficio, lo que no se viene aplicando en la práctica judicial.

1.6. Presupuestos de la Prisión Preventiva

Los presupuestos de prisión preventiva están previstos en el artículo 268⁴ del NCPP; para su imposición debe acreditarse la existencia copulativa de los tres presupuestos materiales establecidos en la citada norma procesal, a los que deben adicionarse los presupuestos de proporcionalidad y provisionalidad de la prisión preventiva que han sido incorporados por la Casación Moquegua N° 626-2013.

El primer presupuesto conocido como el “*fumus boni iuris*” o apariencia del buen derecho, que para el tema de prisión preventiva se identifica con el “*fumus comissi delicti*” como apariencia delictiva, que es *conditio sine qua non*, al ser la base – plataforma que contiene la existencia de fundados y graves elementos de convicción sobre la existencia del delito, alto nivel o grado de probabilidad de su comisión y vinculación del imputado con el mismo en calidad de autor o partícipe; que en el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 se ha denominado “**sospecha fuerte o grave**”; el segundo presupuesto conocido como el “*periculum in mora*” o

⁴ “Artículo 268°.- Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
 b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
 c) Que el imputado, en razón a 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)”(Nuevo Código Procesal Penal).

peligro en la demora; que para la medida cautelar la identificamos como “*periculum libertatis*” o *peligrosismo procesal* que constituyen los riesgos relevantes, en sus vertientes peligro de fuga o peligro de obstaculización de la actividad probatoria; riesgos procesales que van a determinar finalmente con la aplicación del principio de proporcionalidad la dación de la medida cautelar; en el caso que se pruebe existencia del riesgo concreto que impida garantizar el fin y objetivo del proceso penal en lo que respecta a la averiguación de la verdad y culminación exitosa del proceso, evitando que el proceso se paralice por la inactividad originada por la conducta del imputado.

Se requiere también el presupuesto establecido en el inciso b. del artículo 268° del NCPP que la pena a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, debiendo realizar el Juez una prognosis de la pena que se podría aplicar al imputado, pena concreta tomando en cuenta los antecedentes del imputado y otras circunstancias.

En base al principio de jurisdiccionalidad, es el Juez de la Investigación Preparatoria el único que puede decretar prisión preventiva, a solicitud del Fiscal.

Respecto al primer presupuesto del “*fumus boni iuris*” o “*fumus comissi delicti*” se requiere para los delitos ordinarios el nivel de *sospecha grave*, que según el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116; es el más intenso que la sospecha suficiente, requerida para formular acusación y pasar al enjuiciamiento. La sospecha grave, entendida como alto grado de probabilidad respecto del sujeto que ha cometido el delito, que será condenado; y, la presencia de los elementos de punibilidad y perseguibilidad. La doctrina y jurisprudencia la identifican como una “*conditio sine qua non*” para que prospere y se mantenga esta medida de coerción personal.

Consideramos que la redacción prevista en el artículo 268° del NCPP es la correcta, no genera dudas ni problemática respecto a los estándares probatorios y tipo de sospecha fuerte o grave contenida en diversas sentencias casatorias; el término “*fundados y graves elementos de convicción*” en caso exista discrepancia y duda a nivel de la doctrina y casuística; ha sido definido y ratificado por el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116; con el de “***sospecha fuerte***” que es más

intensa que la “sospecha suficiente”; la primera considerada como alta o bastante grado de probabilidad de la existencia del delito y razonable grado de probabilidad sin llegar a certeza de la vinculación del imputado como autor o partícipe del mismo.

Los presupuestos materiales de la prisión preventiva deben ser evaluados de acuerdo a cada caso en concreto, en forma conjunta que acrediten la existencia del “*fumus comissi delicti*” o apariencia delictiva, a nivel del delito existente- grave y pena elevada; y, el “*periculum libertatis*” o peligrosismo procesal que constituyen los peligros o riesgos relevantes de la medida cautelar; que finalmente son los que van a legitimar constitucionalmente la adopción de dicha medida de coerción personal como el peligro de fuga u obstaculización probatoria.

1.7. De los riesgos o peligros procesales

En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha sostenido enfáticamente que la prisión preventiva es una medida de *última ratio*. Y eso es así, porque su naturaleza es excepcional, la regla general es que toda persona sea sometida a un proceso penal mediante el mandato de comparecencia simple o con restricciones; por lo que decretar mandato de prisión preventiva requiere la emisión de resolución judicial altamente motivada y razonada al restringir el derecho fundamental de la libertad individual que es garantizado por la nuestra Constitución.

Los peligros o riesgos procesales se encuentran dentro del *periculum in mora* (*peligrosismos procesales*) en sus vertientes peligro de fuga o peligro de obstaculización probatoria previstos en los artículos 269° y 270° del NCPP. Existen diversas ejecutorias y casaciones supremas emitidas por los órganos jurisdiccionales, en los que se han desarrollado criterios jurisprudenciales sobre aplicación de la medida restrictiva de prisión preventiva, así el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, estableció una diferenciación en el tratamiento de la prisión preventiva para los delitos comunes u ordinarios; y, para los delitos complejos o extraordinarios reprimidos y sancionados con alta penalidad como las

organizaciones criminales. Que, para los delitos ordinarios la exigencia en cuanto a la acreditación del peligrosismo procesal o *periculum libertatis* para medir los riesgos o peligros de fuga u obstaculización probatoria requieren la *sospecha fuerte*; sin embargo, para los delitos complejos o extraordinarios, sancionados con penas altas no es exigible la *sospecha fuerte*, sino *sospecha suficiente*.

Esta decisión debe basarse en hechos concretos y reveladores, informes idóneos y racionales que logren convencer al Juez Penal de la investigación preparatoria, sobre la alta probabilidad sin llegar a certeza de la comisión del delito y la vinculación del imputado con el mismo en calidad de autor o partícipe. En tales casos, la resolución debe estar altamente sustentada y motivada en fundamentos y sobre todo justificación, al analizar cada caso en concreto, el conjunto de circunstancias aparejadas a los primeros recaudos de la investigación; valoradas de acuerdo a máximas de experiencia; y, del normal sentido común, conforme se afirma en el fundamento 24 del Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116.

Si bien el derecho a la libertad individual y los derechos que ella involucra son derechos fundamentales inherentes a toda persona que gozan de protección constitucional, no constituyen derechos absolutos e ilimitados, pueden ser restringidos al inclinarse por la protección de otros deberes del Estado igualmente reconocidos constitucionalmente; como defender la soberanía nacional, la defensa de los Derechos Humanos, seguridad jurídica de la población y bienestar general alcanzando justicia por la consecución de los fines del proceso penal y averiguación de la verdad entre otros.

Sobre los riesgos procesales del peligro de fuga u obstaculización probatoria:

“ Una lectura del art.268 demuestra que los riesgos que pretende evitar el NCPP son el peligro de fuga y el peligro de obstaculización probatoria, los mismos que deben ser valorados siempre desde la perspectiva de las conductas atribuibles al imputado. El NCPP regula presupuestos que responden a una estricta naturaleza cautelar, y no criterios vinculados a la alarma social, a la satisfacción de demandas sociales de seguridad, ni a la prevención de futuros delitos. (...) Además, es un acierto del legislador la regulación de criterios específicos para valorar el peligro de fuga (art.269) y el peligro de obstaculización (art.270). Se pretende resolver una costumbre de viejo cuño en nuestra jurisprudencia, que suele sustentar la aplicación de la prisión preventiva en razones escasas

y mediante autos cuya motivación es realmente insuficiente. Estas normas no establecen criterios tasados, cuya concurrencia conduzca a presumir el peligro procesal, sino que se limita a señalar una serie de pautas que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente, para determinar su existencia en el caso concreto. No cabe una interpretación automática del Juez de ninguno de los elementos contenidos en ellos, debiendo analizar su incidencia real y práctica, y motivando su decisión” (Del Río Labarthe 2008:47).

Los riesgos procesales de peligro de fuga u obstaculización probatoria son indicadores o circunstancias procesales que deben estar presentes en la conducta del imputado; los que van a precisar, indicar y complementar los demás presupuestos materiales de prisión preventiva, establecidos por el artículo 268° del NCPP, la falta de alguno de estos presupuestos invalida la aplicación de la medida de coerción procesal penal y se tornaría en una decisión arbitraria. Solo en la medida que se haya verificado la existencia objetiva y concreta de estos presupuestos e indicadores; y sobre todo su justificación se puede avanzar en el proceso de análisis y valoración para decretar y amparar el pedido realizado por el Fiscal, que vienen a ser los indicadores, supuestos o enunciados referenciales previstos en los artículos 269° y 270° del NCPP.

El peligrosismo procesal constituye el elemento más importante para decretar prisión preventiva; sobre el cual apostamos por la adopción de la Teoría del Riesgo al momento de valorar, analizar y conceder la medida de coerción personal.

1.7.1. Del riesgo o peligro procesal de fuga

Para la calificación del riesgo o peligro de fuga, el Juez deberá tener en cuenta entre otros, cinco indicadores previstos en el artículo 269° del NCPP considerados referenciales y no taxativos:

“Artículo 269.- Peligro de fuga

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y

- las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.
 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas” (Nuevo Código Procesal Penal).

El riesgo de fuga constituye elemento importante para decretar prisión preventiva; ya que la fuga o ausencia del imputado, frustraría la realización plena de tutela jurisdiccional; se impediría cumplir los fines del proceso penal; y que se llegue a la averiguación de la verdad para alcanzar justicia. Este riesgo de fuga deberá valorarse en forma individualizada, de acuerdo a cada caso en concreto; y en forma conjunta con el *fumus boni iuris*, las características, gravedad y pena conminada del delito y las demás circunstancias de antecedentes y personalidad del imputado.

Puede presentarse el caso que conjuntamente con el riesgo de fuga esté presente también el riesgo de obstaculización probatoria, regulado por el artículo 270° de NCPP en sus tres supuestos; es decir, pueden encontrarse en la conducta del imputado los dos riesgos procesales: de fuga y obstaculización probatoria o uno de ellos; y , en ambos supuestos de cumplirse los requisitos establecidos en la norma se podría decretar la prisión preventiva.

Estos dos peligros procesales son componentes del *perigosismo procesal* y brindan contenido a la “Teoría del Riesgo en la Prisión Preventiva” presentada en la presente tesis, indicadores no taxativos que deben valorarse según el nivel o baremo de *sospecha fuerte*; al momento de resolver los pedidos de prisión preventiva realizados por el Fiscal de la Investigación Preparatoria ante el Juez Penal. Teniendo en consideración que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme lo establece el artículo 1° de la Constitución Política del Perú; siendo la libertad personal un valor preciado que es garantizado como derecho de primera generación en la Constitución; se debe tener especial cuidado al momento de

resolver un pedido de coerción personal, cuya naturaleza cautelar es excepcional, sin embargo, su adopción está garantizada por el sistema constitucional interno y por el bloque de convencionalidad a nivel externo.

La medida de prisión preventiva es radical, intensa y excepcional al recaer directamente sobre el imputado privándolo fulminantemente de su derecho a la libertad cuando aún no existe sentencia condenatoria en su contra, esa es la razón de su excepcionalidad al momento de aplicarla. En esa etapa de evaluación del requerimiento de prisión preventiva debe adoptarse la Teoría del Riesgo propuesta.

Resulta necesario que el Juez Penal identifique hechos, datos que fundamenten el riesgo de fuga; existencia mediante revelación de alta probabilidad, sinónimo de *sospecha fuerte*; lo que de ninguna forma implica convencimiento total, cabal o certeza de los hechos en que se basa el riesgo o peligro procesal de fuga; al momento de valorar y resolver la pretensión cautelar.

Para la valoración; en principio, se debe contar con información sustancial, racional, idónea y suficiente sobre la existencia de un hecho que constituya delito, del denominado *fumus delicti comissi*, de *sospecha fuerte*; absolutamente necesaria en el trámite del pedido cautelar por parte del Fiscal.

Debe precisarse, asimismo, que la sospecha fuerte del *fumus delicti comissi* y gravedad del delito; no resultan suficientes para decretar prisión preventiva contra el imputado; lo relevante, es que se acredite objetivamente la existencia de alto grado de probabilidad de circunstancias o indicadores que concreten los *riesgos procesales*, previstos en los artículos 269° y 270° del NCPP que denominamos “Teoría del Riesgo”.

Así, se afirma: “Al hablarse de “peligro” de fuga, se está haciendo 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 o bien se vaya sustraer de la pena que se le podría imponer” (Llobet 2016:193). En tal sentido, el riesgo de fuga, es un presupuesto crucial e importante, estando a que la fuga del imputado frustraría los fines del proceso penal; la calificación del riesgo de fuga debe tener en cuenta los tres tipos de arraigo: familiar, profesional y social, sus

conexiones internacionales, el nivel económico para abandonar el país o mantenerse oculto; la prognosis de la pena a imponerse, hecho que constituye una máxima de la experiencia que causa temor al imputado, impulsando la huida; así también, la magnitud del daño causado y ausencia de voluntad de repararlo, su comportamiento en el proceso o en otro anterior y la pertenencia o su reintegración a una organización criminal.

En el Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116, sobre Prisión Preventiva, llevado a cabo el 10 de setiembre del 2019, el Fundamento 42 trató sobre el riesgo procesal de fuga; sosteniéndose lo siguiente:

“42.° La ley sitúa estas circunstancias como pertinentes para colegir razonablemente el peligro de fuga, bajo tres linamientos: (i) que se invoquen como tales, como justificativas del peligro; (ii) que se acrediten desde una sospecha fuerte, que no necesariamente debe ser urgente, pero a la vez los medios de investigación o de prueba adjuntados indiquen cómo así el imputado podrá eludir la acción de la justicia, que tenga la oportunidad de hacerlo -sin explicación de esto último, tampoco se podrá justificar la existencia del riesgo [NIEVA FENOLL, JORDI: *Obra citada*, p. 286]-; y, (iii) que las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga -no hace falta, desde luego, que si la sospecha fuerte respecto de la imputación y del riesgo de fuga constan en la causa, se requiera además que el imputado intente de veras escaparse; solo se requiere que exista el riesgo razonable de que pueda hacerlo-.

Cabe resaltar que en el pronóstico de peligro de fuga deben ponderarse todas las circunstancias a favor y en contra de la huida, y evitarse meras presunciones. Los hechos o datos en los que se basa este peligro -las situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal-únicamente deben configurarse con una probabilidad que se corresponda con la *sospecha fuerte*: no se requiere un convencimiento cabal acerca de la verdad de los hechos en los que tal peligro se basa [conforme: VOLK, KLAUS: *Obra citada*, p. 113]. Así, por ejemplo, si el delito tiene previsto una pena elevada, que excede con creces el mínimo legalmente previsto, pero es un extranjero y carece de residencia legal en el país, cabría dictar mandato de prisión preventiva; igualmente, en delitos similares e integración en una organización criminal con contactos en el extranjero, por su propia dinámica delictiva, por sus contactos personales en esos países -v.gr.: lugar desde donde se proporciona la droga y/o se tiene los contactos-, es razonable estimar el persistente riesgo de fuga, aun cuando tenga arraigo social en el país (confróntese: STCE / 145/2001, de 18 de junio). Empero, como acotó la STEDH Stogmuller vs. Austria, de 10 de noviembre de 1969, párr. 88, es claro que la simple posibilidad o

facilidad que tiene el imputado para pasar la frontera, no implica peligro de fuga; se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgos de la fuga, le parecerán un mal menor que la continuidad del encarcelamiento” (Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116 del 10.09.2019).

Al respecto, el Juez al momento de valorar y analizar la existencia del peligro o riesgo de fuga, no solo debe limitarse al *criterio abstracto* (gravedad de la pena a imponerse dentro del proceso penal), requiere también del *criterio concreto* (valoración de circunstancias personales y sociales del imputado); ya que el delito puede sancionarse con pena elevada, pero si está acreditado que el imputado cuenta con domicilio fijo y conocido, no es automática su imposición porque el riesgo de fuga, se ha desvirtuado, disipado o alejado; asimismo, la falta o inexistencia del arraigo en cualquiera de sus tipos, no autoriza o faculta la imposición de prisión preventiva, toda vez que no puede ser valorada en forma aislada o independiente, sino conjuntamente con otras circunstancias específicas y constitutivas que razonablemente sustenten el riesgo o peligro de fuga.

Este riesgo de fuga se presenta con mayor énfasis en los delitos de criminalidad organizada, por las características personales del imputado, que podría tener conexiones internacionales, que cuenten con basta capacidad de organización y acción a nivel nacional o internacional, que le permitan sustraerlo de la acción de la justicia. Así también, los que tienen condición de prófugos, registran antecedentes, o que hayan protagonizado huida o intento de fuga, que hayan sido considerados contumaces al no cumplir con asistir a los llamamientos fiscales o judiciales; no devolver el dinero o bienes presuntamente apropiados; supuestos concretos que revelan razonablemente falta de arraigo.

Supuesto contrario es la situación personal del imputado que cuenta con arraigo, que tiene consolidada su situación familiar, laboral, económica de bienes propios, que cuenta con domicilio conocido y estable, carece de antecedentes; datos que disminuyen evidentemente el riesgo de fuga. También existen factores fijados en la ley, como la avanzada edad o salud del imputado, o su nacionalidad.

El factor tiempo es relevante, los requisitos exigidos al inicio de la investigación son diferentes a los exigidos para mantener la medida restrictiva de libertad. Resulta evidente que al inicio se brinde mayor peso a los datos o hechos, porque existe carencia o escasez de medios o datos característicos de circunstancias concretas y objetivas sobre los hechos, el delito y su gravedad; por ende, el transcurso del tiempo exige que la ponderación sea más intensa, individualizando las circunstancias personales del imputado privado de su libertad y de las circunstancias del caso concreto a fin de ratificar o cesar la prisión preventiva.

Sobre el peligro de fuga en el Código de 1996 de Costa Rica se señala:

“A diferencia de la legislación anterior, el Código de 1996 da una serie de parámetros sobre aspectos que deben analizarse al momento de decidirse sobre la existencia de un peligro de fuga. Así menciona: a) arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; b) la pena que podría llegar a imponerse en el caso; c) la magnitud del daño causado; d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Dicha enumeración, sin embargo, no tiene un carácter taxativo, sino enumerativo” (Llobet 2016:193).

La normatividad prevista en el Código Procesal Penal de Costa Rica para la calificación del riesgo de fuga es similar a la del NCPP de nuestro país, razón por la que existe abundante doctrina respecto del tratamiento del riesgo de fuga, el que no debe considerarse como un presupuesto de la prisión preventiva; sino de indicadores, circunstancias en la conducta del imputado que hacen presumir alta probabilidad de este riesgo; así la Resolución Administrativa N° 325-2011 del Poder Judicial la calificó como tipologías referenciales conjuntamente con el riesgo de obstaculización probatoria.

En el riesgo de fuga, se examina la alta probabilidad que el imputado al gozar de libertad impida se cumplan los fines del proceso, evite ser juzgado o se sustraiga a la pena que eventualmente se vaya a imponer. El peligro de fuga, es el indicador o circunstancia con mayor peso para decretar la prisión preventiva

contra el imputado, ello porque su ausencia frustraría absolutamente la realización del juicio, llegar a cumplir el fin del proceso sobre averiguación de la verdad y eventual imposición de la pena. La sustracción o ausencia del imputado obstaculiza concretamente la realización del proceso; por ende la prisión preventiva se sustenta excepcionalmente para impedir la fuga del imputado.

Respecto al tratamiento de la prisión preventiva, en los casos de delitos graves y conductas vinculadas a criminalidad organizada sancionadas con penas elevadas; según el Acuerdo Plenario N°01-2019- /CIJ-116; se requiere la presencia del peligrosismo procesal; sin exigir el baremo de sospecha fuerte, sino de *sospecha suficiente*; que constituye un grado inferior.

Según Asencio Mellado, citado en el Fundamento 46 del Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116:

“46.° El nuevo inciso 5) del artículo 269 del Código Procesal Penal, según la Ley 30076, de 19 de agosto de 2013, consideró como una situación específica constitutiva del referido riesgo *“La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas”*. Al respecto, es de tener en cuenta, primero, que la existencia y la adscripción o reintegración del imputado a una organización criminal ha de estar acreditada a nivel de sospecha fuerte, y según lo indicado en el Fundamento de Derecho Cuarto respecto a sus exigencias típicas -contundencia de un dato objetivo inicial, de un delito grave- (*la Sentencia Casatoria Vinculante 626- 2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 58vo., exigió que se verifiquen sus componentes*). Segundo, que si bien lo criminológicamente aceptado es que, por lo general, se da este peligro debido a las facilidades que se tienen por parte de la delincuencia organizada para favorecer la impunidad de sus miembros y que no necesariamente se requiere de una actuación propia del imputado para huir u ocultarse y, también, para obstaculizar la actividad probatoria -que, como dice la STCE 145/2001, de 18 de junio de 2001, unidas a otros datos concurrentes, se sobreponen al arraigo familiar y su compromiso de no eludir la acción de la justicia, ello en modo alguno importa asumirlo como una presunción contra reo. Tercero, que no solo es de analizar la concreta conducta riesgosa que se le atribuye, sino que su acreditación, dado lo anterior, requiere por lo menos el nivel de una sospecha suficiente, en función a la pena esperada, a sus características personales, a sus contactos con el exterior, etcétera; ésta no puede funcionar como dato autónomo y suficiente en sí misma.

°El profesor ASECIO MELLADO indicó, sobre este punto, primero, que el precepto en cuestión no autoriza la prisión preventiva por el mero hecho de estar el imputado integrado en una organización criminal; y, segundo, que es una regla ciertamente excepcional de aplicación

restringida, y solo opera en los casos en los que, perteneciendo el imputado a una organización criminal o concurriendo la posibilidad de su reintegración en la misma, a su vez, sea la propia agrupación delictiva la que puede proporcionar los medios para facilitar la fuga del imputado al proceso o, incluso, la obstaculización de la investigación [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Obra citada, p. 832]” (Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116 del 10.09.2019).

