CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.° 01-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: **Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**
ASUNTO: Prisión Preventiva: Presupuesto y requisitos

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.° Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.° El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.
∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo.

PODER JUDICIAL

Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.° El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: **A.** Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. **B.** Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos. **C.** Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. **D.** Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. **E.** Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. **F.** Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. **G.** Viáticos y delito de peculado. **H.** Actuación policial y exención de responsabilidad penal.
∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019 se seleccionaron a las personas y representantes de instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.° Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a la Prisión preventiva: presupuestos, los siguientes:

1. Zoraida Avalos Rivera, Fiscal de la Nación.
2. Walter Gutiérrez Camacho, Defensor del Pueblo.
3. José Humberto Abanto Verástegui, José Pimentel Aliaga y Aurelio Pastor, abogados.
4. Omar Sumaria Benavente, abogado y profesor universitario.
5. Ernesto De La Jara, por el Instituto de Defensa Legal – IDL.
6. Juan Humberto Sánchez Córdova, abogado y docente universitario.
7. Ronald Hancco Lloclle, por el Instituto de Investigación de Derecho Económico y Criminal Compliance – IDPECC.
8. Teodorico Claudio Cristóbal Támara, abogado.
9. Dino Carlos Caro Coria, abogado y profesor universitario.
10. Raúl Pérez Llamocllanta, abogado.
11. Karen Abregú Esteban, abogada.
12. Ignacio André Rojas Vera, por el Taller de Derecho Procesal "Mario Alzamora Valdez" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
13. Miguel Ángel Pizarro Guerreo, representante de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.
14. Luis Fernando Ibérico Castañeda, profesor universitario y abogado.
15. Wilbert Medina Bárcena, abogado.
16. César Nakazaki Servigón, abogado y docente universitario.
17. Moisés Paz Panduro, docente universitario y abogado.

5.° La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a los presupuestos de la Prisión Preventiva: **A.** Lugardo Ramiro Gonzáles Rodríguez, Fiscal Adjunto Supremo Jefe del área Especializada en Delitos de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales, y Martín Felipe Salas Zegarra, Fiscal Adjunto Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Especializada de Delitos de Corrupción, designados por la Señora Fiscal de la Nación, Zoraida Avalos Rivera, en representación del Ministerio Público. **B.** Walter Gutiérrez Camacho, Defensor del Pueblo. **C.** Miguel Ángel Pizarro Guerrero, Director de Ética del Colegio de Abogados del Callao, representante de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

6.° La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.° Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, NEYRA FLORES, SEQUEIROS VARGAS, CHÁVEZ MELLA y CASTAÑEDA ESPINOZA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *DEFINICIÓN Y ALCANCES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA*

1.° La prisión preventiva es una institución procesal, de relevancia constitucional, que, como medida de coerción de carácter personal, priva procesalmente de la libertad personal a un imputado por un tiempo determinado, legalmente previsto y judicialmente establecido, en función a la tutela de los fines característicos del proceso –que éste se desarrolle regularmente en función a su meta de esclarecimiento de la verdad (ordenada averiguación de los hechos), a la necesidad de garantizar la presencia del imputado a las actuaciones procesales y al aseguramiento de la ejecución de la pena [BARONA VILAR, SILVIA: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 20-21]–. ∞ Así las cosas, se tiene, de un lado, que el derecho a la libertad, al igual que todos los derechos no revista carácter absoluto –tiene, como es lógico y coherente en el juego de contrapesos constitucionales, posibles restricciones–, pero es de tener presente que la libertad representa un papel nuclear en el sistema del Estado Constitucional, por lo que su limitación debe decidirse con las garantías constitucionales y legales correspondientes (Sentencia del Tribunal Constitucional

Español –en adelante, STCE–, 3/1992, de 13 de enero); y, de otro lado, precisamente por lo anterior, la prisión preventiva solo puede fundarse en la necesidad de (*i*) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, (*ii*) garantizar una investigación, (*iii*) afianzar un enjuiciamiento debido de los hechos, y (*iv*) de asegurar la ejecución penal –correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal– [JAUCHEN, EDUARDO: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2012, p. 567].

2.° Las medidas de coerción en general y la prisión preventiva en particular, pretenden evitar, en tanto el proceso jurisdiccional penal es un instrumento que requiere de tiempo, que se frustre el adecuado desarrollo de la causa –*desarrollo eficiente* de la investigación acotó la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, SCoIDH–, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de 12 de noviembre de 1997–, así como que, llegado el caso, no se producirá una resolución ineficaz [conforme: PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN y otros: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2009, p. 345]. Su función es netamente procesal. La prisión preventiva es, sin duda, una de las más intensas intromisiones en las esferas de libertad y personalidad del ciudadano [REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 445].