La figura de prisión preventiva sustentada por la existencia de alta probabilidad del peligro de fuga debe impedir su aplicación automática u obligatoria en determinados delitos sancionados con penas graves, ya que debe ser valorado conjuntamente con otros medios y circunstancias y de acuerdo a cada caso en concreto. Asimismo, no puede decretarse automáticamente prisión preventiva, por el solo hecho de la gravedad del delito, sin la existencia de riesgo de fuga; ello conllevaría a utilizarla con el solo propósito de calmar la alarma social, inseguridad ciudadana originada por los medios de comunicación que conceden abundante publicidad a hechos sociales de la población; o para evitar la comisión de hechos delictuosos sustentados en la peligrosidad de los agentes; lo que constituyen supuestos eminentemente subjetivos si se tiene en consideración que se proyectan a hechos no concretos o hechos futuros; por ende eventualmente indemostrables distorsionándose el ámbito constitucional que ampara el derecho a la presunción de inocencia y excepcionalidad de la medida restrictiva.

La medida coercitiva de libertad personal contra el imputado, debe realizarse en forma excepcional, ya que no es la regla general, debe acreditarse objetivamente en principio la existencia de alto grado de probabilidad, sospecha fuerte para algunos y sospecha suficiente para otros delitos; para todos finalmente que se concrete el riesgo de fuga (*periculum libertatis*) en la conducta del imputado sometido a un proceso penal; existencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*; así como límite de la pena. Esta medida deberá ser concedida previo análisis y valoración mediante la adopción de la “Teoría del Riesgo” que permita verificar en primer término la existencia y cumplimiento de los presupuestos de la medida cautelar; y finalmente lo que va decidir su concesión será la existencia de los indicadores y circunstancias de riesgo de fuga u

obstaculización probatoria en la conducta del imputado; respetándose los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida que demuestren válidamente que existe necesidad de imponerse la prisión preventiva, para los fines del proceso penal.

1.7.2. Del riesgo o peligro procesal de obstaculización probatoria

Este presupuesto está comprendido dentro del peligrosismo procesal (*periculum libertatis*) previsto en el inc c) de artículo 268° del NCPP; así como identificado en los indicadores o tipologías referenciales no taxativas del artículo 270° de la norma procesal penal :

“Artículo 270 Peligro de obstaculización.-

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos”(Nuevo Código Procesal Penal).

El riesgo procesal de obstaculización probatoria o entorpecimiento de la verdad, es menos intenso que el riesgo o peligro de fuga del imputado, de difícil sustentación al tratarse de hechos que van a acontecer en el futuro. Es necesario para su calificación tener que valorar los antecedentes del imputado así como otras circunstancias que se presenten de acuerdo al caso concreto; no es posible que sea sustentado en meras suposiciones y conjeturas de índole subjetivo, se requerirán fundados datos relevantes y objetivos; su razón de ser deviene en prevenir o evitar que la libertad del imputado sea utilizada de mala fe o dolosamente para obstaculizar la actividad probatoria de la investigación, evitando el avance del proceso penal para llegar a la averiguación de la verdad.

Esta obstaculización probatoria en la conducta del imputado, consiste en inducir a otros a fin que declaren en contra de la verdad, realicen comportamientos desleales o reticentes; este riesgo procesal puede ser confundido con la comisión del delito de obstrucción a la justicia; sin embargo, consideramos que este peligro o riesgo procesal de obstaculización probatoria no constituye un presupuesto o fundamento relevante para decretar medida restrictiva de libertad contra el imputado dentro de una investigación; ya que el aparato estatal para la investigación de delitos está dotado de eficaces mecanismos procesales legales como los establecidos en el artículo 242° del NCPP que regulan la actuación anticipada de la prueba, en casos de declaraciones testimoniales, o la realización del examen de peritos con urgencia; así como el careo entre las personas que ya han declarado, reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones. Por ende, no existe criterio igualitario para privar a un imputado de su libertad; cuando el sistema procesal penal cuenta con medios y técnicas de investigación efectivas para ganar en posición al imputado en la investigación del caso y lograr con ello eficientemente la averiguación de la verdad y los fines del proceso penal. Aunado a ello, no resulta de acuerdo al principio de proporcionalidad que la inoperatividad y falta de eficacia del aparato estatal tenga que trasladar el éxito de la investigación a costa de la libertad del imputado; salvo claro está, en los casos de criminalidad organizada, e ilícitos complejos que desbordan la eficacia del Estado para en forma oportuna realizar las medidas de investigación anticipadas que plantea el NCPP. En tales casos, si es posible valorar como *ultima ratio* la prisión preventiva sustentada en riesgo procesal de obstaculización probatoria, al acreditarse objetivamente la existencia de sospecha fuerte respecto a la conexión del imputado con la criminalidad organizada, contándose con pruebas suficientes y relevantes que encuentran activa su vinculación, movimiento y conexiones.

No es suficiente afirmar que existe riesgo procesal de obstaculización probatoria, es imprescindible contar con hechos, elementos y circunstancias que permitan al Juez concluir que el imputado efectivamente cuenta con la capacidad y aptitud de verdaderamente influir en la integridad y hallazgo de pruebas:

“ La necesidad de garantizar la investigación de los hechos a instituye un presupuesto estrictamente cautelar, instrumental del proceso y constitucionalmente aceptado. Debe repetirse lo dicho al comentar el anterior presupuesto, de modo que la apreciación de las circunstancias establecidas en el art. 270 ha de hacerse con referencia siempre al caso concreto, sin que sean asumibles presunciones generales basadas en la naturaleza del delito o en las circunstancias genéricas del imputado.

Ha de diferenciarse en este caso entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir *una capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba*, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta.

En el caso de los elementos de prueba personales habrá que apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso.

Cuando de pruebas materiales se trate, el análisis judicial no ha de diferir mucho del anterior, y sólo será procedente acordar la prisión provisional cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos. Es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo, lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso cuando se haya practicado en pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse” (Asencio 2016: 829-830).

Para Asencio Mellado, no resulta suficiente la mera amenaza del imputado para decretar en su contra prisión preventiva, lo que se debe probar es la existencia de mecanismos idóneos y eficaces en la conducta y aptitud del imputado, de tal magnitud y fuerza que permitan colegir que influirá directamente o indirectamente a través de terceros en personajes que necesariamente van a declarar o van a emitir informes dentro del proceso penal.

Asimismo, sobre el riesgo concreto de obstaculización probatoria, Llobet Rodríguez, Javier sostiene:

“La causal de prisión preventiva basada en el peligro de obstaculización es una causal de mucho menor importancia que el peligro de fuga, debiendo hacerse uso de ella de manera excepcional,

ya que muchas veces la prisión preventiva con base en el peligro de obstaculización no es adecuada para evitar la falsificación de la prueba, debido a que ésta puede ser llevada por personas ligadas al imputado, por ejemplo, sus familiares, cómplices, etc. (...).El Código de 1996, al regular el peligro de obstaculización, a diferencia de lo que dispone sobre el peligro de fuga, no hace una enumeración de supuestos a considerar al valorar la existencia del peligro de obstaculización, sino más bien lo que enumera son diversos actos de obstaculización que podría emprender el imputado, los que son mencionados en sentido enumerativo y no taxativo” (Llobet 2016:203-204).

El riesgo procesal del peligro de obstaculización, según la doctrina latinoamericana es de menor frecuencia o importancia que el riesgo procesal de fuga, su regulación como afirma Llobet es diferente, ya que en el caso de riesgo de obstaculización la norma adjetiva nos presenta una lista de actos o conductas que podrían ser realizadas por el imputado, que de concretarse frustrarían los fines del proceso penal, es una relación de actos que pudieran concretarse a futuro, no que ya se hayan concretado, porque en tal caso carecería de objeto la imposición de prisión preventiva; no obstante, la relación de supuestos aludidos no es cerrada, en tanto que pueden presentarse otros actos no contemplados en la norma pero que igual pueden representar peligro de obstaculización probatoria; caso contrario a lo que sucede con el riesgo de fuga, en que el legislador establece una serie de *supuestos o indicadores* en la conducta del imputado, pero que igualmente no es cerrado, pueden adecuarse otros supuestos de riesgo de fuga.

Para calificar el peligro de obstaculización, según el artículo 270° del NCPP se requiere la existencia de “*riesgo razonable*” respecto que el imputado: “1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; y ,3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. Este riesgo procesal que sirve de sustento para la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva, tiene su razón de ser estrictamente en el ámbito procesal; con la limitación de libertad del imputado, se pretende garantizar que el proceso penal cumpla sus objetivos y fines cual es la averiguación de la verdad.

Al respecto, cabe remitirnos a lo señalado en el inciso c) del artículo 253° del NCPP, que establece entre otras razones para la restricción de un derecho fundamental como la libertad personal del imputado: “evitar el peligro de reiteración delictiva”; lo que doctrinariamente viene siendo rechazado a nivel nacional y de latinoamérica; ya que ello constituye una medida de prevención especial que no guarda relación con el carácter eminentemente procesal de la prisión preventiva, sino con fines para la pena, que implica la victoria del interés general de la comunidad en prevención de reiteración delictiva, frente a la libertad del imputado; lo que evidentemente colisiona y desnaturaliza el principio de proporcionalidad de tal medida, que garantiza su razón de ser en la función protectora del imputado frente al poder del Estado, legitimándose ilegalmente una pena anticipada en su contra.

En el Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116, sobre Prisión Preventiva, en el Fundamento 49 se abordó sobre el riesgo procesal de obstaculización probatoria; que obedece a razones concretas a futuro, que el imputado pueda frustrar e impedir la realización de la prueba en el proceso penal, y no por necesidades de investigación que devienen en abstractas y subjetivas, afirmándose:

“49.° Debe analizarse la persona, el comportamiento, las relaciones, las condiciones de vida del imputado, todo en relación con el caso concreto y el interés o posibilidad que tenga el imputado de obstaculizar la prueba [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Obra citada*, p. 402], No es legítimo invocar las “necesidades de la investigación” de manera general y abstracta; dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la libertad del acusado [Informe CIDH 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 34]. Se ha de valorar y concluir, por parte del imputado, una capacidad y aptitud de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de convicción, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta [conforme: ASECIO MELLADO, JOSÉ MARIA: *Obra citada*, p. 829].

...Se trata de garantizar lo que la doctrina denomina “protección pasiva” de las fuentes de investigación o de prueba y del proceso, dirigida a obtener la abstención del imputado respecto de determinadas conductas consideradas legalmente como determinantes para afectar la actividad de investigación y de prueba [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *Obra citada*, p. 221]” (Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116 del 10.09.2019).

Se afirma que el riesgo procesal de obstaculización probatoria o entorpecimiento de la verdad no colisiona con el derecho de defensa del imputado, por el contrario, se pretende evitar riesgos de comisión ilícita del imputado o terceros que disipen o neutralicen su evidente y concreta intención para suprimir o destruir pruebas, así como falsearlas; en forma directa o por medio de terceros; y frenar la capacidad de influencia razonada del imputado sobre coimputados, testigos, agraviados o peritos.

El peligro de obstaculización se encuentra dentro de la denominada “*protección pasiva*”, así se afirma: “Estamos frente a lo que la doctrina denomina “protección pasiva” de las fuentes de prueba y del proceso, dirigida a obtener la abstención del imputado respecto de esas posibles conductas (vgr. evitar que se destruya huellas del delito, que altere documentación que pueda relacionarle con el hecho ilícito, o que se concierte con terceros o los intimide para que no declaren la verdad sobre los hechos o en su contra, etc)” (Del Rio Labarthe 2016:221-222).

Según el Fundamento 505 del citado Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116, son dos los fines que presigue este riesgo procesal: el *primero* tiene que ver con la inocencia o culpabilidad del imputado; y el *segundo* que exista peligro concreto

⁵ “50.° En suma, son dos los fines a los que se supedita este riesgo: (i) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal, esto es, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, lo que excluye las fuentes de prueba tendentes a acreditar las responsabilidades civiles; y, (ii) que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de investigación o de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados, peritos o quienes pudieran serlo [GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Penal, 1ra. Edición, Editorial Civitas, 2012, Pamplona, p. 632], El imputado ha de tener una auténtica capacidad para, por sí solo o por medios de terceros, influir en las actividades tendentes a menoscabar las fuentes-medios de investigación o de prueba; y, además, desde la garantía de presunción de inocencia, están excluidos como condiciones determinantes del peligro de obstaculización los actos derivados del ejercicio del derecho de defensa del imputado o como respuesta a su falta, colaboración en la investigación [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, Obra citada p. 212].

..La Fiscalía debe aportar datos acerca de la existencia real del riesgo de obstaculización, y para tal fin aun cuando venga identificado con un pronóstico de futuro, que como tal es relativamente incierto, debe resultar real y no meramente presunto. Los grados de peligro objetivo y de peligrosidad subjetiva deben ser medidos por el juez *ex ante* y debe constar ante él los datos fácticos que evidencian la existencia real del riesgo de obstaculización (STCE 62/2005, de 14 de marzo)” (Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116 del 10.09.2019).

y fundado de actividad ilícita en el ámbito del acción del imputado como de terceros vinculados; para influir sobre personajes directamente relacionados con la investigación, que pueden ser co imputaos, agraviados, testigos y peritos. En tal sentido no puede ser sustento de la medida restrictiva asegurar una responsabilidad civil. La doctrina en forma unánime sostiene que el riesgo procesal de obstaculización probatoria afecta a la garantía de presunción de inocencia, que se relaciona con el ejercicio de su derecho de defensa, el guardar silencio o falta de colaboración en la investigación; y que las deficiencias en el avance del proceso penal por diversos motivos no pueden ser trasladados para restringir el derecho a libertad del imputado. Existe en el Estado un aparato jurisdiccional, que debe cumplir sus funciones con diligencia y celeridad, así la Fiscalía es el ente que está en la obligación de ingresar válidamente al proceso las pruebas, indicadores, indicios o circunstancias que acrediten con alto grado de fundadibilidad el inminente riesgo de obstaculización a nivel procesal, si bien es cierto es una tarea difícil y complicada porque el Juez debe realizar una prognosis a futuro de la concreción de dicho riesgo, su aplicación tiene un alto nivel de subjetividad; sin embargo, se requiere de hechos o circunstancias concretas y no meras presunciones .

Este peligro o riesgo pocosal de obstaculización de averiguación de la verdad en su extensión temporal es menor que el riesgo de fuga, ya que se presenta al inicio de la investigación; pero que fácilmente puede ser controlado o neutralizado mediante la actuación de pruebas anticipadas, que frenarían las actividades fraudulentas e ilícitas del imputado para impedir que se llegue a la verdad de los hechos en la investigación penal. Asimismo, este peligro o riesgo procesal exige acreditar en forma grave y reveladora que el imputado efectivamente cuenta con una auténtica capacidad en forma directa o por medio de terceros para influir las actividades dirigidas a menoscabar las fuentes y/o medios de investigación así como las pruebas; aptitudes ilícitas o fraudulentas del imputado que pueden ser neutralizadas con la concesión de prisión preventiva.

En el Fundamento 52⁶ del Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116, sobre el riesgo de obstaculización; se afirma que este riesgo procesal es factible que disminuya, desaparezca o se debilite mediante la confesión del imputado o de sus colaboradores, igualmente este riesgo no puede ser amparado o sostenido cuando haya culminado la etapa de investigación preparatoria, se hayan llevado a cabo las pruebas requeridas; o, se haya cumplido con suficiencia el interrogatorio a terceros y demás sujetos necesarios; así como también en el supuesto que los medios de prueba ya no corren peligro de destrucción, falsificación o alteración, por haber sido asegurados debidamente; y no exista forma que se tenga conocimiento de ellos para su manipulación por parte del imputado o terceros vinculados.

Es necesario que el riesgo procesal de obstaculización probatoria se funde en circunstancias graves, sospecha grave o fuerte; que es una perspectiva a futuro que el Juez deberá construir, cuidar de no tener únicamente el elemento objetivo al valorar los hechos fácticos de la comisión delictiva; sino el elemento objetivo para motivar, explicar y justificar en qué forma, modo y circunstancias se podría concretar dicho riesgo que impida el cumplimiento de los fines del proceso penal y llegar a la averiguación de la verdad.

1.8. La Teoría del Riesgo en la Prisión Preventiva

El derecho a la libertad personal y garantía de presunción de inocencia de una persona que aún no cuenta con sentencia firme en su contra, son derechos

⁶ “52.° Es claro, por lo demás, que este peligro, nunca afirmado de manera general y abstracta, se debilita, disminuye o desaparece (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio -la STEDEH caso Muller vs. Francia, de 17 de marzo de 1997, señaló que a partir de la culminación de la investigación preparatoria no era posible (en principio y según el caso concreto, como es obvio) estimar la existencia de riesgo para la obtención de pruebas del caso -; (ii) en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas (SSTEDE1 caso Letelier vs. Francia, de 26 de junio de 1991, párr. 39; y, caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 95); o (iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente [Informa CIDH 2/97, párr35].

Además, como apunta KÜHNE, éste peligro pierde su razón de ser (iv) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba inculpativa que se podía falsear ya ha sido alterada [Llobet RODRÍGUEZ, JAVIER: Obra citada, p. 402], o cuando no tiene conocimientos ni medios para manipularlos” (Acuerdo Plenario N° 01-2019-CIJ-116 del 10.09.2019).

reconocidos por la Constitución y Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú; sin embargo, no son absolutos, se encuentran sujetos a posibles limitaciones, restricciones o intervenciones que legalmente son admitidas con la finalidad de garantizar y tutelar otros derechos constitucionalmente relevantes.

La medida cautelar de prisión preventiva, resulta de aplicación excepcional para los fines del proceso, decretándose ante la existencia conjunta de tres presupuestos establecidos en el artículo 268° del NCPP, así como el principio de proporcionalidad, en caso sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto; luego de valorar si es preponderante su aplicación para el cumplimiento de otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados; entre ellos la justicia y la seguridad de los habitantes.

La naturaleza jurídica de la institución procesal tiene relación directa con cuestiones dogmáticas de política criminal penal que se aplican en el campo procesal penal, ante la existencia del “*fumus comissi delicti*” apariencia delictiva sobre la imputación necesaria, juicio de atribución de una conducta fáctica típica, antijurídica y culpable, que pueda ser fácilmente equiparada dentro de un ilícito contenido en el Código Penal; que el injusto sea sancionado con una penalidad alta; y que existan los riesgos o peligros de fuga u obstaculización probatoria que componen el “*periculum libertatis*”.

Para la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva se debe acreditar la existencia del “*fumus comissi delicti*” o “*fumus boni iuris*” apariencia delictiva y apariencia del buen derecho, que constituye una *conditio sine qua non* en toda medida cautelar de restricción de libertad personal; sin embargo, no es suficiente para limitar la libertad personal, se requiere alta probabilidad del aforismo civil “*periculum in mora*”; que en derecho procesal penal es “*periculum libertatis*”; como el peligro en la demora de llegarse a la averiguación de la verdad y fines del proceso penal ante la alta probabilidad por sospecha grave o fuerte del riesgo de fuga u obstaculización probatoria del imputado sometido a una investigación penal; previstas en los numerales 268°, 269° y 270° del NCPP.

Existe reiterada doctrina y jurisprudencia que define al *periculosismo procesal* como elemento primordial y transcendental para definir la aplicación de una

medida cautelar excepcional restrictiva de libertad personal del imputado, dentro del marco de un proceso penal cuyo fin y objetivo persigue asegurar la presencia del imputado para los fines del proceso penal y averiguación de la verdad.

Los presupuestos materiales que van a definir la aplicación y concesión de esta medida son la presencia de elementos de convicción fundados y graves de la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; que acredite el "*fumus comissi delicti*" o "*fumus boni iuris*" apariencia del buen derecho; y, el "*periculum libertatis*" o peligrosismo procesal que es el elemento principal que va definir la concesión de la medida cautelar; por su naturaleza excepcional haciendo uso del principio de proporcionalidad; siendo la regla general que la investigación de un delito se lleve a cabo en libertad del imputado.

El artículo 269° del NCPP regula el riesgo de fuga y establece cinco supuestos o indicadores referenciales no taxativos que deberán ser valorados por el Juez para calificar este riesgo; que son: el arraigo, gravedad de la pena, magnitud del daño y voluntad de repararlo, comportamiento procesal y pertenencia a una organización criminal; por lo que el análisis en conjunto y no en forma independiente o excluyente debe ser profundo y siempre que resulte absolutamente necesario; por constituir la ultima ratio. La sola gravedad de la pena a imponerse no autoriza ni valida la decisión del Juez de conceder prisión preventiva contra el imputado, ello constituiría una decisión violatoria del principio de excepcionalidad y proporcionalidad de la medida; por el contrario, se debe valorar en forma conjunta y de acuerdo a cada caso en concreto las relaciones personales, vínculos familiares, laborales y seguridad del trabajo, el domicilio y sus cambios constantes de residencia o trabajo, salidas frecuentes del país y sobre todo si tiene acreditado regreso al país; antecedentes policiales y judiciales, utilización de nombres falsos, acreditación de enfermedades.

De igual forma, el artículo 270° del NCPP regula el peligro de obstaculización para calificar los indicadores, riesgos razonables que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, influirá en otras partes o testigos e inducirá a realizar tales comportamientos;

entendiéndose que pueden presentarse diferentes indicadores que permitan colegir la existencia de riesgos procesales (*periculum libertatis*) en la conducta del imputado.

El riesgo procesal de fuga es uno de los indicadores más frecuentes e importantes que comprende la “Teoría del Riesgo” el que debe ser analizado y valorado objetivamente antes de resolver el requerimiento de prisión preventiva; a fin de eventualmente declararla fundada o desestimarla. Este riesgo procesal de fuga, no puede sostenerse en criterios meramente subjetivos o abstractos, sino debe ser analizado de acuerdo a las realidades y circunstancias de cada caso en concreto; excluyéndose valoración positiva de aplicación coercitiva por el solo hecho de la gravedad del delito y de la pena conminada, ello sería desproporcional, y afectaría el principio de excepcionalidad y proporcionalidad de la medida; así como la garantía de presunción de inocencia que goza todo imputado, a quien aún no se le ha comprobado responsabilidad alguna. Por el contrario, para la concesión de la medida tan drástica y excepcional de restricción de libertad individual, se debe examinar conjuntamente al “*fumus boni iuris*” o apariencia del derecho; el “*periculum libertatis*” o peligro procesal en su vertiente riesgo o peligro de fuga u obstaculización probatoria.

“La Teoría del Riesgo” es un método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, que permitiría resolver la problemática sobre el incremento y desnaturalización de la prisión preventiva; tal como se aprecia en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública.

La Teoría del Riesgo está compuesta de dos presupuestos: *El fumus comissi delicti* y *el periculum libertatis*. Sobre el primero, se requiere existencia de sospecha fuerte de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; sobre el segundo, se requiere existencia de sospecha fuerte de acreditación concreta de datos, elementos o circunstancias objetivas de la causa que hagan colegir razonablemente con probabilidad alta, la capacidad

potencial del imputado para fugar u obstaculizar la actividad probatoria. Para ello, el Juez de la investigación preparatoria deberá realizar un razonamiento mediante reglas de lógica, ciencia y máximas de la experiencia que le permitan formar convicción que los indicios estén probados; indicios contingentes, plurales, concordantes y convergentes; sin conraindicios, para llegar a colegir razonablemente por el principio de proporcionalidad que el *periculum libertatis* se producirá; por ende la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para restringir el derecho de libertad personal que goza de protección constitucional.

Los dos presupuestos que componen la Teoría del Riesgo son inescindibles, se estructura sobre una base-plataforma o primer presupuesto material del *fumus comissi delicti* (información sustancial, racional, idónea y suficiente sobre la existencia de un hecho que constituya delito y que vincule al imputado); en el índice, baremo, grado o estándar de **sospecha fuerte**, aunado también a un componente procesal, toda vez que deben valorarse los indicios que acreditarían la presencia de tipicidad, punibilidad y perseguibilidad.

La sospecha fuerte del *fumus comissi delicti*; constituye una *condición sine quanon* para requerir prisión preventiva, entendida como la sospecha del más alto grado y anterior a la certeza que se declara en la sentencia más allá de toda duda razonable. Si bien este presupuesto se sustenta en temas de imputación necesaria o suficiente, respecto al tipo penal imputado; también contiene aspectos procesales respecto a la valoración de indicios o pruebas anticipadas en las que el operador jurídico deberá realizar una prognosis sobre aspectos del delito imputado y su relación con los elementos de prueba que vinculan al procesado como autor o partícipe del delito.

Sin embargo, la valoración del primer presupuesto es *preliminar*, toda vez que las cuestiones probatorias se actuarán en la etapa correspondiente del juicio y se confirmaran o desvirtuaran en la sentencia, por ello, el análisis aludido no tiene la misma intensidad que el requerido en una sentencia.

Con respecto al *fumus comissi delicti*; la Sentencia Plena Casatoria N°01-2017/CIJ-433, ha establecido como estándar o grado de convicción para dictar

mandato de prisión preventiva: sospecha grave, la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia. Este presupuesto material-procesal se basa en los indicios o elementos probatorios del caso en concreto, no pudiéndose valorar otros aspectos que se relacionen a otros casos anteriores en que estuviera investigado el imputado.

La *sospecha fuerte* del *periculum libertatis* constituye el elemento primordial y de mayor intensidad en su valoración por el Juez de la investigación preparatoria, su naturaleza esta circunscrita al campo eminentemente procesal penal en sus vertientes de peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria.

A diferencia del primer presupuesto, en el *periculum libertatis* en cualquiera de sus vertientes o en ambas, el Juez debe realizar un análisis profundo y completo respecto al índice, baremo, grado o estándar de sospecha fuerte. En este presupuesto procesal de naturaleza provisional y variable debe concluirse que efectivamente se encuentran acreditados los elementos materiales que hacen colegir al juzgador sobre la fehaciente potencialidad en la actitud del imputado de alta probabilidad que eludirá la justicia por fuga o entorpecerá la actividad probatoria.

Así la Teoría del Riesgo conformada por los dos presupuestos: *El fumus comissi delicti* y *el periculum libertatis*; y pena superior a 04 años de pena privativa de libertad, son copulativos conforme lo establece el artículo 268° de NCPP; norma procesal que no distingue primacía alguna de tal o cual presupuesto; sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido el baremo o estándar de *sospecha fuerte* para su tratamiento.

Esta Teoría concede al *periculum libertatis* mayor relevancia y análisis procesal para que conjuntamente con el principio de proporcionalidad que goza de garantía y respaldo constitucional, se determine si es idónea, necesaria y estrictamente proporcional la concesión de la media cautelar; al haberse acreditado que existe alta probabilidad por *sospecha fuerte* que el imputado incurrirá en cualquiera de las dos vertientes de los riesgos procesales.

Si bien la Teoría del Riesgo reúne a los dos presupuestos ya señalados, ambos son inescindibles, deben confluír en el pedido cautelar, su intensidad y equivalencia son diferentes; el primer presupuesto contiene *el fumus comissi delicti* formado en el campo sustantivo dogmático penal con relación a la teoría del delito, análisis de la culpabilidad por ende imputación suficiente que versa sobre tipicidad y perseguibilidad; aunado al campo procesal penal que requiere la valoración preliminar de los indicios suficientes y graves que vinculan al imputado como autor o partícipe del delito, sin ratificar o desvirtuarlos, ya que ello se ejecutará en la etapa del juicio y finalmente se determinará en la sentencia; lo que no es similar en el presupuesto del *peligrosismo procesal*, que requiere un análisis de mayor intensidad.

El análisis en la Teoría del Riesgo del segundo presupuesto *del periculum libertatis* es diferente, su valoración es total en el momento de la audiencia de prisión preventiva, no está permitido un razonamiento preliminar, ello sería arbitrario. Por la naturaleza instrumental y variable de la medida de coerción personal; debe necesariamente pronunciarse si los indicios o elementos de prueba alcanzan el grado de sospecha fuerte en ese momento; y si es así, corresponde una motivación cualificada de la medida.

Nuestra posición señala que el presupuesto del *peligrosismo procesal*, es el que debe definir si finalmente se va conceder la medida de coerción personal. Por ende, la Teoría del Riesgo pondrá énfasis en el presupuesto procesal del *periculum libertatis*, desarrollados en los artículos 269° y 270° de NCPP los que establecen referentes, criterios o tipologías para medir la presencia de peligros procesales - riesgos potenciales, que en caso de producirse evitarían continuar con el desarrollo del proceso penal y eventualmente la ejecución de la pena.

Con relación a la vertiente del peligro de fuga, el numeral 269° del NCPP prevé cinco criterios o elementos referenciales: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de

una actitud voluntaria del imputado para repararlo. 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas. Respecto al supuesto 3 formulamos nuestra disconformidad, considerando que pertenecen al ámbito de la responsabilidad civil, toda vez que la autoría y responsabilidad del daño causado se verá en la sentencia; y la “actitud voluntaria del imputado para repararlo” forzaría el reconocimiento del imputado a fin de reconocer “culpabilidad” lo que igualmente será determinado en el juicio – contradictorio y finalmente la sentencia.

La calificación del *peligro de fuga* debe tener en cuenta **tres tipos de arraigo**: *familiar, profesional y social*, sus conexiones internacionales, el nivel económico para abandonar el país o mantenerse oculto. El *peligro de fuga* es la vertiente más frecuente y recurrente para decretar prisión preventiva; ya que la fuga o ausencia del imputado, frustraría la realización plena de tutela jurisdiccional; impediría el cumplimiento de los fines del proceso penal; la averiguación de la verdad y alcanzar justicia. Teniendo en consideración que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución Política; esta vertiente debe ser analizada en base al principio de proporcionalidad, a fin de poder determinar si es idónea, necesaria y estrictamente proporcional.

A mayor existencia de elementos que acrediten el arraigo del imputado, existiría menor riesgo de fuga. El Tribunal Constitucional ha sostenido que “La posesión de bienes genera arraigo” (Exp N° 1091-2002-HC/TC); sin embargo, el arraigo debe ser de calidad y no de cantidad. Estamos ante arraigo de calidad, cuando existe concurrencia de arraigo *familiar, profesional y social*, los que brindan una calidad de arraigo que baja el riesgo de fuga. Ello no significa que la presencia de algún tipo de arraigo descarte la imposición de prisión preventiva (Resolución Administrativa N°325-2001-P-PJ 13.09.2011) la exigencia resulta de valorar o ponderar la calidad del arraigo.

El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo familiar: lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado, el arraigo domiciliario: existencia de un domicilio conocido de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia; y, el arraigo laboral consiste en la capacidad de subsistencia proveniente de un trabajo desarrollado en el país.

Para el caso de extranjeros residentes, no implica peligro de fuga su sola condición de extranjero, sería discriminatorio por razón de su nacionalidad.

No es suficiente la gravedad de la pena para la imposición de prisión preventiva, se debe considerar los valores morales del imputado, su comportamiento en el proceso y otros procesos, sus antecedentes.

Con relación a la vertiente del *peligro de obstaculización probatoria*, el artículo 270° del NCPP establece para su calificación el riesgo razonable que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, y 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El *peligro de obstaculización probatoria*, es menos intenso que el *peligro de fuga*, de difícil sustentación por versar sobre hechos que podrían acontecer en el futuro. Es necesario valorar los antecedentes del imputado y otras circunstancias de acuerdo al caso concreto; se requerirán fundados datos relevantes y objetivos; para prevenir o evitar que la libertad del imputado sea utilizada de mala fe o dolosamente. No constituye un presupuesto relevante para decretar una medida cautelar; al estar dotado el aparato estatal de eficaces mecanismos procesales como los previstos en el artículo 242° del NCPP que regulan la actuación anticipada de la prueba, en casos de declaraciones testimoniales, o realización del examen de peritos con urgencia; careo entre las personas que ya han declarado, reconocimiento, inspecciones o reconstrucciones. No resulta proporcional que la inoperatividad y falta de eficacia del aparato estatal traslade el éxito de la investigación en sacrificio de la libertad del imputado; salvo los casos de criminalidad organizada, e ilícitos complejos que desbordan la eficacia del

Estado, en los que sí es posible valorar como *ultima ratio* la prisión preventiva, al acreditarse objetivamente la existencia en concreto de *sospecha fuerte* respecto a la conexión del imputado con la criminalidad organizada, contándose con pruebas suficientes y relevantes que encuentran activa su vinculación, movimiento y conexiones.

En el presupuesto del *periculum libertatis* en sus vertientes: peligro de fuga u obstaculización probatoria, se calificará el comportamiento del imputado en el proceso materia del requerimiento cautelar de prisión preventiva, así como en otro procedimiento anterior; que reflejará su voluntad de someterse a la persecución penal (Art. 269.4). El peligro procesal no se presume, debe realizarse la verificación en cada caso en concreto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso. Lo que no sucede con el presupuesto del *fumus comissi delicti*; que requiere el análisis del caso concreto y específico; no siendo permitido valerse de otros procedimientos anteriores.

El Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, establece para el presupuesto del *periculum libertatis*, el requerimiento de un nivel cualificado al baremo de *sospecha fuerte o grave* para la imposición de prisión preventiva, infiriéndose que el pedido cautelar sustentado en *sospecha inicial simple*, *sospecha reveladora* o *sospecha suficiente*; no permiten el amparo de la medida cautelar y resultaría infundado. La *sospecha fuerte* del *fumus delicti comissi* y *gravedad del delito*; no resultarían suficientes para decretar prisión preventiva; lo relevante y determinante es la *sospecha fuerte*: acreditación objetiva sobre existencia de *alto grado de probabilidad* de circunstancias o indicadores que concreten los riesgos procesales (*periculum libertatis*).

Pese al abundante tratamiento jurisprudencial y doctrinario de la medida cautelar de prisión preventiva, esta problemática sobre su uso sigue en incremento como lo demuestran las estadísticas; por lo que, la adopción de la Teoría de Riesgo sería de utilidad.

Se deben considerar la imposición de otras medidas de coerción personal menos gravosas que puedan cumplir el mismo fin; de vincular y arraigar al imputado al proceso, entre ellas: la detención domiciliaria (Art. 290° NCPP),

comparecencia restringida (Art. 287° NCPP), la comparecencia restringida con vigilancia electrónica personal (Art. 287-A NCPP), el impedimento de salida del país (Art 295° NCPP) y la suspensión preventiva de derechos (Art. 297° NCPP).

La medida de suspensión preventiva de derechos, resulta perfectamente aplicable en los procesos por delitos contra la Administración Pública, que son sancionados con pena accesoria de inhabilitación; en caso se presente la vertiente del *peligrosismo procesal* de obstaculización de la actividad probatoria. Su objeto es impedir al imputado por razón de su cargo u oficio, obstruya la averiguación de la verdad, así como evitar la reiteración delictiva.

Por todo lo expuesto, la hipótesis aquí defendida es que los jueces, en efecto, sí deben aplicar, con la misma intensidad y equivalencia, los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción.

CAPÍTULO 2: TOMA DE POSTURA/SOLUCIÓN /TESIS/CONTRASTANDO LA HIPÓTESIS

2.1 Análisis, interpretación de la información, presentación de estudios estadísticos.

El contenido de la presente tesis: “La Prisión Preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima”; basa su tratamiento, estudio y aplicación en las normas establecidas en los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP del 2004; y Código Penal, en la regulación de delitos cometidos contra la Administración Pública; previstos desde los artículos 382° a 401° de la norma sustantiva; entre los más relevantes: Concusión, Colusión, Peculado, Malversación, Cohecho, Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales y Negociación incompatible

Respecto a la muestra (2013- 2015), la emisión de la Ley N° 29547, dispuso la aplicación inmediata del NCPP para delitos cometidos por funcionarios públicos, modificada en su Disposición Transitoria Única por la Ley N° 29648, vigente, para el Distrito Judicial de Lima, desde el 15 de enero de 2011.

Se solicitó información sobre la cantidad de requerimientos y concesión de prisiones preventivas requeridas por el Ministerio Público a los Juzgados de Investigación Preparatoria del Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima; a través del Módulo Penal Especializado de la Corte Superior de Justicia de Lima. Así mediante Oficio N° 142-2015-ADM-SSA-NCPP-CSJL/PJ del 11 de agosto de 2015; y Oficio s/n del 19 de Mayo del 2017 se obtuvo la información necesaria.

Sobre los años 2016 al 2019 se obtuvo información a través de las publicaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo: “Radiografía de la Corrupción en el Perú, el Sistema Anticorrupción Peruano – Diagnóstico y Desafíos”; información estadística publicada por la “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado de la Defensoría del Pueblo”;

sobre mapas de personas requisitoriados por delitos de corrupción por departamentos, requisitoriados por delitos de peculado y colusión; mapa comparativo de total de requisitoriados por departamento entre el 2017 y 2019.

Información estadística sobre las cuales se ha enfocado el análisis de estudio de la “La Prisión Preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima”.

Del análisis se advierte un incremento continuo y sistemático para conceder medidas cautelares de prisión preventiva en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, convirtiendo a esta medida de restricción de libertad personal del imputado en una regla general, desnaturalizando su esencia excepcional y de última ratio.

El tema cautelar sobre prisión preventiva en nuestro país es recurrente, no existe uniformidad y claridad respecto a su tratamiento, pese a la existencia de sentencias casatorias, acuerdos plenarios y sentencias en sede judicial, constitucional e internacional; lo cual ha generado mayor confusión en la interpretación dogmática procesal penal de dicha medida, de otra forma no se entiende que pese a gozar el derecho a la libertad personal de protección constitucional y supranacional por el control de convencionalidad, en nuestro derecho interno no exista predictibilidad e uniformidad para resolver esta medida cautelar que restringe un derecho fundamental de la persona humana como su libertad personal o ambulatoria.

Esta problemática nacional colisiona con los fines de política criminal diseñados nacional e internacionalmente para su aplicación, creada con naturaleza jurídica excepcional, garantía constitucional de presunción de inocencia en favor de toda persona sometida a un proceso penal; y del principio de proporcionalidad que exige su concesión solo en la medida que sea idónea, necesaria y estrictamente proporcional para brindar apoyo a los fines del proceso penal, en caso no existan otras medidas menos gravosas pero suficientes para tal propósito.

De la muestra estadística, se evidencia que desde la vigencia del NCPP, en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial

de Lima, la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva en la investigación de los delitos contra la Administración Pública, se ha venido incrementando y desnaturalizando, perdiendo su naturaleza excepcional y de última ratio, para convertirse en regla general, colisionando con el derecho a la libertad personal del imputado que no cuenta con sentencia condenatoria firme en su contra, de presunción de inocencia y proporcionalidad que son inherentes a su finalidad.

Por lo señalado, se formuló el siguiente problema: ¿Los jueces deben aplicar el mismo grado de sospecha fuerte al analizar los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción?

2.1.1. Requerimientos efectuados por el Ministerio Público en el subsistema Anticorrupción (2013-2015)

El artículo 268° del NCPP legitima al Juez como el único órgano jurisdiccional con potestad para dictar mandato de prisión preventiva, previo cumplimiento de los presupuestos establecidos por el artículo 268° e indicadores de peligro o riesgos procesales previstos por los artículos 269° y 270° de la anorma adjetiva, en sus vertientes riesgo de fuga u obstaculización probatoria.

El tema de Tesis: “La Prisión Preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción - NCPP del Distrito Judicial de Lima”, basa su tratamiento, estudio e interpretación en normas del NCPP que regulan la medida cautelar personal coercitiva de restricción de libertad personal “prisión preventiva” de acuerdo al nuevo modelo acusatorio garantista.

Se han elaborado 10 Cuadros o Tablas que reflejan gráficamente la información de la nuestra analizada sobre los requerimientos y concesión de prisión preventiva durante los años 2013-2015 en el Subsistema Anticorrupción - NCPP de Lima, en los procesos penales contra la Administración Pública.

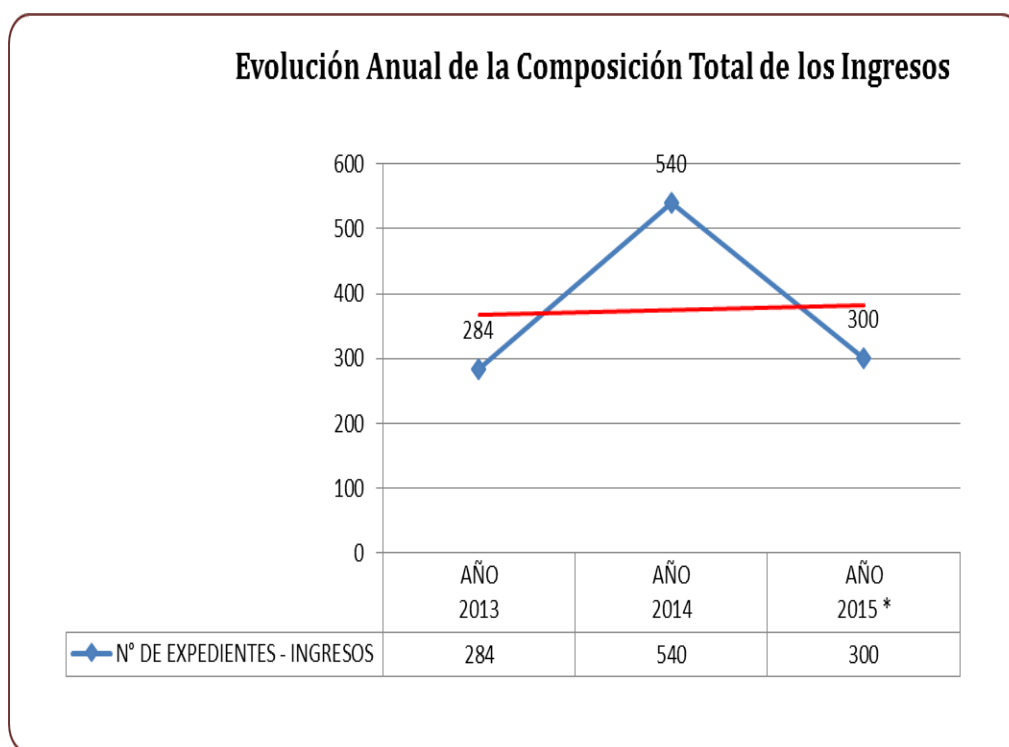
Total de Expedientes ingresados al Juzgado de Investigación Preparatoria

Cuadro 1

	2013	2014	2015
Total de expedientes ingresados	284	540	300
• Se requirió prisión preventiva	15	16	6
• No se requirió prisión preventiva	269	524	294

Figura 1

Evolución histórica del ingreso de expedientes (2013-2014-2015)



Interpretación: se aprecia la evolución anual del ingreso de expedientes penales durante los años 2013 que ingresaron 284 expedientes, duplicándose el ingreso de expedientes penales para el año 2014 con 540 expedientes; y en el año 2015 ingresaron 300 expedientes.