3.° Estos fines se concretan mediante la identificación y neutralización, en el caso específico de la prisión preventiva (artículo 268, literal 'c', del CPP), de los denominados peligro de fuga y peligro de entorpecimiento [conforme: ORÉ GUARDIA, ARSENIO: *Manual de Derecho Procesal*, Tomo 2, Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 137]. Así lo enfatizó, por lo demás, las SSCoIDH caso Chaparro Álvarez y otro vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; y, caso J vs. Perú, de 27 de noviembre de 2013, párr. 159.

4.° La nota característica de instrumentalidad fluye de lo expuesto anteriormente. La prisión preventiva está vinculada directamente a la pendencia del proceso penal declarativo de condena –si finaliza, ésta decae o, en su caso, se convierte en medida ejecutiva–. Además, la prisión preventiva supone vinculación con el objeto y con los hechos que identifican la causa en cuestión; es decir, con la sentencia cuyo cumplimiento se intenta asegurar y con la tramitación debida que se pretende garantizar. Por eso la prisión preventiva se adecúa a los fines que en cada caso se persigan, lo que supone incluso que el contenido de esta medida resulta idéntico a la condena que se llegue a imponer en la sentencia y a las medidas ejecutivas que se hayan de ordenar [MORENO CATENA, VÍCTOR y otro: *Derecho Procesal Penal*, 8va. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 302]. En otros términos, la instrumentalidad evita que la prisión preventiva sea un fin en sí misma y obliga a configurarla –y aplicarla judicialmente– como mero instrumento para hacer efectivos los fines cuya obtención la justifican [ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones*

de Derecho Procesal Penal, 5ta. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 169].

§ 2. *LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA*

5.° Como la prisión preventiva es una medida coercitiva –así establecida expresamente por la Sección III "Las medidas de coerción procesal" y su Título III "La prisión preventiva" del Libro II "La actividad procesal" del CPP–, bajo ningún concepto puede ser concebida como una pena anticipada, ni tiene las finalidades retributiva o preventiva propias de ésta (SCoIDH, caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párr. 312,a). Toda medida de coerción procesal está conectada con la garantía de tutela jurisdiccional –protección del proceso–. Su legitimidad constitucional se cumple solo en cuanto se observen los principios de carácter transversal de intervención indiciaria y de proporcionalidad; se dicten, en suma, de conformidad con sus presupuestos y sus requisitos, tal como fluye del artículo 253 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–.

6.° El artículo VI "Legalidad de las medidas limitativas de derechos" del Título Preliminar del CPP, confirmando lo expuesto, estatuye lo siguiente: "*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 suficiente 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*".

∞ Así las cosas, la legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, (***i***) como presupuesto (causa o motivo), la sospecha fuerte de la comisión de un delito grave; (***ii***) como objetivo (o propósito), la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, (***iii***) como objeto (o naturaleza), que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos (STCE 128/1995, de 26 de julio).

§ 3. *NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA*

7.° Desde luego, la prisión preventiva es la medida de coerción personal más grave del sistema procesal, al privar a un imputado del derecho más importante, luego de la vida, y paralelamente reducir en cotas relevantes la garantía de defensa procesal. Al derecho a la libertad, además, se le califica de un valor superior del ordenamiento jurídico, consecuentemente, como estatuye el artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la prisión preventiva no debe ser la

PODER JUDICIAL

regla. Por ello, los más importantes elementos que la informan, sin agotarlos (reconózcase, por ejemplo, los de (*i*) temporalidad –cuyo objetivo, en este caso, es evitar que la prisión preventiva llegue a confundirse, materialmente, con la pena que en su momento y eventualmente se imponga al acusado–; y, también, de (*ii*) provisionalidad –que se plasma en el principio *rebus sic stantibus*, de suerte que la prisión preventiva debe ser revisada cada vez que se modifiquen o alteren las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su acuerdo, tanto las referidas a la imputación, como las atinentes a los concretos riesgos que se quieren prevenir con ella–) [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú*. En: *Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales*, INPECCP – CENALES, Lima, 2016, pp. 820-821], a tono con la SCoIDH caso Acosta Calderón vs. Colombia, de 24 de junio de 2005, párr. 74, son los siguientes:

8.° Primero, excepcionalidad. La regla es el sometimiento del imputado al proceso en libertad o con medidas limitativas menos intensas, bajo el respeto de la garantía de presunción de inocencia, en su expresión de regla de tratamiento procesal del imputado–. Siempre, pues, ha de primar la libertad del sujeto durante el proceso (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, STEDH– caso TOTH vs. Austria, de 12 de diciembre de 1991; SCoIDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009, párr. 121; y, STC 822-2005-HC/TC, de 5 de agosto de 2005). La medida de coerción no significa un fin en sí mismo. Además, las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, son de interpretación y aplicación restrictiva (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, caso Kacoliris Dionisio y otros", en Fallos: 316:942; y, artículo VII, numeral 3, del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

9.° La prisión preventiva en modo alguno debe ser ni la única, ni la forma preferente de alcanzar el aseguramiento del proceso. No son admisibles que el legislador establezca presunciones legales encubiertas cuya valoración general e indiscriminada prescinda de la obligada constatación del riesgo legalmente protegido de forma individual y particularizada.

∞ La prisión preventiva es, siempre, una alternativa excepcional. No puede ser adoptada de forma automática, ni siquiera particularizada si no se demuestra en el caso concreto su absoluta necesidad y la imposibilidad de garantizar el proceso mediante otros mecanismos legalmente previstos y menos gravosos para los derechos del imputado [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, pp. 811-813. Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 228/2015, de 21 de abril].

10.° Recuérdese, en orden a la presunción de inocencia, que la concepción normativa de esta garantía de jerarquía constitucional reconoce que la condición de inocente acompaña al imputado durante toda la tramitación del proceso hasta que

una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme –protege de forma mediata los derechos fundamentales del ciudadano en el proceso–, pero tal posición jurídica no es perjudicada, en modo alguno, por la existencia de la sospecha de culpabilidad –aquella persona contra la que existe razonablemente prueba incriminatoria, es quien necesita, precisamente, la protección de la presunción de inocencia–. La presunción de inocencia como regla de trato procesal exige límites en función a la presencia de sospechas fuertes [FERRER BELTRÁN, JORDI: *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): *Hechos y razonamiento probatorio*, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, p. 143].

∞ Como dice STUCKENBERG, es en la supervivencia del proceso como tal, donde la presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento. La verdad procesal se alcanza, precisamente y sólo, a través del proceso. La culpabilidad nace con la conclusión del proceso, mientras que la inocencia del inculpado es un auténtico *factum* hasta que recaiga sentencia. La única función inmediata para la presunción de inocencia es la protección del proceso mismo, y consiste en una prohibición de desvalorar el proceso hasta convertirlo en un mero rito. De otro lado, la otra cara de la moneda de la prohibición de desvalorar el proceso es la existencia paralela de deberes positivos al imputado: colaborar con el proceso a pesar del *factum* de inocencia, claro está siempre que, como apuntaba BELING, no contraríe la dignidad humana, lo que obliga en estos casos a ponderaciones de bienes en conflicto [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 35-45].

11.° Si se parte de la presunción de inocencia como regla de juicio se exigirá sospecha fuerte, y si se la analiza como regla de tratamiento se requerirá que solo se la imponga, excepcionalmente, cuando se cubran los riesgos de fuga o de obstaculización (conforme: STCE 128/1995, de 26 de julio). Además, la presunción de inocencia, no solo excluye que el imputado sea sometido a penas anticipadas y requiere que el Ministerio Público acredite los cargos que atribuya –sea cuando acuse como cuando requiera alguna medida intermedia limitativa de derechos–, sino que asimismo excluye el automatismo de la prisión preventiva, independiente de las efectivas exigencias cautelares (*fumus comissi delicti*), las prohibiciones legales a la libertad provisional o restrictiva y los términos prolongados de la prisión preventiva [conforme: CORDERO, FRANCO: *Procedimiento Penal I*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, p. 398].

12.° La pretensión punitiva, apuntó KRAUSS, surge con la sentencia condenatoria, no a través del convencimiento del aumento de la convicción de la autoría que tenga el Tribunal. Es verdad que el interés del imputado en conservar su libertad se mantiene invariable durante todo el proceso, pero, como enseñó PAEFFGEN, lo que en realidad se modifica con la probabilidad de la culpabilidad del imputado es el interés persecutorio del Estado, lo que lleva a un aumento del deber del imputado de

tomar medidas coercitivas –cuando la sospecha de culpabilidad se fortalece, aumenta el interés estatal en la persecución, debido al aumento de la posibilidad de una futura condena a pena privativa de libertad, lo que por cierto no implica una disminución de las garantías que se deducen de la presunción de inocencia– [conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán 19, 342 (347); 20, 45 (49); y, 20, 144 (147). LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2018, pp. 601-602 y 605].