Fuente: Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado

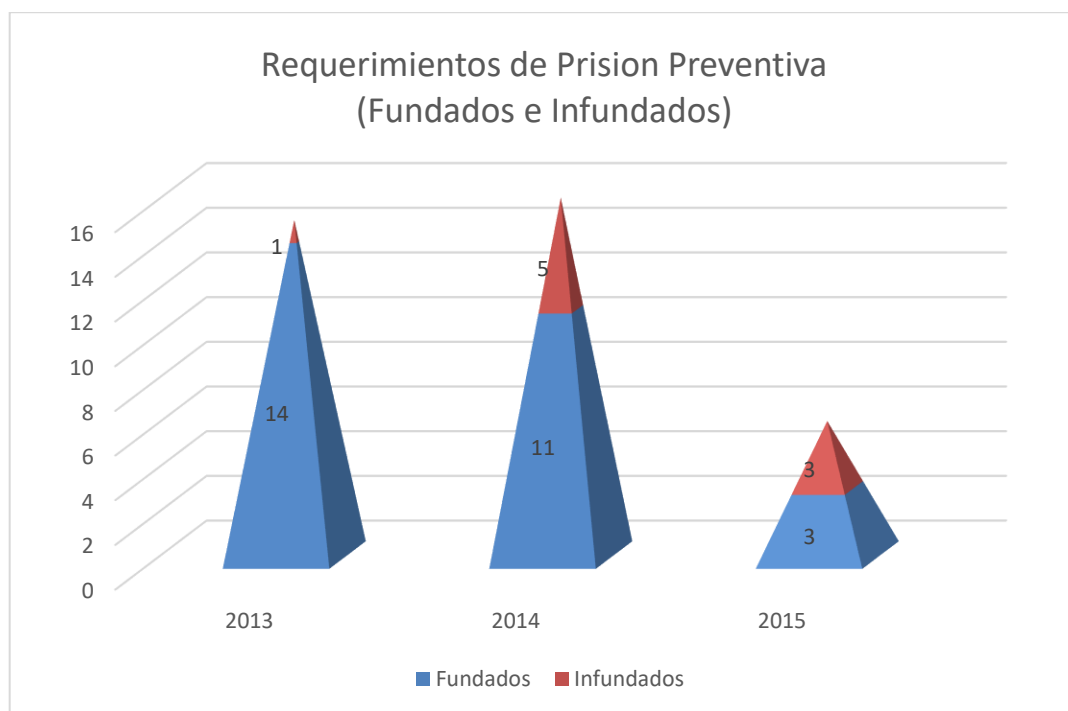
Anexo1: Oficio N° S/N-2017-JIP-CSLI-COOR-NCPP

Requerimientos de Prisión Preventiva efectuados por el Ministerio Público

Cuadro 2

Expedientes / Año	2013	2014	2015
Fundados	14	11	3
Infundados	1	5	3
Total Prisiones Preventivas Requeridas	15	16	6

Figura 2

Requerimientos de Prisión Preventiva (Fundados e Infundados)


Interpretación: podemos observar que en los 03 años (2013-2015) la mayor cantidad de expedientes son fundados, sólo en el 2015 existe la misma cantidad de expedientes con requerimiento de prisión preventiva fundados e infundados.

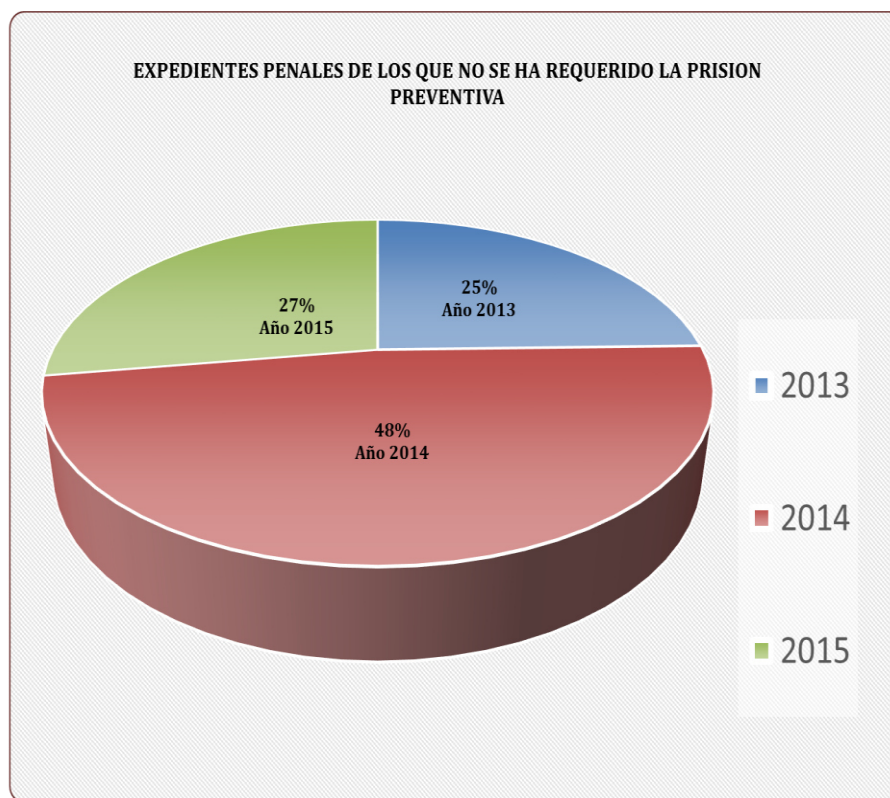
Expedientes penales de los años 2013-2014-2015 que no se ha requerido la prisión preventiva

Cuadro 3

AÑO	CANTIDAD	%
2013	269	25%
2014	524	48%
2015	294	27%
Total	1087	100%

Figura 3

Expedientes penales que no han requerido prisión preventiva



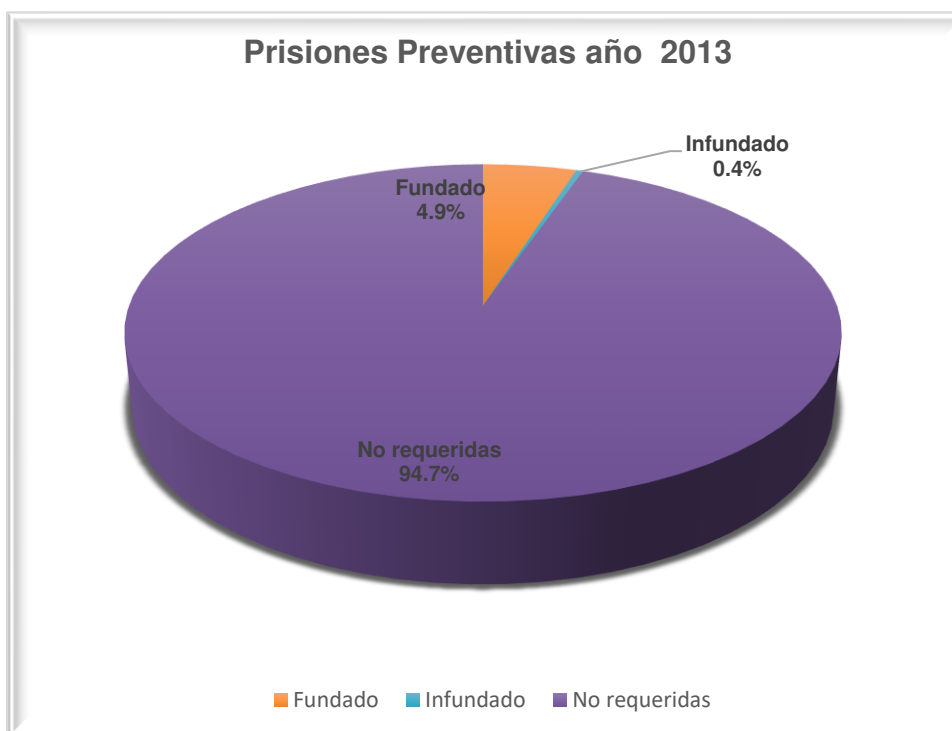
Interpretación: En el gráfico podemos apreciar que en los expedientes penales ingresados al Subsistema Anticorrupción de Lima durante los años 2013, 2014 y 2015; existe gran cantidad de expedientes que no se ha efectuado el requerimiento de prisión preventiva.

Muestra de las prisiones preventivas del año 2013

Cuadro 4

PRISIONES PREVENTIVAS AÑO 2013	CANTIDAD	C/N° DE EXPEDIENTES	%
Fundado	14	0.05	4.9%
Infundado	1	0.00	0.4%
No requeridas	269	0.95	94.7%
TOTAL DE EXPEDIENTES INGRESADOS EL AÑO 2013	284	1.00	100%

Figura 4

Prisiones Preventivas año 2013

Interpretación: Requerimientos prisión preventiva efectuados por Fiscales Provinciales Penales ante Juzgados Investigación Preparatoria del Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima, año 2013, un 95% terminan siendo no requeridos y en 5% los expedientes se declaran fundados.

Muestra de las prisiones preventivas del año 2014

Cuadro 5

Prisiones preventivas año 2014	Cantidad	Cantidad / Total de Expedientes ingresados	%
Fundado	11	0.020	2.0
Infundado	5	0.009	0.9
No requeridas	524	0.970	97.0
Total de Expedientes	540	1.000	100

Figura 5

Prisiones Preventivas año 2014

Interpretación: Requerimientos prisión preventiva efectuados por Fiscales Provinciales Penales ante Juzgados Investigación Preparatoria del Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima, año 2014, un 97% terminan siendo no requeridos y en 2% los expedientes se declaran fundados.

Muestra de las prisiones preventivas del año 2015

Cuadro 6

PRISIONES PREVENTIVAS AÑO 2015	CANTIDAD	C/N° DE EXPEDIENTES	%
Fundado	3	0.01	0.6%
Infundado	3	0.01	0.6%
No requeridas	460	0.99	98.7%
TOTAL DE EXPEDIENTES INGRESADOS EL AÑO 2015	466	1.00	100.0%

Figura 6

Prisiones Preventivas año 2015



Interpretación: Requerimientos prisión preventiva efectuados por Fiscales Provinciales Penales ante Juzgados de Investigación Preparatoria del Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima; año 2015, un 98.7% terminan siendo no requeridos, 0.6% los expedientes se declaran fundados y 0.6% infundados.

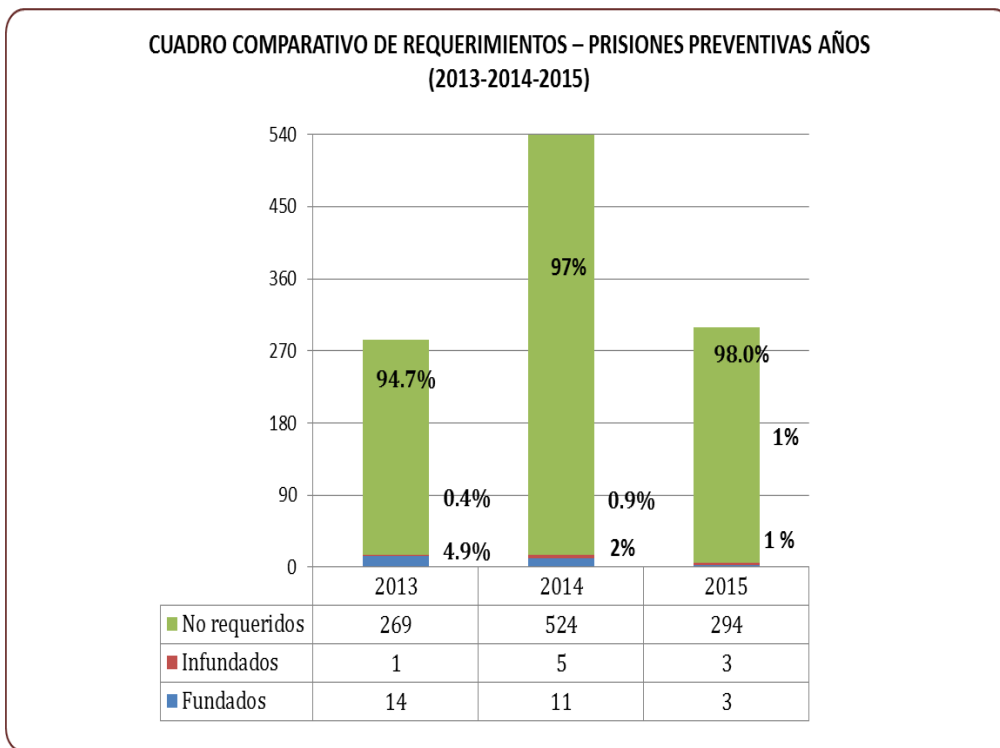
**Cuadro comparativo de requerimientos de prisiones preventivas
(2013-2014-2015)**

Cuadro 7

Nº DE EXPEDIENTES - INGRESOS	2013	%	2014	%	2015	%
Fundados	14	4.9%	11	2.0%	3	1.0%
Infundados	1	0.4%	5	1%	3	1.0%
No requeridos	269	94.7%	524	97.0%	294	98.0%
Total de Expedientes por años	284	100.0%	540	100.0%	300	100.0%

Figura 7

**Cuadro comparativo de requerimientos de Prisiones Preventivas años
(2013-2014-2015)**



Interpretación: Podemos observar el alto índice de expedientes penales ingresados durante los años 2013, 2014 y 2015 ante los Juzgados de Investigación Preparatoria del Subsistema Anticorrupción del Distrito Judicial de Lima, que investigan y procesan la comisión de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública de los que no se ha requerido prisión preventiva.

Total de expedientes de los años 2013-2014-2015 con requerimiento de prisiones preventivas que se declararon fundados e infundados en primera instancia

Cuadro 8

PRISIONES PREVENTIVAS (2013-2014-2015)	Cantidad	%
Fundados	27	73%
Infundados	10	27%
TOTAL	37	100%

Figura 8

Prisiones Preventivas año 2013-2014-2015 (1era Instancia)



Interpretación: Requerimientos prisión preventiva. A nivel: primera instancia de años: 2013, 2014 y 2015 son en mayor cantidad fundados con un 73% e infundados con un 27%.

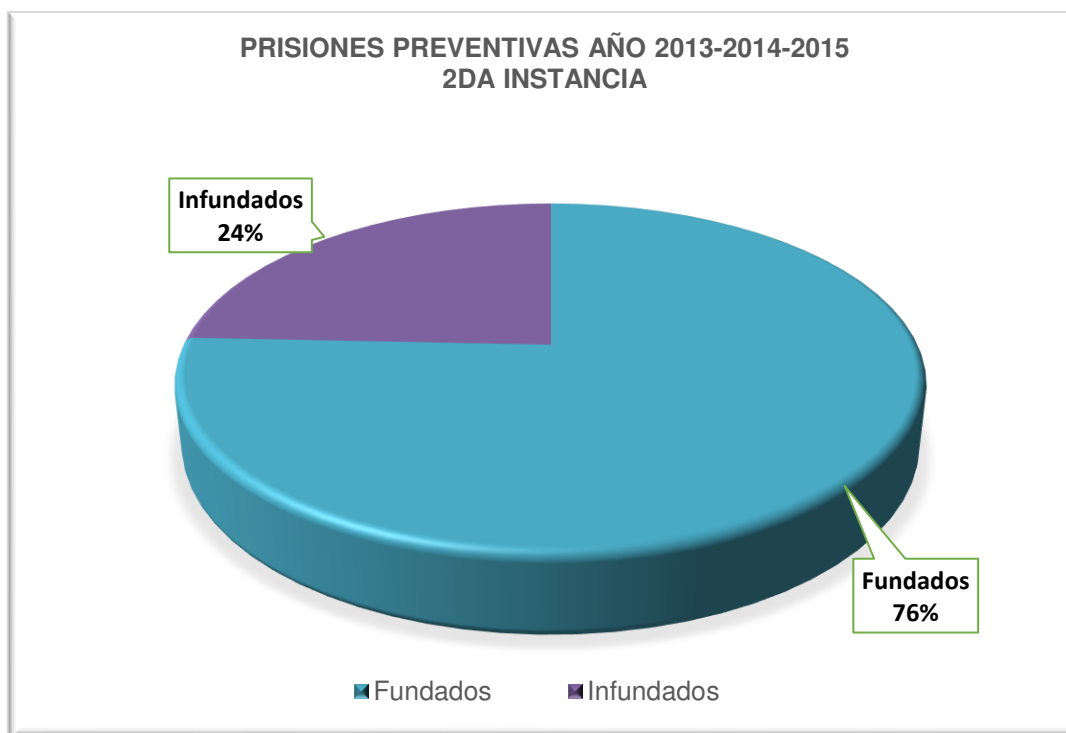
Total de expedientes de los años 2013-2014-2015 con requerimiento de prisiones preventivas que se declararon fundados e infundados en segunda instancia

Cuadro 9

PRISIONES PREVENTIVAS (2013-2014-2015)	Cantidad	%
Fundados	28	76%
Infundados	9	24%
TOTAL	37	100%

Figura 9

Prisiones Preventivas año 2013-2014-2015 (2da Instancia)



Interpretación: Los requerimientos de prisión preventiva en segunda instancia el 76% son fundados y el 24% infundados

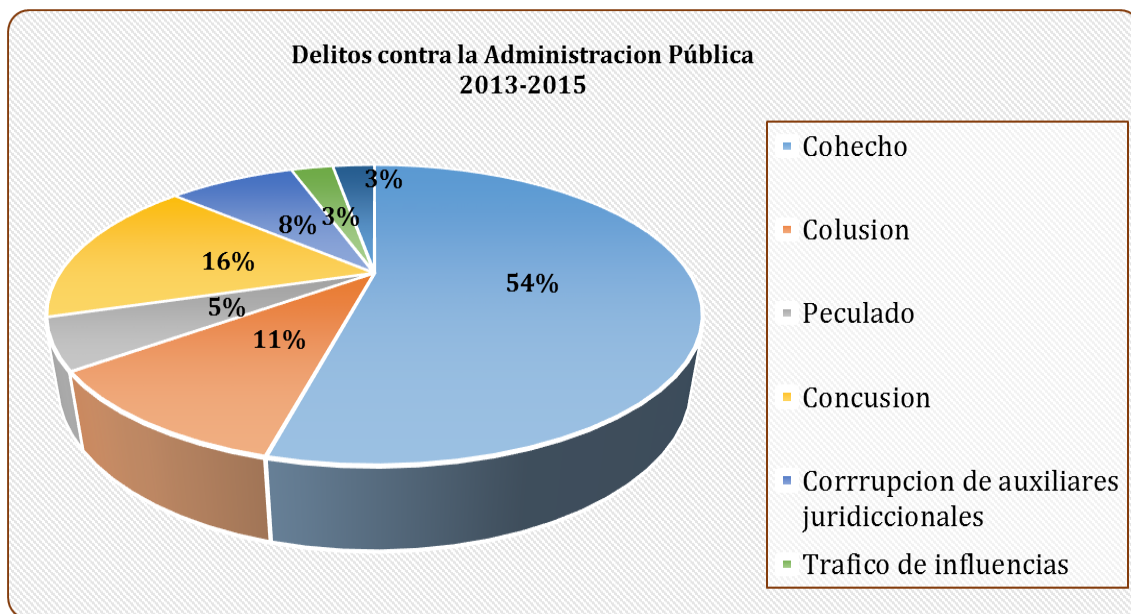
**Distribución de los requerimientos de prisión preventiva por tipo de delito
de los años 2013-2014-2015**

Cuadro 10

Delito contra la Administración Pública	Cantidad	%
Cohecho	20	54%
Colusión	4	11%
Peculado	2	5%
Concusión	6	16%
Corrupción de auxiliares judiciales	3	8%
Tráfico de influencias	1	3%
Favorecimiento a la fuga	1	3%
Total	37	100%

Figura 10

**Delitos contra la Administración Pública
2013-2015**



Interpretación: En delitos contra la administración pública podemos observar mayor porcentaje requerimiento en delito cohecho con un 54% seguido del delito de concusión con un 16% finalmente en menor porcentaje tenemos los delitos de tráfico de influencias y favorecimiento a la fuga, ambos con un 3%.

En la muestra recabada del Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima; verificamos que en el año 2013 ingresaron 284 expedientes, en el año 2014 ingresaron 540 expedientes; y, en el año 2015 ingresaron 300 expedientes; en todos ellos, Fiscales Penales emitieron disposiciones de formalización y continuación de Investigaciones Preparatorias; sin embargo, en la muestra se verifica que para el año 2013 solo se han requerido 15 prisiones preventivas, para el año 2014 solo se han requerido 16 prisiones preventivas; y para el año 2015 solo se han requerido 06 prisiones preventivas; resultando un índice bajo de requerimientos de prisiones preventivas en el Subsistema Anticorrupción; en los procesos de investigación de los delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos.

De las tablas y graficos que anteceden se puede observar que una mínima cantidad de formalizaciones de investigaciones preparatorias, ha realizado requerimientos de prisión preventiva ante el Juez Penal; y el resto que representa la mayor cantidad de investigaciones no cuenta con medidas coercitivas personales contra él o los imputados.

Consideramos que las razones por la cual los Fiscales no requirieron medidas coercitivas de prisiones preventivas contra los investigados en la tramitación de los procesos por delitos contra la Administración Pública; habría sido el no cumplimiento copulativo de los presupuestos materiales establecidos por el artículo 268° de NCPP del *fumus boni iuris*, respecto a la existencia del delito, gravedad del mismo y alta penalidad; y, peligrosismo procesal (*periculum libertatis*); en sus vertientes peligro de fuga y/ o obstaculización probatoria; no se habría contado con fundados y graves elementos de convicción que vinculen al imputado en calidad de autor o cómplice del delito; o que los investigados concurrieron puntualmente a todas y cada una de las citaciones convocadas por el Fiscal, mostrando conducta diligente y de respeto para contribuir al esclarecimiento de la verdad.

Así también, no se habrían requerido medidas cautelares de prisión preventiva contra investigados que tenían poder económico y presencia política, en ese momento (2013-2015), por temor a represalias que perjudiquen la carrera

en la magistratura de los Fiscales y Jueces. Esas circunstancias en la actualidad ya no se presentan; por el contrario es recurrente que se requiera prisión preventiva contra políticos emblemáticos.

No se requirieron medidas coercitivas de prisión preventiva en procesos por delitos contra la Administración Pública, sancionados con penas leves, los investigados no tenían antecedentes penales, judiciales y policiales; así como tampoco estaban vinculados con agrupaciones de criminalidad organizada.

2.1.2. De las razones que declararon fundados e infundados los requerimientos de prisión preventiva (2013-2015).

Se realizaron entrevistas a algunos Fiscales Provinciales Penales y Fiscales Superiores Penales en el año 2017 para saber las razones porqué se declaraban infundados los requerimientos de prisión preventiva. Se hicieron las siguientes preguntas:

¿Porqué se declaran infundados los requerimientos de la medida de coerción de prisión preventiva en los delitos contra la Administración Pública?

Respuesta: Porque no se realiza una cabal sustentación escrita ni oral, los jueces sustentan sus decisiones en el peligro procesal y porque no existe obstaculización en la investigación.

¿En qué casos de los delitos investigados contra la Administración Pública, se declaran infundadas las prisiones preventivas?

Respuesta: Cuando no se cumple uno de los tres requisitos, cuando la pena es menor a 04 años y cuando no se cumple el tercer presupuesto, el más discutido sobre el peligro procesal.

Se observa que el denominador común en la actitud de los Fiscales Penales para no requerir prisión preventiva (2013-2015) fue que al no cumplirse con los requisitos de ley, el Juez de Investigación Preparatoria no va a concederla, beneficiándose la libertad del imputado en atención al carácter subsidiario de la citada medida coercitiva.

Asimismo, de la revisión de las resoluciones judiciales de autos de prisión preventiva, existe la apreciación general que para declarar infundados los pedidos de requerimiento de medida cautelar restrictiva de la libertad personal en procesos penales por delitos contra la Administración Pública (2013-2015), fue no haberse cumplido con todos los presupuestos de la prisión preventiva establecidos en el artículo 268° del NCPP.

De acuerdo a las consideraciones reseñadas, y teniendo en consideración que en el modelo acusatorio garantista se deben acreditar copulativamente los presupuestos del artículo 268° del NCPP; y finalmente lo que va definir la concesión de la medida cautelar será la existencia de *sospecha fuerte* en unos casos y *sospecha suficiente* en otros delitos (criminalidad organizada), de indicadores concretos sobre peligro de fuga y/o peligro de obstaculización de la actividad probatoria; en la conducta - aptitud del imputado.

Se considera que los Fiscales y Jueces del Subsistema Anticorrupción (2013-2015), NCPP de Lima; actuaron garantizando la aplicación de principios constitucionales; así como la normatividad procesal penal; razón principal del bajo índice de requerimientos y concesiones de prisión preventiva en tal período.

Al entrar en vigencia el NCPP del 2004, se produjo un cambio de modelo procesal penal inquisitivo al modelo acusatorio garantista; que revolucionó el esquema anterior, en el cual el Juez Penal estaba a cargo y era responsable de la investigación, imponía las medidas restrictivas a que hubiera lugar a pedido del Fiscal o de oficio al momento de emitir el auto de apertura de instrucción, sin convocar y llevarse a cabo la audiencia de prisión preventiva, como lo exige actualmente el nuevo modelo procesal penal.

Actualmente, el único operador legitimado para requerir medida cautelar de prisión preventiva es el Fiscal a cargo de la Investigación, y el Juez se convierte en tercero imparcial que debe resolver el pedido cumpliéndose con las garantías del contradictorio; es decir, en primer lugar escuchar al Fiscal, acto seguido a la defensa; hacer que se cumpla la oralización de los presupuestos que sustentan el pedido de prisión preventiva; y de acuerdo a la Sentencia Casatoria N° 626-

2013-Moquegua; se cumpla con sustentar los presupuestos de proporcionalidad y duración de la medida restrictiva.

2.1.3. De la estadística sobre prisiones preventivas publicada por la Defensoría del Pueblo

Con relación a los años 2016 - 2019 se obtuvo información a través de publicaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo en: “Radiografía de la Corrupción en el Perú. Reporte de Corrupción N° 1 Mayo 2017 : Mapa de la corrupción: 32 925 casos al 31 de diciembre de 2016” , “Estadísticas casos delitos de corrupción en trámite a diciembre de 2016”, “El Sistema Anticorrupción Peruano – Diagnóstico y Desafíos. Reporte de Corrupción en el Perú. Diciembre 2017. Año I N° 2.” ,“ II. La Población Penitenciaria por delitos de corrupción a octubre 2017” y “Estadística de personas reclusas por sentencia y por prisión preventiva a octubre 2017” (Defensoría del Pueblo). Y, de la “Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado, de la Defensoría del Pueblo: Mapa de personas requisitorios por delitos de corrupción a nivel nacional (2017-2019.); Mapa de personas requisitorios por el delito de peculado a nivel nacional (2017 -2019), Mapa de personas requisitorios por el delito de colusión a nivel nacional (2017- 2019) y Mapa de personas requisitorios por delitos de corrupción comparativo (2017-2019)” (Defensoría del Pueblo).

Habiéndose analizado la información estadística conforme a los cuadros que se detallan:

Cuadro 11. Interpretación: Al 31 diciembre 2016 existen 32,925 casos corrupción país, observándose que el departamento y provincia de Lima cuenta con 6205 casos, ocupando el primer lugar.

Cuadro 12. Interpretación: A diciembre 2016 existen 32,925 casos corrupción trámite nacional. Delito peculado ocupa primer lugar, sigue colusión y cohecho, ascienden al 50% del total.

Cuadro 13. Interpretación: A diciembre 2016 existen 32,925 casos corrupción trámite nacional. Delito peculado ocupa primer lugar, sigue colusión y cohecho, ascienden al 50% del total.

Cuadro 14. Interpretación: Se revelan problemas aplicación prisión preventiva. A octubre 2017 se reportaron 275 casos de procesados reclusos sin sentencia y 268 casos reclusos con sentencia.

Cuadro 15. Interpretación: Mapa de requisitorios a nivel nacional por delitos de corrupción: 4,627 de un total de 56,030 del período correspondiente enero 2017 - agosto 2019. Lima es el departamento con mayor número de requisitorios que asciende a 520. La sede de Lima, Puno, Lambayeque, La Libertad y Santa concentran el 37% de requisitorios por delitos de corrupción.

Cuadro 16. Interpretación: Mapa de requisitorios por delito de peculado a nivel nacional: 2,605. Total de requisitorios por delitos de corrupción: 4,627. El delito de peculado constituye el delito de corrupción con mayor cantidad de requisitorios, representa el 56% del total. Período correspondiente enero 2017 - agosto 2019.

Cuadro 17. Interpretación: Mapa de requisitorios por delito de colusión a nivel nacional: 1,062. Total de requisitorios por delitos de corrupción: 4,627. El delito de colusión constituye el segundo delito de corrupción con mayor cantidad de requisitorios, representa el 23% del total. Período correspondiente enero 2017 - agosto 2019.

Cuadro 18. Interpretación: Mapa de requisitorios por delitos de corrupción comparativo 2017 y 2019. Total de requisitorios por delitos de corrupción enero-agosto 2019: 2,251. Total de requisitorios por delitos de corrupción enero-diciembre 2017: 852. El número de requisitorios por delitos de corrupción se ha incrementado en lo que va del año en 164% en comparación con el año 2017.

Las estadísticas detalladas confirman el incremento de la prisión preventiva entre los años 2016 - 2019; lo que evidencia graves problemas estructurales en la interpretación y uso de la medida cautelar; en la investigación de delitos contra la Administración Pública. En la información recabada se aprecia que el

departamento de Lima donde funciona el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado; cuenta con mayor número de personas reclusas en establecimientos penales por prisión preventiva que aún no tienen sentencia judicial.

Esta problemática viene desarrollándose en forma continua y sistemática; no existe predictibilidad ni tratamiento uniforme por los jueces penales del sistema anticorrupción, lo que colisiona con derechos fundamentales como la libertad personal y el tratamiento de la citada medida cautelar como excepcional y de última ratio.

La figura de coerción personal de prisión preventiva tiene abundante jurisprudencia y tratamiento doctrinario a nivel nacional e internacional; existen antecedentes de su aplicación por organismos internacionales, entre ellos: Declaración de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos e Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A nivel nacional, se han emitido diversos documentos legales sobre pautas y directivas en cuanto a su aplicación por los jueces penales, entre los que podemos destacar: la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ “Circular sobre Prisión Preventiva”; Casación N° 626-2013/Moquegua, Casación N° 631-2015/Arequipa, Casación N°1445-2018/Nacional y Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433; las que coinciden en la importancia del *peligrosismo procesal* para resolver los pedidos de prisión preventiva. El último Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116 que define el nivel de *sospecha fuerte* para sustentar el pedido cautelar de prisión preventiva, y la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú SSTC 02534-2019-PHC/TC, Habeas Corpus de Keiko Fujimori Higuchi.

No obstante su tratamiento, la realidad del sistema procesal penal de nuestro país indica que existe sobrepoblación en las cárceles, gran cantidad de investigados que no cuentan con sentencia condenatoria, que viven en condiciones inhumanas, sin condiciones mínimas compatibles con su dignidad; poniendo en eminente riesgo su salud; los jueces penales no realizan su función jurisdiccional con respeto a las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia y excepcionalidad de la medida como una de *última ratio*.

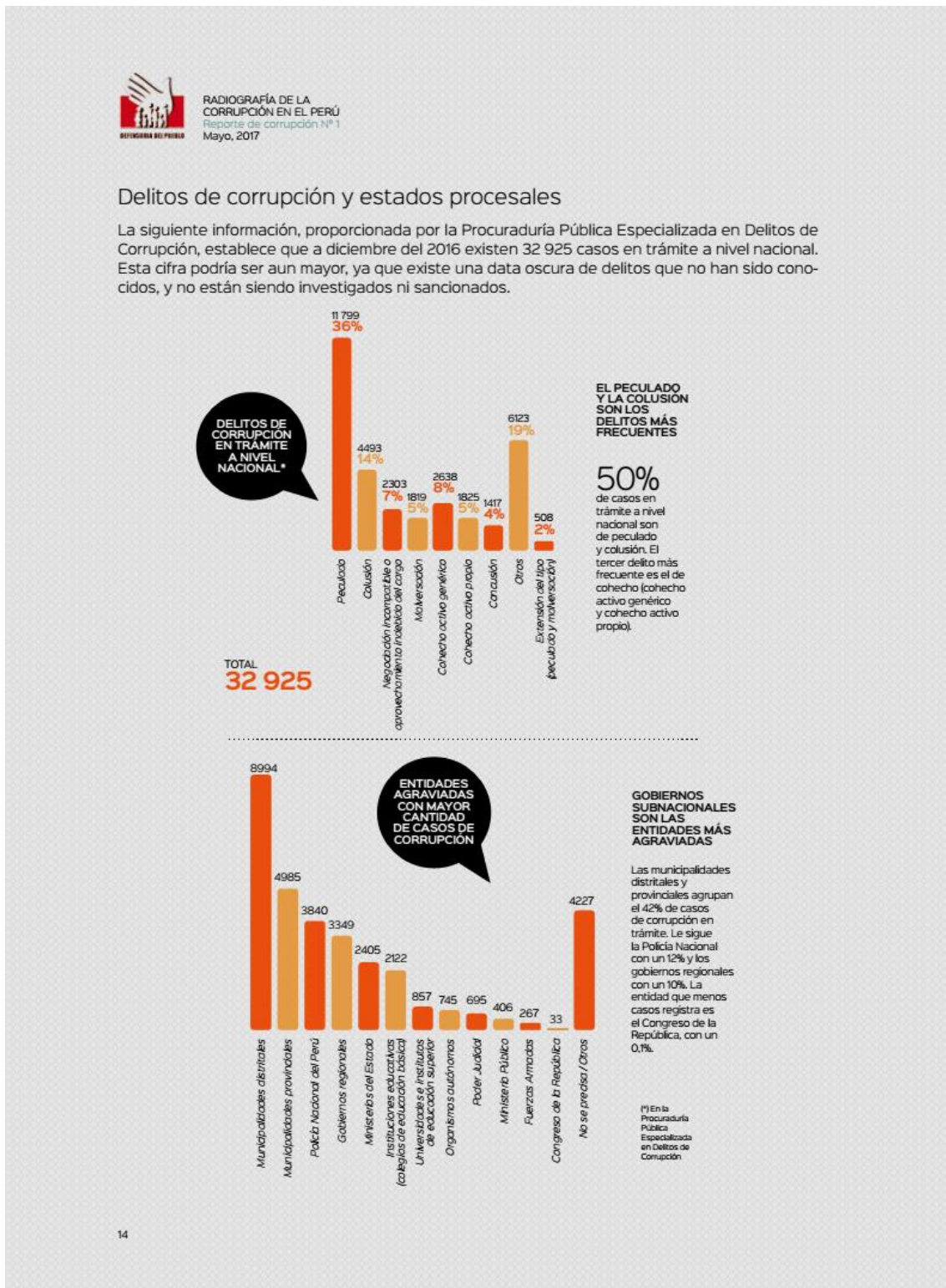
Es de conocimiento público que existen los llamados “jueces carceleros” que se caracterizan por emitir resoluciones judiciales estereotipadas y eminentemente subjetivas; fundamentando la prisión preventiva únicamente en el “*fumus boni iuris*” ante la existencia de indicios graves y suficientes de la comisión del delito; y con relación al *peligrosismo procesal* se basan en formulas de aparente motivación, pese a que los investigados han demostrado contar con arraigo.

La concesión de la medida cautelar de prisión preventiva, en algunos casos generan criticas por falta de criterios mínimos para decretar prisión preventiva a mujeres investigadas en estado de gestación o que acaban de dar a luz a sus menores hijos; no obstante haber acreditado todos los tipos de arraigo, es realmente arbitrario; toda vez que la medida cautelar de prisión preventiva solo puede restringir el derecho a la libertad personal, y en los casos descritos se atenta contra la salud de las mujeres en estado de gestación y la salud de sus menores hijos recién nacidos; dejándose de lado el interés superior del niño; y esto no hay quien lo detenga.

Igual sucede con las personas que padecen enfermedades crónicas; siendo que por motivo del virus del COVID 19, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido un comunicado a los Estados que forman parte integrante; sobre la necesidad y posibilidad de priorizar medidas alternativas menos gravosas que la prisión preventiva, como la detención domiciliaria, comparencia restringida, impedimento de salida y otros previstos en nuestro ordenamiento procesal penal; para procesados-investigados que pertenecen a grupos de riesgo, de avanzada edad, mujeres embarazadas o con niños

Pese a ello, los jueces penales en todo el país continúan amparando requerimientos de prisión preventiva sin que se cumpla a cabalidad los presupuestos para su concesión; sin valorar en base al *principio de proporcionalidad* si verdaderamente resulta necesaria e idónea la restricción de la libertad personal del investigado que goza de la presunción de inocencia.

CUADRO 12:



Interpretación: A diciembre 2016 existen 32,925 casos corrupción trámite nacional. Delito peculado ocupa primer lugar, sigue colusión y cohecho, ascienden al 50% del total.

CUADRO 13:



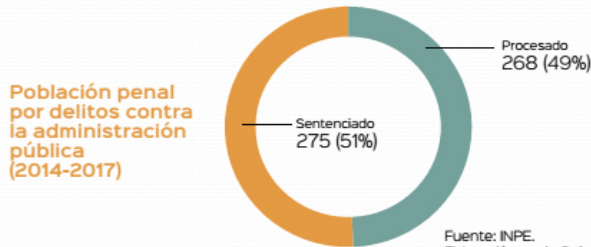
Interpretación: A octubre 2017 existen total de 543 procesados sentenciados por casos corrupción – delitos contra la Administración Pública.

CUADRO 14:



Solo el 49% de las personas recluidas por delitos de corrupción tiene sentencia

A octubre del 2017, la situación procesal de la población penitenciaria por delitos de corrupción fue la siguiente: 275 se encontraban procesadas; y 268, sentenciadas. Esto podría sugerir problemas en el uso de la figura de la prisión preventiva.

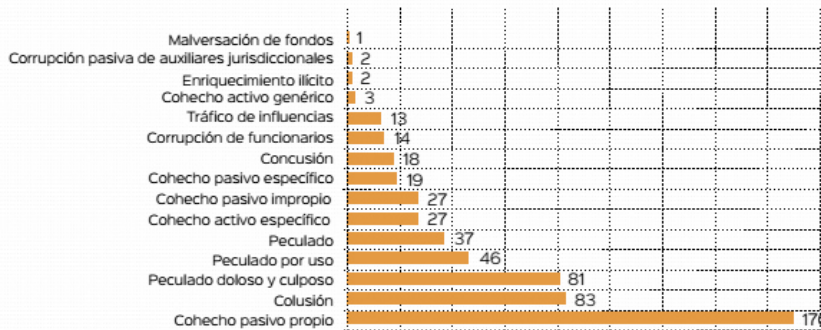


Fuente: INPE. Elaboración propia. Defensoría del Pueblo.

Más personas son privadas de libertad por los delitos de cohecho y colusión

A octubre del 2017, es mayor el número de personas privadas de libertad por la comisión de los siguientes delitos contra la administración pública: cohecho pasivo propio, colusión y peculado doloso y culposo. El número es menor en los delitos de malversación de fondos, enriquecimiento ilícito y corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. En el siguiente gráfico, se muestra la población penal detallada por delitos de corrupción.

Población penal por delitos contra la administración pública (a octubre 2017)



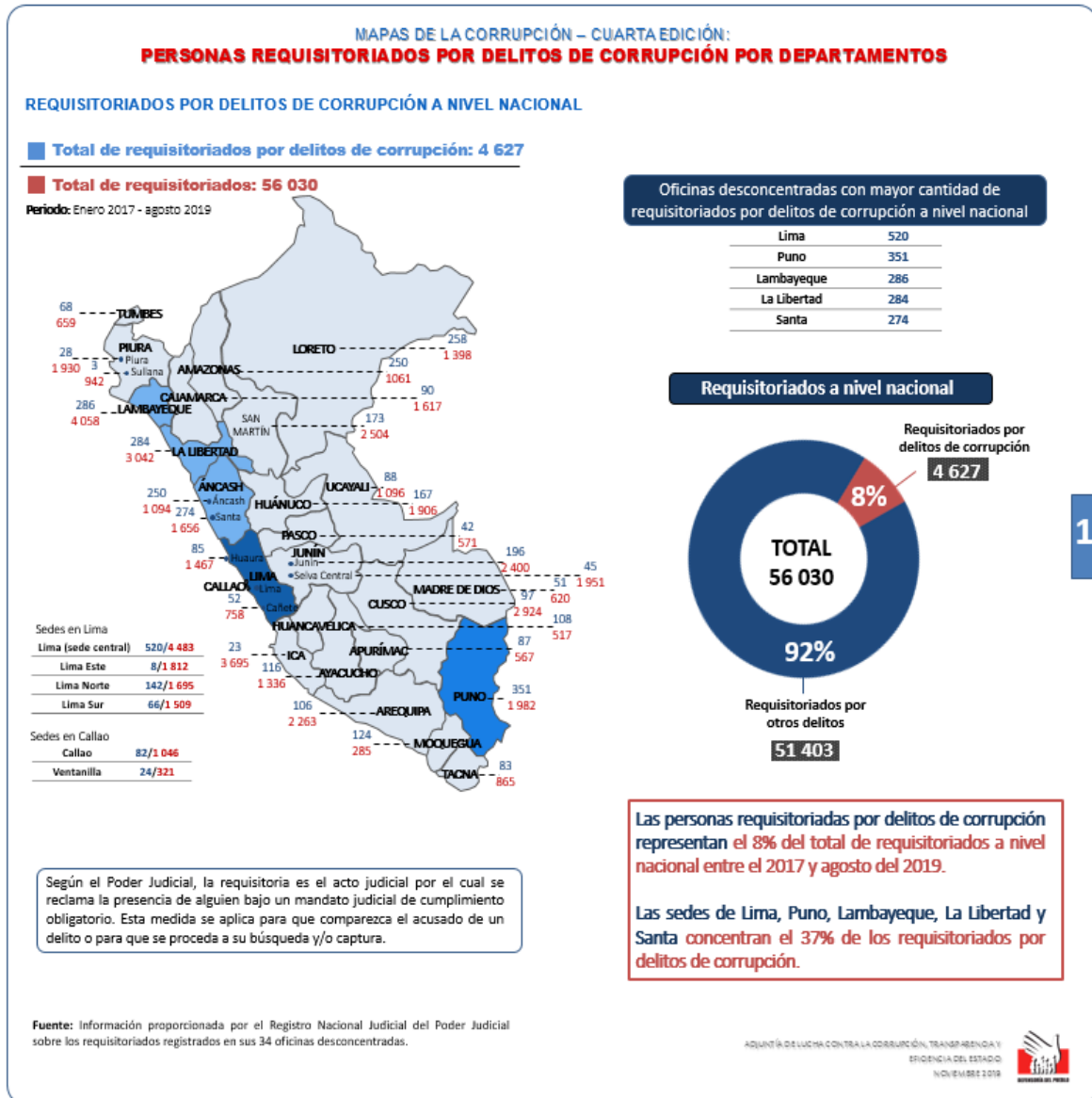
Fuente: INPE. Elaboración propia. Defensoría del Pueblo.

Lima e Ica son las regiones con mayor población penitenciaria

El gráfico mostrado a continuación describe el número de reos por delitos contra la administración pública por región. Se observa que en Lima se concentra la mayor cantidad de personas privadas de libertad, con un total de 148 a octubre del 2017. Le siguen Ica y Áncash, con una población de 53 y 42, respectivamente. Tumbes, Pasco y Madre de Dios son las regiones con menor población penal.