13.° Segundo, legalidad procesal. Deriva del brocardo "*nulla coactio sine lege*". Solo puede aplicarse con estricto apego al enunciado normativo habilitante, y en caso de estarlo, que cumpla la expresa finalidad que la legitima. La única autoridad que pueda dictarla es la jurisdiccional, bajo el procedimiento y las reglas, precisas y claras, que la determinan [conforme: SCHIAVO, NICOLÁS: *Las medidas de coerción en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 68-69]. El derecho a la libertad puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de ley, como contra lo que ésta dispone. La legalidad procesal impone no solo la exclusiva competencia judicial para dictar la prisión preventiva –el monopolio jurisdiccional–, sino que se desarrolle mediante norma con rango de ley, y su imposición, en el marco de un proceso debido, con todas las garantías, nunca puede resultar fuera de los casos y de los modos que ella defina.

14.° Tercero, principio de intervención indiciaria, que en materia de coerción procesal penal se traduce en el *fumus delicti comissi* –requisito simétrico con el *fumus boni iuris* del derecho civil [CORDERO, FRANCO: *Obra citada*, p. 404]–. Se concreta en las circunstancias fácticas que soporten la posibilidad de la existencia de un delito, en el contenido de información que la autoridad penal cuenta para imponerla [SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Derecho Procesal Penal – Lecciones*, Editorial CENALES, Lima, 2015, p. 53].

∞ En cuanto la prisión preventiva priva de la libertad personal al imputado, la tutela de este derecho fundamental de máxima importancia en una sociedad democrática, requiere de la presencia de sospechas vehementes o fuertes, esto es, graves y fundadas, como estatuye el artículo 268, literal 'a', del CPP. El Estatuto Procesal Penal nacional no admite, para estos efectos, las sospechas simples, las sospechas reveladoras o las sospechas suficientes, que son propias para (***i***) iniciar diligencias preliminares, (***ii***) promover la acción penal o inculpar formalmente a un investigado, y (***iii***) acusar y enjuiciar a un imputado, respectivamente: primer apartado de los artículos 329, 344 y 336 del CPP–. La ley rituaria reclama un mayor nivel de acreditación desde lo que nuestro Código Procesal Penal denomina bajo el término genérico de "elementos de convicción", esto es, resultado probatorio desde las reglas de la sana crítica judicial (así, artículos VI del Título Preliminar y 268, literal 'a', del CPP, así como artículos 158, numeral 1, y 393, numeral 2, del CPP).

15.° Cuarto, principio de proporcionalidad. La prisión preventiva, al privar de la libertad personal al imputado, está sujeta, en la relación conflictiva entre garantías individuales del ciudadano imputado y eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso, en cuanto al juicio de proporcionalidad, a una intensidad fuerte –ni mediana, ni débil–. La proporcionalidad deriva de la cláusula del Estado de Derecho, comporta una garantía de seguridad jurídica y se erige en una exigencia de justicia material (conforme: STC10-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003]. Ésta se califica por la fungibilidad de la medida, si pueden alcanzarse de otro modo los fines que pretende, así como que se tome en consideración la situación subjetiva del imputado en relación con el hecho presuntamente delictivo para ponderar el sacrificio de la libertad individual que supone la medida [RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2016, p. 340]. La aplicación de la prisión preventiva se encuentra justificada y legitimada si se parte del presupuesto de considerar el fin cautelar que persigue, es decir, de aseguramiento del desarrollo del proceso penal y con ello el deber de persecución del delito [NEYRA FLORES, JOSÉ: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial IDEMSA, Lima, 2015, p. 163].

∞ Como se advierte de lo expuesto el principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos –o dos elementos de relevancia constitucional– comparativamente entre sí (libertad vs. eficacia de la persecución procesal, en el caso de la prisión preventiva), de manera que no haya exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar; ésta no depende de criterios absolutos, sino está condicionado a las ideas predominantes en la sociedad –desde luego, las que incorpora y reconoce la Constitución– [conforme: RUBIO CORREA, MARCIAL: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, 2005, p. 251].

∞ El principio de proporcionalidad, enfatiza BARONA VILAR, debe ser el punto de apoyo y pilar fundamental en la regulación de la prisión preventiva en todo Estado de Derecho, por cuanto no cabe hablar de aplicación matemática de la normativa pertinente –no existen reglas matemáticas a aplicar por el órgano jurisdiccional–, sino que se abre un amplio margen de discrecionalidad (jurídicamente vinculada, diremos nosotros) y arbitrio judiciales a la hora de considerar su aplicación o no. En este orden de ideas, la inclusión de una serie de circunstancias a tomar en consideración por el juez para imponerla pone de manifiesto que solo desde este principio podrán valorarse. El objeto de este principio se circunscribe a la finalidad perseguida por la prisión preventiva y las circunstancias concurrentes en el caso concreto. El principio de proporcionalidad, en consecuencia, se sitúa entre el dilema del derecho a la libertad y las necesidades de persecución penal o derecho a la seguridad, independientemente de la pena esperada –la STCE 41/1982, de 2 de julio, FJ 2do., en esta misma perspectiva señaló que la institución de la prisión preventiva está situada "[...] *entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber*

estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por otro"; tesitura reiterada en la STCE 128/1995, de 26 de julio, y en la STCE 333/2006, de 20 de noviembre–; y, la normativa sobre la prisión preventiva, debe entenderse partiendo de la delimitación del caso concreto, de las cuales depende el significado y la pena concretos [BARONA VILAR, SILVIA: *Obra citada*, pp. 67-71].

∞ Lo expuesto justifica, como precisa CUBAS VILLANUEVA, que una nota característica de la prisión preventiva es que es una medida facultativa, pues deja a criterio del juez para que, basado en la ley y los hechos, determine su imposición luego de un juicio de razonabilidad –en pureza, de proporcionalidad, diremos nosotros– [CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR: *El nuevo proceso penal*, 2da. Edición, Editorial Palestra, Lima, 2015, p. 438].

∞ La proporcionalidad, entonces, está enraizada en las relaciones de poder entre Estado e individuo; es, pues, una exigencia asociada al ejercicio del poder tendente a evitar el exceso en el uso de dicho poder. La proporcionalidad, postula PUJADAS TORTOSA, no es un presupuesto o una simple característica predicable en términos genéricos o como un medio de control o evaluación *a posteriori* de la medida adoptada, sino es una exigencia más a integrar en el proceso de decisión sobre el régimen coercitivo necesario en el caso concreto. La proporcionalidad ha de guiar la decisión relativa a las concretas medidas de coerción a adoptar; no puede ser un simple mecanismo de evaluación de la eficacia de las mismas [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: *Teoría general de las medidas cautelares penales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 140-142].

16.° La proporcionalidad está integrada por presupuestos y requisitos [confróntese: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, p. 69]. En lo concerniente a sus presupuestos, la proporcionalidad requiere de **1)** legalidad procesal o, en este caso, de tipicidad procesal –esto es, precepto con rango de ley, con reglas claras y precisas, y que incluya las garantías necesarias para el imputado– (presupuesto formal), y **2)** justificación teleológica –que se centra en la determinación de los valores, con la suficiente fuerza constitucional, que tratan de ser protegidos por la adopción de una medida limitativa de derechos (presupuesto material). En lo relativo a sus requisitos extrínsecos, la proporcionalidad exige que las medidas limitativas de derechos cumplan con los requisitos extrínsecos de **1)** jurisdiccionalidad –solo el juez competente, en el marco de un procedimiento preestablecido y bajo la vigencia del principio procesal, de carácter estructural, de contradicción, puede dictarla–, sino también el auto de prisión preventiva ha de estar **2)** motivación especial (motivación reforzada), según el artículo 271, apartado 3, del CPP. La restricción de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó (STCE 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7mo.). La STC 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002,

afirmó que la motivación, en estos casos, debe ser más estricta, "[...] *pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial*".

∞ En orden a la motivación se han de cumplir, sobre el particular, los siguientes elementos internos: (***i***) expresión sucinta de la imputación –exige, por ende, que se sustente en hechos específicos objeto de atribución por la Fiscalía, de conocimiento previo por las partes procesales–; (***ii***) fundamentos de hecho –examen razonado y razonable desde la sana crítica judicial, de las fuentes-medios de investigación y, en su caso, de prueba, siempre lícitos en su respectiva obtención y actuación, que justifiquen la presencia de una sospecha grave y fundada (sospecha fuerte) de comisión del delito específico objeto de imputación y de vinculación del imputado con su comisión, sea de autoría o de participación (intervención indiciaria, *fumus delicti comissi*)–; (***iii***) fundamentos de derecho –juicios de tipicidad y de subsunción normativa jurídico penal, así como de los preceptos procesales que autorizan la prisión preventiva, con una referencia a los juicios de necesidad, de