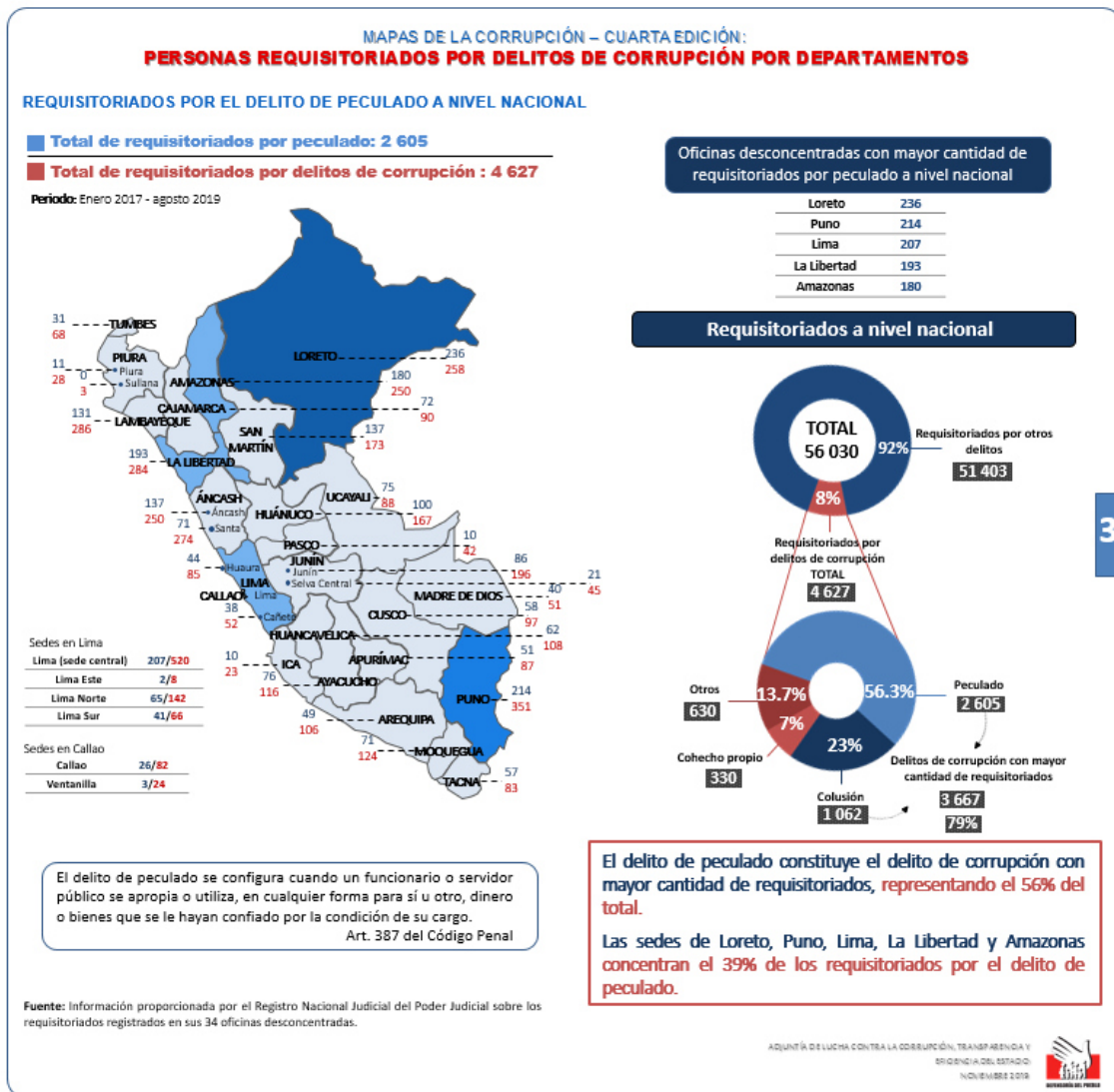
Interpretación: Se revelan problemas aplicación prisión preventiva. A octubre 2017 se reportaron 275 casos de procesados recluidos sin sentencia y 268 casos recluidos con sentencia.

CUADRO 15:



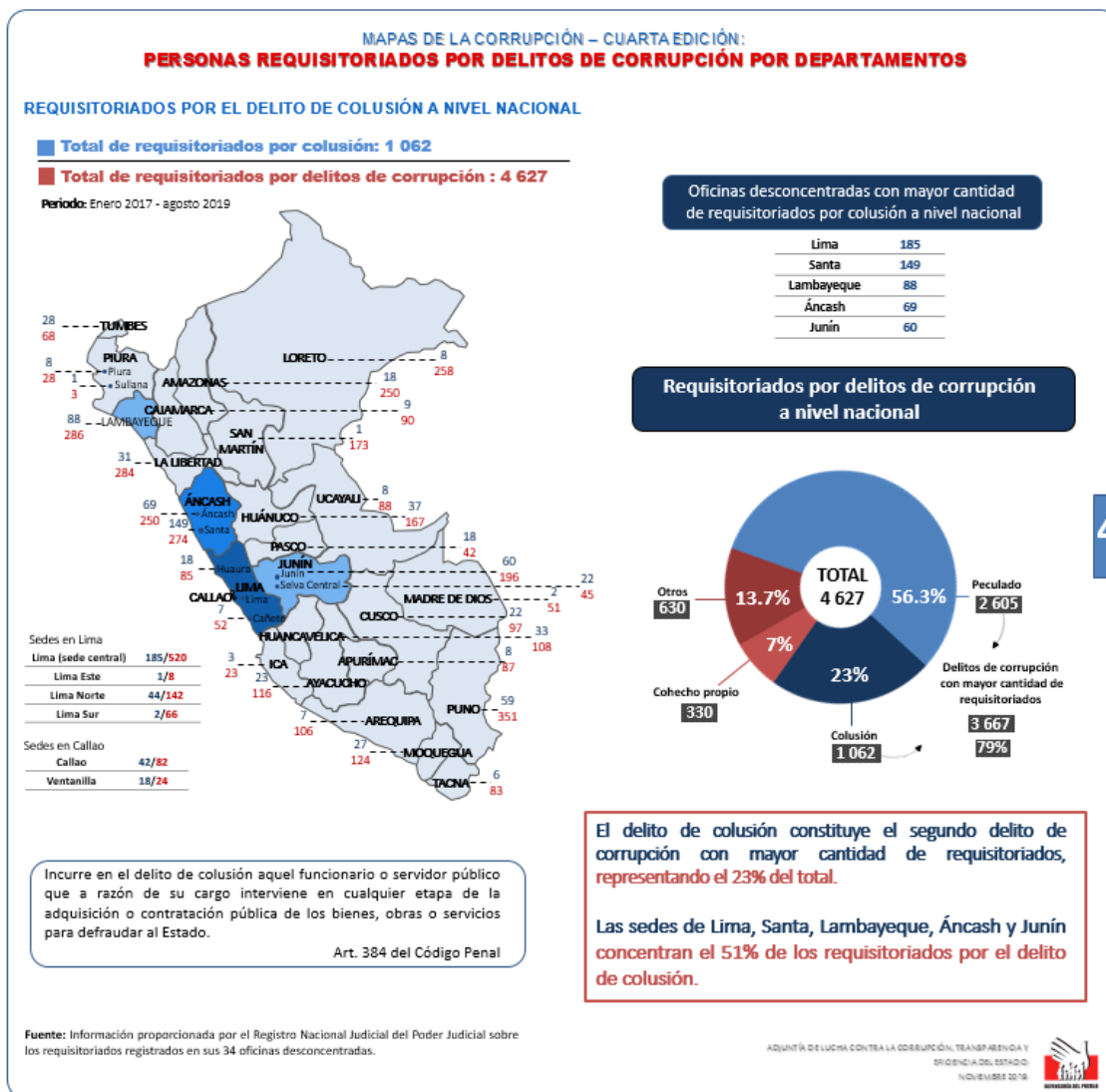
Interpretación: Mapa de requisitoriados a nivel nacional por delitos de corrupción: 4,627 de un total de 56,030 del período correspondiente enero 2017 - agosto 2019. Lima es el departamento con mayor número de requisitoriados que asciende a 520. La sede de Lima, Puno, Lambayeque, La Libertad y Santa concentran el 37% de requisitoriados por delitos de corrupción.

CUADRO 16:



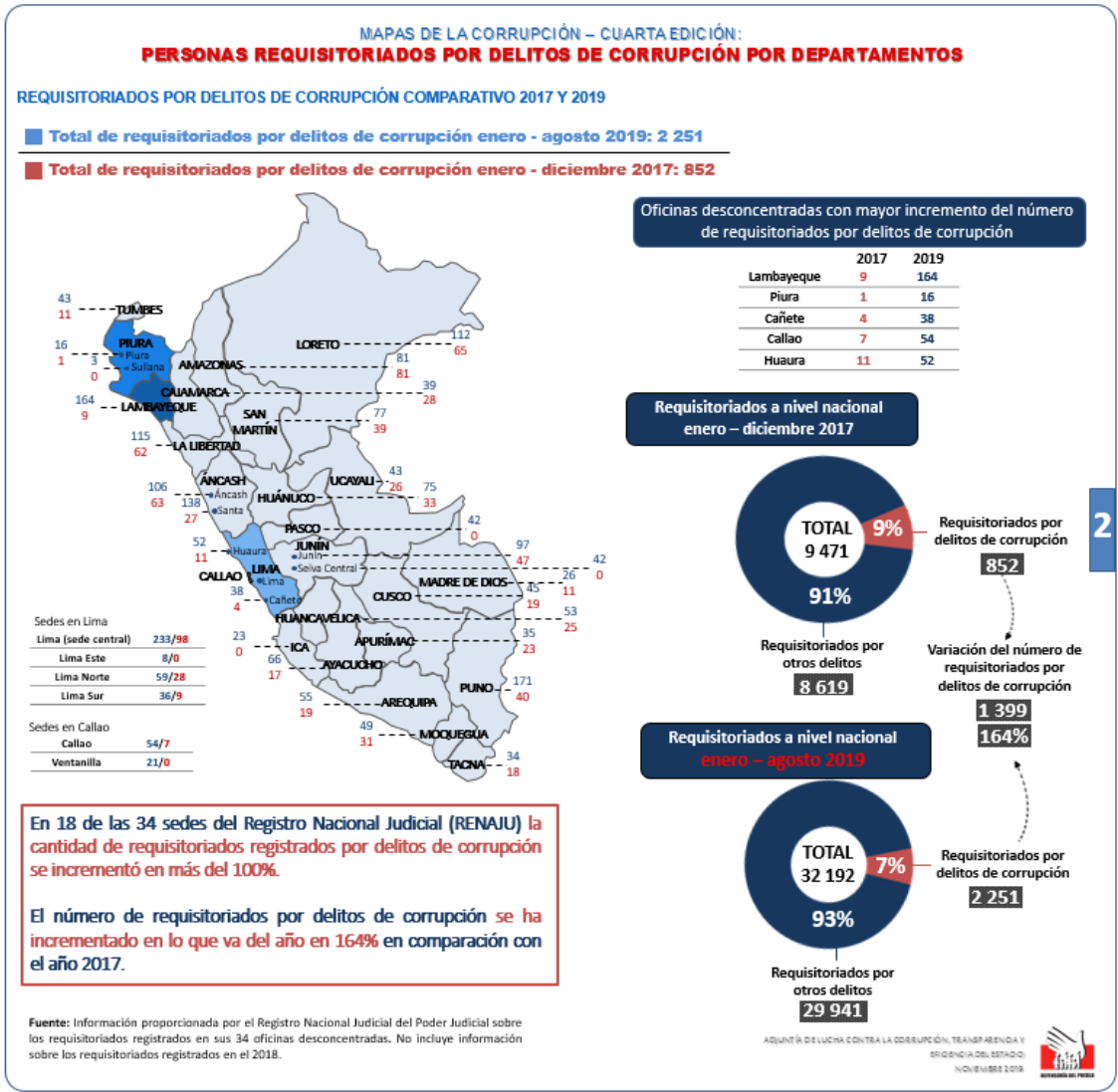
Interpretación: Mapa de requisitoriados por delito de peculado a nivel nacional: 2,605. Total de requisitoriados por delitos de corrupción: 4,627. El delito de peculado constituye el delito de corrupción con mayor cantidad de requisitoriados, representa el 56% del total. Período correspondiente enero 2017 - agosto 2019.

CUADRO 17:



Interpretación: Mapa de requisitoriados por delito de colusión a nivel nacional: 1,062. Total de requisitoriados por delitos de corrupción: 4,627. El delito de colusión constituye el segundo delito de corrupción con mayor cantidad de requisitoriados, representa el 23% del total. Período correspondiente enero 2017 - agosto 2019.

CUADRO 18:



Interpretación: Mapa de requisitoriados por delitos de corrupción comparativo 2017 y 2019. Total de requisitoriados por delitos de corrupción enero-agosto 2019: 2,251. Total de requisitoriados por delitos de corrupción enero-diciembre 2017: 852. El número de requisitoriados por delitos de corrupción se ha incrementado en lo que va del año en 164% en comparación con el año 2017.

2.2. Presentación de la Propuesta de Solución del Problema.

Como propuesta de solución al problema planteamos la adopción de la Teoría del Riesgo, como un método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, para resolver la problemática sobre el incremento y desnaturalización de la prisión preventiva; por los Jueces de Investigación Preparatoria en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública. Teoría que está compuesta de dos presupuestos: *El fumus comissi delicti* y *periculum libertatis*. Sobre el primero, se requiere existencia de sospecha fuerte de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; sobre el segundo, se requiere existencia de sospecha fuerte mediante acreditación de datos, elementos o circunstancias objetivas de la causa que hagan colegir razonablemente con probabilidad alta, la capacidad del imputado para fugar u obstaculizar la actividad probatoria. Para ello, el Juez de la investigación preparatoria debe realizar un razonamiento lógico-crítico, mediante reglas de lógica, ciencia y máximas de la experiencia que acrediten que los indicios estén probados; de tratarse de indicios contingentes, que sean plurales, concordantes y convergentes; sin la presencia de contraindicios, para llegar a la convicción que el *periculum libertatis* está acreditado. Para finalmente, en base al principio de proporcionalidad determinar si realmente la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para restringir el derecho a la libertad personal que goza de protección constitucional.

Existe uniformidad en la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, que el presupuesto *periculum libertatis*, resulta primordial y determinante conjuntamente con el *principio de proporcionalidad* para resolver una medida cautelar de prisión preventiva, al verificarse por el Juez de la investigación preparatoria la existencia del riesgo concreto en la conducta del investigado, para colegir que frustrará los fines y objetivos del proceso penal.

Consideramos su utilidad conveniente para el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima; que comprende Fiscales, Jueces, Defensores de Oficio, Procuraduría y toda persona sometida a un proceso penal en el Subsistema Anticorrupción de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública; a fin de brindar solución al problema sobre la desnaturalización y aplicación arbitraria de la prisión preventiva.

La prisión preventiva tiene relación directa con la libertad individual, derecho fundamental garantizado por la Constitución Política, en su artículo 200°, inciso 1, libertad que es el valor y derecho máspreciado de toda persona, constituye derecho fundamental adscrito al núcleo de constitucionalidad, denominado derecho continente, porque abarca y engloba una serie de derechos de primer orden reconocidos y garantizados por la Constitución; y, tutelados mediante el proceso constitucional del Hábeas Corpus, en supuestos que enunciativamente se prevén en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, entre ellos, la libertad personal. En tal sentido, si cualquier persona se siente dañada o amenazada en su libertad; ha pasado por todas las instancias de la administración de justicia ordinaria penal, tiene el derecho de interponer Acción de Hábeas Corpus - recurrir ante el fuero del Tribunal Constitucional para la revisión de la legalidad y proporcionalidad de la medida coercitiva impuesta en su contra; y, que la máxima instancia constitucional se pronuncie para hacer cesar tal violación a su libertad en caso de haberse producido.

El derecho a la libertad individual así como la presunción de inocencia son garantías fundamentales inherentes a toda persona; sin embargo, no son absolutas e ilimitadas, se encuentran sujetas a limitaciones o restricciones previstas tanto en la Constitución como en el Nuevo Código Procesal Penal, en función a garantizar y tutelar otros bienes jurídicos o derechos relevantes; que igualmente se encuentran garantizados en la Constitución Política del Estado.

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú; señala que el fin supremo de nuestra sociedad y Estado es la defensa de la dignidad humana; y entendemos que esa es la razón para la existencia de reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional; que sostiene con uniformidad e intensidad que la

prisión preventiva es una regla excepcional de *última ratio*. Toda persona humana es considerada digna cuando goza de libertad personal que le permita realizarse libremente, construir con independencia su proyecto de vida, sin afectar el derecho de terceros. Restringir la libertad física de una persona, impide el goce de otros derechos fundamentales; como el derecho a vivir en unión familiar, trabajar, estudiar, realizar deporte, profesar activamente su religión, preservar su salud y otros; por lo que se considera que la privación de libertad es una medida drástica y grave que ocasiona la ruptura del proyecto de vida del individuo – investigado dentro de un Estado Constitucional de derecho.

Existe pleno reconocimiento a nivel del derecho constitucional y penal sobre la tutela de la libertad personal, a nivel internacional existe abundante normativa, jurisprudencia y doctrina sobre pautas y directivas respecto al tratamiento de este derecho fundamental; sin embargo, en las resoluciones judiciales sobre prisión preventiva sucede lo contrario, existe grave problemática respecto a su aplicación.

En tal sentido, la adopción de la “Teoría del Riesgo” como instrumento dogmático de política criminal; resultará idónea y eficiente para el tratamiento de una medida excepcional de “prisión preventiva” para restringir la libertad personal de un imputado que aún no cuenta con sentencia condenatoria en su contra.

La “Teoría del Riesgo” permitirá realizar el análisis y valoración objetiva del “*periculum libertatis*” o peligrosismos procesales; conjuntamente con el *principio de proporcionalidad* sobre la existencia de *sospecha fuerte* o *sospecha suficiente*; según el tipo de delito, que se concrete a futuro el riesgo de fuga u obstaculización probatoria en la conducta del imputado sometido a la investigación de un delito, que impida la averiguación de la verdad y el cumplimiento de los fines del proceso penal.

2.3. Postura Personal con Fundamento Teórico

La medida cautelar de restricción de la libertad personal es excepcional, extraordinaria, intensa y radical, ya que neutraliza la libertad locomotora del

imputado sometido a un proceso penal, sin que exista sentencia condenatoria firme en su contra; es derecho de toda persona que “sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, así lo prescribe el inciso e del artículo 2° de la Constitución; este derecho fundamental a la garantía constitucional de “presunción de inocencia” se ve colisionado por aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva regulada en los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP del 2004. Considerando que la libertad es un derecho fundamental garantizado por la Constitución, Carta Magna de primer rango frente a otras leyes como el Nuevo Código Procesal Penal que legitima la institución coercitiva de prisión preventiva; en tal supuesto su aplicación es considerada excepcional y de *última ratio*; por el Juez Penal; únicamente en la medida que haya valorado que se ha dado cumplimiento a los principios de legalidad, excepcionalidad, y proporcionalidad; que garantizan su imposición y adoptando la Teoría del Riesgo que permita verificar objetivamente la existencia de *sospecha fuerte* o *sospecha suficiente* de concretarse a futuro el riesgo de fuga u obstaculización probatoria en la conducta del imputado.

El Tribunal Constitucional, ha señalado que es deber de los jueces de la República; en los pedidos sobre restricción del derecho a la libertad individual, considerar el derecho a la presunción de inocencia y las garantías constitucionales que asisten a toda persona sometida a juicio; debiendo emitir decisiones judiciales que sean motivadas, razonadas y proporcionadas.

Nuestra propuesta es la adopción de la Teoría del Riesgo, como método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, para resolver la problemática sobre el incremento y desnaturalización de la prisión preventiva; por los Jueces de Investigación Preparatoria en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública. Teoría que está compuesta de dos presupuestos: *El fumus commissi delicti* y *periculum libertatis*. Sobre el primero, se requiere existencia de sospecha fuerte de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o

partícipe del mismo; sobre el segundo, se requiere existencia de sospecha fuerte mediante acreditación de datos, elementos o circunstancias objetivas de la causa que hagan colegir razonablemente con probabilidad alta, la capacidad del imputado para fugar u obstaculizar la actividad probatoria. Para ello, el Juez de la investigación preparatoria debe realizar un razonamiento lógico-crítico, mediante reglas de lógica, ciencia y máximas de la experiencia que acrediten que los indicios estén probados; de tratarse de indicios contingentes, que sean plurales, concordantes y convergentes; sin la presencia de conraindicios, para llegar a la convicción que el *periculum libertatis* está acreditado. Para finalmente, en base al principio de proporcionalidad determinar si realmente la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para restringir el derecho a la libertad personal que goza de protección constitucional.

2.4. Hipótesis :

La hipótesis defendida es que los jueces, en efecto, sí deben aplicar, con la misma intensidad y equivalencia, los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción, siendo, en base a “La Teoría del Riesgo” .

“La Teoría del Riesgo” es un método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, que permitiría resolver la problemática sobre el incremento y desnaturalización de la prisión preventiva; tal como se aprecia en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública.

“La Teoría del Riesgo” está compuesta de dos presupuestos: *El fumus comissi delicti* y *el periculum libertatis*. Sobre el primero, se requiere existencia de sospecha fuerte de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; sobre el segundo, se requiere existencia de sospecha fuerte

de acreditación concreta de datos, elementos o circunstancias objetivas de la causa que hagan colegir razonablemente con probabilidad alta, la capacidad potencial del imputado para fugar u obstaculizar la actividad probatoria. Para ello, el Juez de la investigación preparatoria deberá realizar un razonamiento mediante reglas de lógica, ciencia y máximas de la experiencia que le permitan formar convicción que los indicios estén probados; indicios contingentes, plurales, concordantes y convergentes; sin conraindicios, para llegar a colegir razonablemente por el principio de proporcionalidad que el *periculum libertatis* se producirá; por ende la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional para restringir el derecho de libertad personal que goza de protección constitucional.

2.5. Desarrollo de la Hipótesis:

La Teoría del Riesgo, se compone de dos presupuestos inescindibles, estructurado sobre una base-plataforma o primer presupuesto material del *fumus comissi delicti* (información sustancial, racional, idónea y suficiente sobre la existencia de un hecho que constituya delito y que vincule al imputado); en el índice, baremo, grado o estándar de **sospecha fuerte**, el que tiene un componente procesal ya que deben valorarse los indicios que acreditarían la presencia de tipicidad, punibilidad y perseguibilidad.

La sospecha fuerte del *fumus comissi delicti*; constituye una *condición sine quanon* para requerir prisión preventiva, entendida como la sospecha del más alto grado y anterior a la certeza que se declara en la sentencia más allá de toda duda razonable. Si bien este presupuesto se sustenta en temas de imputación necesaria o suficiente, respecto al tipo penal imputado; también contiene aspectos procesales respecto a la valoración de indicios o pruebas anticipadas en las que el operador jurídico deberá realizar una prognosis sobre aspectos del delito imputado y su relación con los elementos de prueba que vinculan al procesado como autor o partícipe del delito.

Sin embargo, la valoración del primer presupuesto es *preliminar*, toda vez que las cuestiones probatorias se actuarán en la etapa correspondiente del juicio y se confirmaran o desvirtuaran en la sentencia, por ello, el análisis aludido no tiene la misma intensidad que el requerido en una sentencia.

Con respecto al *fumus comissi delicti*; la Sentencia Plena Casatoria N°01-2017/CIJ-433, ha establecido como estándar o grado de convicción para dictar mandato de prisión preventiva: sospecha grave, -la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia. Este presupuesto material-procesal se basa en los indicios o elementos probatorios del caso en concreto, no pudiéndose valorar otros aspectos que se relacionen a otros casos en que estuviera investigado el imputado.

La *sospecha fuerte* del *periculum libertatis* constituye el elemento primordial y de mayor intensidad en su valoración por el Juez de la investigación preparatoria, su naturaleza esta circunscrita al campo eminentemente procesal penal en sus vertientes de peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria.

A diferencia del primer presupuesto, en el *periculum libertatis* en cualquiera de sus vertientes o en ambas, el Juez debe realizar un análisis profundo y completo respecto al índice, baremo, grado o estándar de **sospecha fuerte**. En este presupuesto procesal de naturaleza provisional y variable debe concluirse que efectivamente se encuentran acreditados los elementos materiales que hacen colegir al juzgador sobre la fehaciente potencialidad en la actitud del imputado de alta probabilidad que eludirá la justicia por fuga o entorpecerá la actividad probatoria.

Así la Teoría del Riesgo conformada por los dos presupuestos: *El fumus comissi delicti* y *el periculum libertatis*; y pena superior a 04 años de pena privativa de libertad, son copulativos conforme lo establece el artículo 268° de NCPP; norma procesal que no distingue primacía alguna de tal o cual presupuesto; sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido el baremo o estándar de *sospecha fuerte* para su tratamiento.

Esta Teoría concede al *periculum libertatis* mayor relevancia y análisis procesal para que conjuntamente con el principio de proporcionalidad que goza de garantía y respaldo constitucional, se determine si es idónea, necesaria y estrictamente proporcional la concesión de la medida cautelar; al haberse acreditado que existe alta probabilidad por *sospecha fuerte* que el imputado incurrirá en cualquiera de las dos vertientes de los riesgos procesales.

Si bien la Teoría del Riesgo reúne a los dos presupuestos ya señalados, ambos son inescindibles, deben confluír en el pedido cautelar, su intensidad y equivalencia son diferentes; el primer presupuesto contiene *el fumus comissi delicti* formado en el campo sustantivo dogmático penal con relación a la teoría del delito, análisis de la culpabilidad por ende imputación suficientes que versa sobre tipicidad y perseguibilidad; aunado al *campo adjetivo dogmático procesal penal* que requiere la valoración preliminar de los indicios suficientes y graves que vinculan al imputado como autor o partícipe del delito, sin ratificar o desvirtuarlos, ya que ello se ejecutará en la etapa del juicio y finalmente se determinará en la sentencia; éste análisis no es similar en el presupuesto del peligrosismo procesal.

El análisis en la Teoría del Riesgo del segundo presupuesto *del periculum libertatis* es diferente, su valoración es total en el momento de la audiencia de prisión preventiva, no está permitido un razonamiento preliminar, ello sería arbitrario. Por la naturaleza instrumental y variable de la medida de coerción personal; debe necesariamente pronunciarse si los indicios o elementos de prueba alcanzar el grado de sospecha fuerte en ese momento; y si es así, corresponde una motivación cualificada de la medida.

Es del caso señalar que el presupuesto del *peligrosismo procesal*, es el que debe definir si finalmente se va conceder la medida de coerción personal.

La Teoría del Riesgo pondrá énfasis en el presupuesto procesal del *periculum libertatis*, desarrollados en los artículos 269° y 270° de NCPP los que establecen referentes, criterios o tipologías para medir la presencia de peligros procesales - riesgos potenciales, que en caso de producirse evitarían continuar con el desarrollo del proceso penal y eventualmente la ejecución de la pena.

Con relación a la vertiente del *peligro de fuga*, el numeral 269° del NCPP prevé cinco criterios o elementos referenciales: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas. Respecto al supuesto 3 formulamos nuestra disconformidad, considerando que pertenecen al ámbito de la responsabilidad civil, toda vez que la autoría y responsabilidad del daño causado se verá en la sentencia; y la “actitud voluntaria del imputado para repararlo” forzaría el reconocimiento del imputado a fin de reconocer “culpabilidad” lo que igualmente será determinado en el juicio – contradictorio y finalmente la sentencia.

La calificación del *peligro de fuga* debe tener en cuenta **tres tipos de arraigo: familiar, profesional y social**, sus conexiones internacionales, el nivel económico para abandonar el país o mantenerse oculto. El *peligro de fuga* es la vertiente más frecuente y recurrente para decretar prisión preventiva; ya que la fuga o ausencia del imputado, frustraría la realización plena de tutela jurisdiccional; impediría el cumplimiento de los fines del proceso penal; la averiguación de la verdad y alcanzar justicia. Teniendo en consideración que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución Política; esta vertiente debe ser analizada en base al principio de proporcionalidad, a fin de poder determinar si es idónea, necesaria y estrictamente proporcional.

A mayor existencia de elementos que acrediten el arraigo del imputado, existiría menor riesgo de fuga. El Tribunal Constitucional ha sostenido que “La posesión de bienes genera arraigo” (Exp N° 1091-2002-HC/TC); sin embargo, el

arraigo debe ser de calidad y no de cantidad. Estamos ante arraigo de calidad, cuando existe concurrencia de arraigo familiar, profesional y social, los que brindan una calidad de arraigo que baja el riesgo de fuga. Ello no significa que la presencia de algún tipo de arraigo descarte la imposición de prisión preventiva (Resolución Administrativa N°325-2001-P-PJ 13.09.2011) la exigencia resulta de valorar o ponderar la calidad del arraigo.

El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo familiar: lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado, el arraigo domiciliario: existencia de un domicilio conocido de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia; y, el arraigo laboral consiste en la capacidad de subsistencia proveniente de un trabajo desarrollado en el país.

Para el caso de extranjeros residentes, no implica peligro de fuga su sola condición de extranjero, sería discriminatorio por razón de su nacionalidad.

No es suficiente la gravedad de la pena para la imposición de prisión preventiva, se debe considerar los valores morales del imputado, su comportamiento en el proceso y otros procesos, sus antecedentes.

Con relación a la vertiente del peligro de obstaculización probatoria, el artículo 270° del NCPP establece para su calificación el riesgo razonable que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, y 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El peligro de obstaculización probatoria, es menos intenso que el peligro de fuga, de difícil sustentación por versar sobre hechos que podrían acontecer en el futuro. Es necesario valorar los antecedentes del imputado y otras circunstancias de acuerdo al caso concreto; se requerirán fundados datos relevantes y objetivos; para prevenir o evitar que la libertad del imputado sea utilizada de mala fe o dolosamente. No constituye un presupuesto relevante para decretar una medida cautelar; al estar dotado el aparato estatal de eficaces mecanismos procesales como los previstos en el artículo 242° del NCPP que

regulan la actuación anticipada de la prueba, en casos de declaraciones testimoniales, o realización del examen de peritos con urgencia; careo entre las personas que ya han declarado, reconocimiento, inspecciones o reconstrucciones. No resulta proporcional que la inoperatividad y falta de eficacia del aparato estatal traslade el éxito de la investigación en sacrificio de la libertad del imputado; salvo los casos de criminalidad organizada, e ilícitos complejos que desbordan la eficacia del Estado, en los que sí es posible valorar como *ultima ratio* la prisión preventiva, al acreditarse objetivamente la existencia en concreto de *sospecha fuerte* respecto a la conexión del imputado con la criminalidad organizada, contándose con pruebas suficientes y relevantes que encuentran activa su vinculación, movimiento y conexiones.

En el presupuesto del *periculum libertatis* en sus vertientes: peligro de fuga u obstaculización probatoria, se calificará el comportamiento del imputado en el proceso materia del requerimiento cautelar de prisión preventiva, así como en otro procedimiento anterior; que reflejará su voluntad de someterse a la persecución penal (Art. 269.4). El peligro procesal no se presume, debe realizarse la verificación en cada caso en concreto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso. Lo que no sucede con el presupuesto del *fumus comissi delicti*; que requiere el análisis del caso concreto y específico; no siendo permitido valerse de otros procedimientos anteriores.

El Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, establece para el presupuesto del *periculum libertatis*, el requerimiento de un nivel cualificado al baremo de *sospecha fuerte o grave* para la imposición de prisión preventiva, infiriéndose que el pedido cautelar sustentado en *sospecha inicial simple*, *sospecha reveladora* o *sospecha suficiente*; no permiten el amparo de la medida cautelar y resultaría infundado. La *sospecha fuerte* del *fumus delicti comissi* y *gravedad del delito*; no resultarían suficientes para decretar prisión preventiva; lo relevante y determinante es la *sospecha fuerte*: acreditación objetiva sobre existencia de *alto grado de probabilidad* de circunstancias o indicadores que concreten los riesgos procesales (*periculum libertatis*).

Pese al abundante tratamiento jurisprudencial y doctrinario de la medida cautelar de prisión preventiva, esta problemática sobre su uso sigue en incremento como lo demuestran las estadísticas; por lo que, la adopción de la Teoría de Riesgo sería de utilidad.

Se deben considerar la imposición de otras medidas de coerción personal menos gravosas que puedan cumplir el mismo fin; de vincular y arraigar al imputado al proceso, entre ellas: la detención domiciliaria (Art. 290° NCPP), comparecencia restringida (Art. 287° NCPP), la comparecencia restringida con vigilancia electrónica personal (Art. 287-A NCPP), el impedimento de salida del país (Art 295° NCPP) y la suspensión preventiva de derechos (Art. 297° NCPP).

La medida de suspensión preventiva de derechos, resulta perfectamente aplicable en los procesos por delitos contra la Administración Pública, que son sancionados con pena accesoria de inhabilitación; en caso se presente la vertiente del *peligrosismo procesal* de obstaculización de la actividad probatoria. Su objeto es impedir al imputado por razón de su cargo u oficio, obstruya la averiguación de la verdad, así como evitar la reiteración delictiva.

Por todo lo expuesto, la hipótesis aquí defendida es que los jueces, en efecto, sí deben aplicar, con la misma intensidad y equivalencia, los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción.

2.6. Contrastación de Hipótesis

En la presente tesis “La Prisión Preventiva y la Teoría del Riesgo en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima”, hemos identificado un problema y planteado una hipótesis que se va a contrastar a fin de validarla o desestimarla.

El problema planteado fue:

¿Los jueces deben aplicar el mismo grado de *sospecha fuerte* al analizar los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción?

VALIDACIÓN: Se convalida la hipótesis planteada, en mérito al análisis jurídico dogmático del contenido de la propuesta: “La Teoría del Riesgo” que establece que para la concesión de la medida restrictiva personal de la libertad, debe contarse con la existencia concreta del *fumus comissi delicti y periculum libertatis*; a nivel de sospecha fuerte como presupuestos inescindibles; deben coexistir ambos; para finalmente en base al *principio de proporcionalidad* determinar si realmente es necesaria e idónea la imposición de la medida para los fines del cumplimiento del objeto del proceso penal.

El nuevo modelo acusatorio garantista previsto en el NCPP; cambio radicalmente el procedimiento de aplicación de medidas coercitivas procesales penales, en el anterior modelo el Juez Penal era quien tenía la potestad de decretarla en el auto de apertura de instrucción sin convocatoria de audiencia; con el nuevo modelo acusatorio garantista, el Juez actúa como tercero imparcial, y antes de resolver el pedido de prisión preventiva, debe convocar a las partes: Fiscal e imputado a una audiencia, que se cumplan los principios de inmediación, contradicción y del derecho de defensa de la persona contra quien se está requiriendo la restricción de su libertad personal.

En tal sentido, según lo dispuesto por el NCPP para decretar la prisión preventiva, se deben cumplir los presupuestos materiales previstos en el artículo 268° de la norma adjetiva así como el principio de proporcionalidad; y los presupuestos o indicadores referenciales contenidos en los artículos 269° y 270° del NCPP; que objetivamente evidencien alta probabilidad de *sospecha fuerte o sospecha suficiente* según sea el delito investigado, que en el futuro existe riesgo de fuga u obtaculización probatoria en la conducta del imputado que haga peligrar

la averiguación de la verdad y los fines del proceso penal. Siendo que mediante la “Teoría del Riesgo” se brinda una fórmula sobre la existencia de los presupuestos señalados en la norma procesal penal, que conjuntamente con el *principio de proporcionalidad*; el cual goza de garantía constitucional se valorará en forma idónea los pedidos de medida cautelar.

Ello contribuirá a un mejor tratamiento de la medida cautelar de prisión preventiva, evitando se continúen emitiendo resoluciones judiciales estereotipadas, que se sustentan en la complejidad y gravedad del delito; lo cual no es suficiente para privar de libertad a un imputado; ya que la regla general es que sea sometido a proceso penal en libertad.

Existe alto índice de requerimientos y concesiones de prisiones preventivas en el distrito judicial de Lima, por delitos contra la Administración Pública; sigue en ascenso según las estadísticas; por lo que estimamos que la adopción de la “Teoría del Riesgo” al momento de resolver los pedidos de coerción personal será un método idóneo que garantizará el debido proceso y la seguridad jurídica.

La problemática sobre la medida cautelar de prisión preventiva, tiene antecedentes en la investigación realizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA-JSCA en: “La prisión preventiva en el Perú. Estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales con el Nuevo Código Procesal Penal”; realizado en el año 2010. Siendo sus consideraciones finales las siguientes:

- “...Aunque la prisión preventiva no fue dispuesta en las 112 audiencias, sí se logró en una porción importante (75 casos) lo que hace suponer que sino en todos, por lo menos en porcentaje cercano al 100%, se justificaba la aplicación de la medida;
 - 107 de los detenidos fueron capturados en flagrancia, por lo que la defensa llegó a la audiencia de prisión preventiva con algunas circunstancias en contra; y;
 - Si del debate en audiencia, los defensores advierten las debilidades de los casos, por lo que podrían motivar que sus patrocinados se acojan a un proceso especial, como es la Terminación Anticipada, logrando con ello importantes beneficios.
- Entonces el alto índice de apelaciones de defensa, no estaría orientado a cuestionar la intervención del Ministerio Público, sino a exigir la debida motivación del fallo judicial; que como ya hemos visto, se emitiría con algunas deficiencias, no quedando clara la valoración de

los jueces sobre cada uno de los presupuestos normativos” (Informe Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA-JSCA).

En mérito a las consideraciones expuestas, siendo la problemática de aplicación de prisión preventiva de larga data, abordamos el problema: ¿Los jueces deben aplicar el mismo grado de *sospecha fuerte* al analizar los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción? . Siendo la hipótesis defendida que los jueces, en efecto, sí deben aplicar, con la misma intensidad y equivalencia, los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción, en base a “La Teoría del Riesgo” .

“La Teoría del Riesgo” es un método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, que permitiría resolver la problemática sobre el incremento y desnaturalización de la prisión preventiva; tal como se aprecia en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, en la investigación de delitos contra la Administración Pública. se estima que la adopción de “La Teoría del Riesgo”; como instrumento de política criminal en los requerimientos cautelares; sería beneficioso para garantizar los derechos y garantías del imputado; se cumplan las reglas del debido proceso ante la existencia de sospecha fuerte y sospecha suficiente que se concrete objetivamente a futuro el riesgo de fuga u obstaculización probatoria, en la conducta del imputado sometido a investigación penal; que frustre los fines del proceso penal.

CAPÍTULO 3: CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Siendo la Teoría del Riesgo; un método de interpretación y análisis dogmático procesal penal; cuyo objetivo es conseguir la correcta aplicación del *periculosismo procesal* por parte de los Jueces Penales; y mejor resolver los requerimientos de prisión preventiva, se garantizaría la aplicación de las reglas del debido proceso y garantías de la Administración de Justicia previstas en la Constitución; y, la normatividad procesal penal; traería consecuencias óptimas para los fines de política criminal respecto al uso, interpretación y aplicación de la medida de coerción personal contra el imputado dentro del marco de una investigación penal.

La propuesta de adopción de la Teoría del Riesgo, no requiere la dación y expedición de normas procesales penales; no resultan necesarias, ya que basta la correcta aplicación por parte de los Fiscales y Jueces de los principios constitucionales que garantizan el derecho a la libertad personal de toda persona, el debido proceso y garantías de Administración de Justicia; cuya base está plasmada en la Constitución y el Nuevo Código Procesal Penal.

Si bien la garantía de presunción de inocencia en beneficio del imputado tiene rango constitucional, así como la libertad personal, es posible, que, en aras del principio de seguridad y el cumplimiento de los fines del proceso penal como la averiguación de la verdad; el Juez Penal ante la existencia de *sospecha fuerte* que concrete a futuro el riesgo de fuga u obstaculización probatoria, dicte mandato de prisión preventiva contra el investigado.

Sin embargo, con la adopción de “La Teoría del Riesgo” se puede garantizar que la medida a decretarse resulte idónea, racional y proporcional.

La implementación de la propuesta no irrogaría ningún costo económico en su ejecución; porque su aplicación estaría a cargo de los operadores Fiscal y Juez Penal.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

La adopción de “La Teoría del Riesgo” resultaría beneficiosa en su aplicación como instrumento - método de política criminal en el tratamiento de los requerimientos y concesión de “prisión preventiva”; permitiría resolver problemas de larga data que colisionan y atentan contra el valor más preciado del ser humano: la libertad personal y presunción de inocencia; protegidos por la Constitución del Estado.

Su adopción beneficiaría al Sub Sistema Anticorrupción- NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, que comprende Fiscales, Jueces, Defensores de Oficio, Procuraduría y personas sometidas a proceso penal; en el tratamiento de la prisión preventiva; aportaría utilidad y eficacia al ser ejecutada directamente por Fiscales y Jueces, sin generar gasto en su implementación.

La adopción de “La Teoría del Riesgo” significaría contar con un método de análisis dogmático eficiente e idóneo; que garantice la necesaria valoración de los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad; que permitan eventualmente su restricción; logrando que su aplicación no sea regla general como actualmente se observa, sino excepcional.

La justificación de la presente tesis jurídico-normativa es relevante a fin de resolver los problemas actuales de “prisión preventiva” que vienen de larga data, y colisionan con derechos protegidos por la Constitución Política del Estado Peruano.

CONCLUSIONES

1.- Desde la vigencia del NCPP, en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima, la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva en la investigación de los delitos contra la Administración Pública, se ha venido incrementando y desnaturalizando, perdiendo su naturaleza excepcional y de última ratio, para convertirse en regla general, colisionando con el derecho a la libertad personal, presunción de inocencia y proporcionalidad que son inherentes a su constitucionalidad.

2.- Los jueces penales no vienen aplicando el mismo grado de *sospecha fuerte* en los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal; en los requerimientos de prisión preventiva, desvirtuando su naturaleza excepcional y de última ratio, colisionando con su naturaleza jurídica instrumental y variable.

3.- Los jueces penales deben aplicar el mismo grado de *sospecha fuerte* al analizar los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción; proponiéndose la Teoría del Riesgo, como un mecanismo procesal para realizarlo y cesar el incremento de dicha medida.

4.- Resulta pertinente la adopción de “La Teoría del Riesgo” en el Subsistema Anticorrupción – NCPP y Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lima”; en la investigación de los delitos contra la Administración Pública, como método de interpretación y análisis dogmático procesal penal de los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP, para resolver los requerimientos de medida cautelar de prisión preventiva.

5.- “La Teoría del Riesgo” está compuesta de dos presupuestos: el *fumus delicti comissi* que conjuntamente con la *gravedad del delito*; no resultan suficientes

para decretar prisión preventiva; y, el peligrosismo procesal (*periculum libertatis*) que será relevante y determinante para el amparo excepcional de la medida cautelar.

6.- Mediante Sentencia Plena Casatoria N°01-2017/CIJ-433 y Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116; se llega a determinar que el pedido de prisión preventiva requiere el índice-baremo de *sospecha fuerte* tanto en el aspecto dogmático penal-procesal de la existencia de un delito y vinculación con el imputado; como en el aspecto procesal con la determinación de alta probabilidad de concretarse los peligros de fuga y obstaculización de la actividad probatoria, en tanto la sospecha inicial simple, sospecha reveladora o sospecha suficiente; no resultan apropiadas para el amparo de la cautelar.

7.- Los presupuestos del *fumus delicti comissi* y peligrosismo procesal (*periculum libertatis*) son inescindibles en la valoración de la prisión preventiva; ambos requieren la existencia de **sospecha fuerte** de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, en el ámbito penal de la imputación necesaria y suficiente; y fuertes elementos de convicción de la existencia y acreditación de datos, elementos o circunstancias objetivas en cada caso concreto, que hagan colegir razonablemente probabilidad alta de peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria, en el ámbito procesal penal del peligro procesal; por lo que ambos presupuestos requieren del mismo baremo de sospecha fuerte.

8.- Se requiere que el Juez de la investigación preparatoria, en base a “La Teoría del Riesgo” realice un razonamiento lógico-crítico, utilizando reglas de lógica, ciencia y máximas de la experiencia; para verificar que los indicios estén probados; de tratarse de indicios contingentes, que sean plurales, concordantes y convergentes; sin la presencia de contraindicios, para llegar a la convicción que el *periculum libertatis* está acreditado con alta probabilidad.

9.- La importancia y relevancia del *peligrosismo procesal*, obedece a la naturaleza jurídica de la medida cautelar de prisión preventiva, su carácter eminentemente procesal, instrumental y variable; cuyo objetivo y fin es el desarrollo óptimo del proceso penal; no siendo acorde a valoraciones sobre responsabilidad penal que serán desarrolladas en el juicio y determinada finalmente en la sentencia del proceso penal.

10.- El *peligro de fuga* es la vertiente más frecuente y recurrente para decretar prisión preventiva; ya que la fuga o ausencia del imputado, frustraría la realización plena de tutela jurisdiccional; impediría el cumplimiento de los fines del proceso penal; la averiguación de la verdad y alcanzar justicia. El *peligrosismo procesal* en su vertiente, *obstaculización probatoria*, es menos frecuente para sustentar el pedido de prisión preventiva.

11.- Para la calificación del *peligro de fuga* se tendrá en cuenta el arraigo no de cantidad sino de calidad, entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo familiar: lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado, el arraigo domiciliario: existencia de un domicilio conocido de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia; y, el arraigo laboral: capacidad de subsistencia proveniente de un trabajo desarrollado en el país.

12.- El *peligro procesal* no se presume, debe realizarse la verificación en cada asunto, fundada en circunstancias objetivas y ciertas del caso. No es suficiente la gravedad de la pena para la imposición de prisión preventiva, se debe considerar los valores morales del imputado, su comportamiento en el proceso y otros procesos anteriores; así como sus antecedentes.

13.- En el presupuesto del *periculum libertatis* en sus vertientes: *peligro de fuga* u *obstaculización probatoria*, se calificará el comportamiento del imputado en el proceso materia del requerimiento cautelar de prisión preventiva, así como en otro procedimiento anterior; que reflejará su voluntad de someterse a la

persecución penal (Art. 269.4). Lo que no sucede con el presupuesto del *fumus comissi delicti*; que requiere el análisis del caso concreto y específico; no siendo permitido valerse de otros procedimientos anteriores.

14.- Acreditados mediante el baremo de *sospecha fuerte* los presupuestos establecidos en el artículo 268° del NCPP, el Juez de la investigación preparatoria deberá realizar el último examen y análisis de la proporcionalidad la medida coercitiva, al ser un principio que goza de garantía constitucional por restringir el derecho fundamental de libertad personal.

15.- La medida cautelar de prisión preventiva es una medida excepcional, previa acreditación conjunta, objetiva y concreta de presupuestos establecidos por el artículo 268°, 269° y 270° del NCPP; artículo VI del Título Preliminar del NCPP y última parte del artículo 200° de la Constitución Política del Estado, que dispone el examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida restrictiva coercitiva personal.

RECOMENDACIONES

1.- Los jueces penales deben aplicar el mismo grado de *sospecha fuerte* al analizar los presupuestos de apariencia delictiva y peligro procesal en los requerimientos de prisión preventiva, en la investigación de delitos contra la Administración Pública en el Subsistema Anticorrupción; proponiéndose la Teoría del Riesgo, como un mecanismo procesal para realizarlo y cesar el incremento de dicha medida.

2.- El uso y adopción de “La Teoría del Riesgo” en el Subsistema Anticorrupción, para resolver los requerimientos de prisión preventiva; en la investigación de los delitos contra la Administración Pública; será beneficioso para los fines de política criminal sobre aplicación de la medida cautelar de coerción personal.

2.- La adopción de “La Teoría del Riesgo” en el Subsistema Anticorrupción, para resolver los requerimientos de prisión preventiva; permitirá repotenciar el derecho de defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; que se vinculan a la protección de derechos garantizados constitucionalmente como el derecho a la libertad personal, la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la medida como *última ratio*.

3.- Conformar grupos de trabajo entre Fiscales y Jueces Penales del Subsistema Anticorrupción, y órganos jurisdiccionales penales competentes; a fin de fomentar el debate sobre la adopción de “La Teoría del Riesgo” como instrumento de política criminal para la correcta aplicación dogmática procesal del “*peligrosismo procesal*” previsto en los artículos 269° y 270° del NCPP.

4.- Conformar grupos de trabajo entre Fiscales y Jueces Penales del Subsistema Anticorrupción, y órganos jurisdiccionales penales competentes; a fin que establezcan criterios técnicos legales de política criminal en el ámbito del derecho procesal penal, que garanticen resolver con predictibilidad y eficiencia los

requerimientos de prisión preventiva en cumplimiento de diversas sentencias casatorias, sentencia plena casatoria N°01-2017/CIJ-433 y Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116; que han establecido criterios normativos y vinculantes sobre el correcto uso y aplicación de la prisión preventiva.

5.- Realizar diplomados, seminarios y/o cursos de capacitación a nivel internacional dirigidos a Fiscales y Jueces Penales del Subsistema Anticorrupción, y órganos jurisdiccionales penales competentes; dictado por Organismos Internacionales de reconocida trayectoria, sobre aplicación del control convencional de constitucionalidad de principios y garantías que rigen la política criminal sobre el uso de la prisión preventiva; previstas en normatividad de Organismos Supranacionales, Constitución y NCPP, con énfasis en los “peligrosismos procesales” regulados en los artículos 268°, 269° y 270° del NCPP para valorar con predictibilidad la *sospecha fuerte* como baremo de sustento de la medida cautelar.

6.- Realizar diplomados, seminarios y/o cursos de capacitación a nivel nacional dirigidos a Fiscales y Jueces Penales del Subsistema Anticorrupción, y órganos jurisdiccionales penales competentes; para intensificar la adopción del tratamiento de garantías y principios constitucionales, y del ámbito procesal penal, que regulan los fines de política criminal y su correcta aplicación en la medida cautelar de prisión preventiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amoretti Pachas, Mario (2013) Prisión y detención preventiva, Magna Editorial, Lima.

Asencio Mellado, José María (2016) Derecho Procesal Penal. Estudios Fundamentales. Editores: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Servicios Gráficos JMD SRL. Lima.

Asencio Mellado, José María (2018) Amoretti Pachas, Mario; Rosillo Sánchez, Omar Levi; Reynaldi Román, Roberto Carlos; García Calizaya, Carmelo; Bermeo Cevallos, Luis Arturo; Balazar Paz, Víctor Manuel. La prisión preventiva. Comentarios a casos emblemáticos. Coordinador: Heydegger, Francisco R. Instituto Pacífico Editores SAC. Lima-Perú.

Asencio Mellado, José María (2017) Los presupuestos de la prisión provisional: la excepcionalidad de prisión provisional y el procedimiento de colaboración eficaz. En Asencio Mellado, José María y Castillo alva, José Luis (Dir.), Colaboración Eficaz, prisión preventiva y pruebas, Ideas, Lima.

Barak, Aharon (2017) Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima: Palestra Editores.

Basadre Ayulo, Jorge (2011) Historia del Derecho Universal y Peruano. Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL. Lima-Perú.

Bello Merlo, Ever (2019) Excepcionalidad de la prisión preventiva ¿Realidad o quimera? Lima: Editores del Centro.

Bello Merlo, Ever (2019) Excepcionalidad de la Prisión Preventiva ¿Realidad o Quimera? & Otras Instituciones del Derecho Procesal Penal y Derecho Penal. Talleres Gráficos de Editores del Centro. Lima-Peru.

Bernal Pulido, Carlos (2007) El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3era ed., Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Binder, Alberto M. (2009) Introducción al Derecho Procesal Penal. 2º edición, 5º reimpresión. Buenos Aires. Ad-Hoc.

Butrón Zeballos, Udelia (2016) Chayña Aguilar, Luis. Dogmática Penal aplicada y cuestiones actuales del derecho penal económico y de la empresa. Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL. Lima-Perú.

Calderon Zumarriva, Ana C. (2011) El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico. Lima: Egacal.

Calderón Cruz, Edmundo P. y Fabián Rosales, Ayme O. (2008) La Detención Preliminar – Ministerio Público y Control Constitucional. Estudio sobre la detención preliminar y el control constitucional para obtener la libertad. Idemsa. Lima-Perú.

Condori Mamani, Roger (2015) La Prisión Preventiva en el Proceso Penal. Adrus Editores SAC. Lima-Perú.

Correa Rubio, Marcial (2009) El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. 10ma ed. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Cubas Villanueva, Víctor (2015) El Nuevo proceso penal peruano. Teoría y practica de su implementación. Segunda Edición. Palestra Editores. Lima.

Cubas Villanueva, Víctor (2017) El proceso penal común: Aspectos teóricos y prácticos. Gaceta Lima.

Espinoza Ramos, Benji (2020) Mendoza Ayma, Celis; León Flores, David; Alejos Toribio, Eduardo; Bello Merlo, Ever; Valle Odar, Frank Carlos; Moreno Nieves, Jefferson Gerardo; Padilla Moran, Jonas; Burgos Alfaro, José David; Ortíz Benites, Juan; Mendoza Calderon, Galileo Galilei y Espinoza Guzmán, Nelvin. La Prisión Preventiva. Aspectos problemáticos actuales. Coordinador: Espinoza Guzmán, Nelvin. Editoria y Librería Jurídica Grijley EIRL. Lima-Perú.

Eto Cruz, Gerardo (2019) 6° edición. Derecho Procesal Constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial. Volumen 1, Volumen 2 y Volumen 3. Editoria y Librería Jurídica Grijley EIRL. Lima-Perú.

del Río Labarthe Gonzalo (2008) La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores EIRL. Lima-Perú.

del Río Labarthe Gonzalo (2016) Prisión preventiva y Medidas Alternativas. Instituto Pacífico Editores SAC. Lima-Perú.

Gómez-Jara Díez (2007) Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidad de Aplicación. Ara Editores. Lima-Perú.

Iberico Castañeda, Luis Fernando (2016) La Impugnación en el Proceso Penal. Pacífico Editores SAC. Lima-Perú.

Kuhlen , Lothar (2012) La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales. Traducida por Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons.

Leiva Córdova, Elizabeth Yudi (2016) El Proceso Inmediato en casos de flagrancia. Aplicación práctica. Lex & Iuris Grupo Editorial. Lima-Perú.

Llobet Rodriguez, Javier (2016) Prisión Preventiva. Límites constitucionales. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima-Perú.

Maier, J. (1980) Cuestiones Fundamentales sobre la Libertad del imputado y su situación en el proceso penal. Editorial Lerner, Buenos Aires-Argentina.

Mixán Más, Florencio (1999) Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones. Ediciones BLG, Trujillo.

Mora Izquierdo, Ricardo y Sanchez Prada, Maria Dolores (2007) La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Bogotá. Editores Gráficos Colombia LTDA.

Moreno Catena, Víctor (1990) “Las medidas cautelares en el proceso penal, La detención”. En: Derecho Procesal Penal. Valencia.

Moreno Catena, Víctor (1995) Valentín Cortés Domínguez y Vicente Gimeno Sendra Introducción al Derecho Procesal. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Neyra Flores, José Antonio (2015) Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo I y Tomo II. Idemsa. Lima.

Oré Guardia, Arsenio (2014) Manual de Derecho Procesal Penal, las medidas de coerción en el proceso penal. Tomo II Reforma, Lima.

Ortell Ramos, M (1993) Derecho Jurisdiccional. Editorial Tirant lo Blanch Valencia-España.

Palacios Dextre, Dario Octavio (2018) Detención Preventiva y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal. Editoria y Librería Jurídica Grijley EIRL. Lima-Perú.

Pastor, Daniel (2002) El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones, Ad Hoc, Buenos Aires.

Peña Cabrera Freyre, Alonso (2013) La prisión preventiva en el marco de la política criminal de “seguridad ciudadana”. En: Las medidas cautelares en el proceso penal, Gaceta, Lima.

Priori Posada, Giovanni (2016) Coordinador Libro de Ponencias de Primer Encuentro de la Red Justicia, Derecho, Constitución y Proceso. Constitución, derecho y derechos. Palestra Editores SAC. Lima-Perú.

Quiroz Salazar, William F. y Araya Vega, Alfredo G. (2014) La Prisión Preventiva desde la perspectiva Constitucional, Dogmática y del Control de Convencionalidad, Ideas, Lima.

Ramos Nuñez, Carlos (2011) Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento, Grijley, Lima.

Ramos Mendez, F. (1997) Proceso Penal Español, Editorial Bosch. Barcelona-España.

Reátegui Sánchez, James (2016) Reátegui Lozano, Rolando y Juárez Muñoz, Carlos A. El Proceso Penal Inmediato en casos de Flagrancia Delictiva. Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL. Lima-Perú.

Roxin, Claus y Schünemann, Bernd (2019) Derecho Procesal Penal. 1° edición Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot. Traductores: Mario F. Amoretti y Darío N. Rolón, revisada por Ignacio F. Tedesco.

San Martin Castro, César (1999) Derecho Procesal Penal. Volumen II. Editorial Grijley. Lima-Perú.

Talavera Elguera, Pablo (1993) "La defensa en el Nuevo Código Procesal Penal". En: Estudios de Derecho Procesal Penal. Oré Guardia, Arsenio. Editorial alternativas, Lima.

Vásquez Rodríguez, Miguel Angel (2013) "La legalidad de las medidas limitativas de derechos (artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal)". En : Principios fundamentales del nuevo proceso penal, Gaceta, Lima.

Vigo Zevallos, Hermilio (2002) Hábeas corpus: Legislación, doctrina, trámite procesal, jurisprudencia, Idemsa, Lima.

Villegas Paiva, Elky A. (2016) Límites a la detención y prisión preventiva. Cuestionamiento a la privación arbitraria de la libertad personal, Gaceta, Lima.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1998) En busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-penal. Buenos Aires. Segunda reimpresión. Ediar.

Villavicencio, Felipe (1986) "Libertad Provisional y Jurisprudencia". En: Debate Penal. Lima.

Resolución Administrativa N.º325-2011-P-PJ “Circular sobre Prisión Preventiva”

Sentencia de la Corte Suprema -Casación N° 626-2013-Moquegua

Sentencia de la Corte Suprema -Casación N° 631-2015-Arequipa

Sentencia de la Corte Suprema -Casación N° 1445-2018-Nacional

Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, del 11 de octubre de 2017

Acuerdo Plenario N °01-2019/CIJ-116, del 10 de septiembre de 2019

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú SSTC 02534-2019-PHC/TC, del 25 de noviembre de 2019. Hábeas Corpus de Keiko Fujimori Higuchi.

ANEXOS:

1.- Oficio N°142-2015-ADM-SSA-NCPP-CSJLL/OJ del 11 de agosto de 2015, emitido por la Administradora del Módulo Penal Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2.- Oficio s/n 2017-JIP-CSJL-COOR-NCPP del 19 de mayo del 2017, emitido por la Coordinadora Juzgado Investigación Preparatoria Especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, de la Corte Superior de Justicia de Lima.



SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN - NCPP
Y CRIMEN ORGANIZADO

Lima, 11 de agosto de 2015

Oficio N° 142-2015-ADM-SSA-NCPP-CSJLI/PJ

Señorita:

CARMEN ESCALANTE SALAZAR

EGRESADA DE MAGISTER DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS.

Presente.-


Referencia: Escrito S/N de fecha 14 de julio de 2015

Tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de atender el escrito de la referencia, y hacerle la entrega de la información solicitada sobre las resoluciones de "**Prisiones Preventivas**" dictadas de este Subsistema Anticorrupción NCPP del año 2013 a 2015, tanto en físico como en video (USB), en la fecha, para los fines académicos que sustenta en el escrito de fecha 14 de junio del presente.

Es propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

PODER JUDICIAL


ELIZABETH RÍOS HIDALGO
ADMINISTRADORA (e)
Módulo Penal Especializado en Delitos
Cometidos por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



PRISIONES PREVENTIVAS 2015 - JUZGADOS DE INVESTIGACION PREPARATORIA

PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N°	FECHA INGRESO	N° EXP.	FALLO	Segunda Instancia	Estado actual
1	22.01.2015	016-2015-1	Infundada	No apelaron	Consentida
2	26.03.2015	468-2014-8	Fundada - 6 meses	Revocaron- 9 meses	Consentida
3	01.04.2015	069-2015-1	Infundada/Comparec. Restrictiva	Revocaron- 9 meses	Consentida

SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N°	FECHA INGRESO	N° EXP.	FALLO	Segunda Instancia	Estado actual
1	21.01.2015	512-2014-5	Fundada - 9 meses	Revocaron	Tramite
2	31.03.2015	533-2014-8	Infundado/ Comparec. Restrictiva	Consentida	Tramite

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N°	FECHA INGRESO	N° EXP.	FALLO	Segunda Instancia	Estado actual
1	27.07.2015	487-2015-1	Fundada - 7 meses	Por elevar	En apelación

PODER JUDICIAL

ELIZABETH RIOS HIDALGO
 ADM. REGISTRADORA (e)
 Módulo Penal Especializado en Delitos
 Cometidos por Funcionarios Públicos
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

PRISIONES PREVENTIVAS 2014 -JUZGADOS DE INVESTIGACION PREPARATORIA

1JIP

1° JIP- PRISION PREVENTIVA						
N°	FECHA	EXPEDIENTE	FALLO	DELITO	Segunda instancia	ESTADO ACTUAL
1	13.01.2014	007-2014-1	Fundado - 5 meses	Cohecho Pasivo Impropio	Consentida	Sentencia T.A. - 4 años 2 meses Efectiva
2	10.02.2014	025-2014-1	Infundada	hecho Activo Genérico y o	Consentida	SENTENCIA T.A - pena suspendida
3	14.02.2014	033-2014-1	Fundado - 9 meses	Cohecho Pasivo Propio	Consentida	Prolongado 3 meses (Aud. 8.5.2015)
4	13.02.2014	126-2013-19	Infundada	favorecimiento a la fuga	consentida	Proceso en tramite
5	05.03.2014	056-2013-3	fundado - 6 meses	Tráfico de Influencias	Consentida	Orden de captura
6	10.03.2014	067-2014-1	Fundado - 6 meses	Cohecho Pasivo Propio	Consentida	Juzgamiento
7	05.03.2014	126-2013-19	Infundada - comp. Restrict.	Cohecho Pasivo Propio	Consentida	Proceso en tramite
8	24.04.2014	102-2014-1	Infundada - comp. Restrict.	Cohecho Activo Genérico	No se elevó	SENTENCIA T.A - pena suspendida
9	15.08.2014	421-2014-2	Fundado - 6 meses	ción de Auxiliares Juridicc	No se elevó	Sentencia T.A. - 2 años 6 meses Efectiva

2JIP

2° JIP- PRISION PREVENTIVA						
N°	FECHA	EXPEDIENTE	FALLO	DELITO	ESTADO ACTUAL	ESTADO ACTUAL
10	13.01.2014	014-2014-1	Fundado - 9 meses	Cohecho Pasivo Propio	Consentida	Sentenciado juicio oral
11	28.02.2014	055-2014-1	Fundado - 5 meses	Cohecho Pasivo Impropio	Consentida	SENTENCIADO T/A
12	18.06.2014	372-2014-3	Fundado	Cohecho Pasivo Propio	confirma	recien con auto de enjuic 03-08-2015
13	05.08.2014	408-2014-2	Infundada (Sala confirma)	Colusion	confirma	Prolongado 3 meses -vence 24-05-14
14	25.08.2014	439-2014-1	Fundada- 9 meses	Cohecho Pasivo Propio	Consentida	Sentenciado juicio oral
15	19.09.2014	471-2014-1	Fundada - 9 mese	Peculado	confirma	tramite
16	21.11.2014	533-2014-1	Fundado - 9 meses	Concusión	confirma	tramite

PODER JUDICIAL

ELIZABETH RIOS HIDALGO
ADMINISTRADORA (e)
Módulo Penal Especializado en Delitos
Cometidos por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRISIONES PREVENTIVAS 2013 - JUZGADOS DE INVESTIGACION PREPARATORIA



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N°	FECHA INGRESO	N° EXP.	Fallo	Segunda Instancia	Estado actual
1	12.02.2013	030-2013-1	Fundado - 2 meses	Revoco - comp. Restrict.	Sentenciado
2	13.05.2013	048-2013-5	infundado y Fundado - 9 meses	Nula y Confirmado	Sentenciado - consentida por sala
3	06.04.2013	061-2013-1	Fundado - 5 meses	No se elevó	Sentencia TA - 4años 2 meses - efectiva
4	20.07.2013	167-2013-2	Fundado - 6 meses	No se elevó	Sentencia TA - 4años 2 meses - efectiva
5	23.07.2013	173-2013-1	Fundado - 9 meses	Confirmado	Sentencia TA - 4años 7 meses - efectiva
6	10.08.2013	195-2013-1	Fundado - 7 meses	Confirmado	Sentencia TA - 1 año 8 meses - efectiva
7	27.07.2013	181-2013-1	Fundado - 9 meses	Confirmado	Sentenciado 22.09.2014 - cuaderno 9
8	22.10.2013	239-2013-2	Fundado - 9 meses	Confirmado	9 meses- Confirmada- libre
9	02.12.2013	290-2013-1	Infundado	No se elevó	proceso sobreseido - cuaderno 4

SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N°	FECHA INGRESO	N° EXP.	Fallo	Segunda Instancia	Estado actual
10	27.04.2013	081-2013-1	Fundado - 9 meses	Confirmado	Sentenciado T/A
11	24.04.2013	070-2013-1	Fundado - 9 meses	Consentida	Sentenciado T/A
12	03.06.2013	112-2013-1	Fundado - 9 meses	confirmaron	Sentenciado Juicio oral
13	08.06.2013	117-2013-0	Fundado - 9 meses	confirmaron	Sentenciado T/A
14	04.07.2013	145-2013-1	Fundado - 9 meses	confirmaron en parte	Juicio Oral
15	29.11.2013	281-2013-1	Fundado - 6 meses	confirmaron	LIBRE

PODER JUDICIAL

ELIZABETH RIGGS HIDALGO
ADMINISTRADORA (e)
Módulo Penal Especializado en Delitos
Comunes por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SUBSISTEMA ANTICORRUPCIÓN –NCPP

Edificio Carlos Zavala Loayza – Jr. Manuel Cuadros N° 182 – Cercado de Lima

Lima, 19 de Mayo de 2017

OFICIO N° - 2017-I/P-CSLI-COOR-NCPP

Señorita

CARMEN ELVIRA ESCALANTE SALAZAR

EGRESADA DE MAGISTER DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS.

Presente.-

Referencia: Escrito S/N de fecha 16 de mayo de 2017

Tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de atender el escrito de la referencia, y hacerle entrega de la información solicitada tanto en físico como en dispositivo USB, sobre la cantidad de expedientes ingresados al Subsistema Anticorrupción, luego que el Ministerio Público emitiera la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria durante los años 2013, 2014 y 2015; precisándole que la carga procesal se encuentra en función a los requerimientos del Ministerio Público y pedidos de la defensa y la Procuraduría Pública.

Asimismo, se le entrega la información de tres (03) formalizaciones de investigación preparatoria de los años 2013, 2014 y 2015, que no cuentan con requerimiento de prisión preventiva, tanto en físico como en dispositivo USB.

Es propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

PODER JUDICIAL

HELENE ANTUANEY GARCÍA ATUNCAR
COORDINADORA
Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado
en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos-NCPP
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CUADRO DE FORMALIZACIONES DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL
2013 – 2015**

JIP	2013	2014	2015	TOTAL
1°	138	273	132	543
2°	146	267	135	548
3°	0	0	33	33
TOTAL	284	540	300	1124

PODER JUDICIAL

HELENE ANTIANET GARCÍA ATUNCAR
COORDINADORA
Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado
en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos - JICPP
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA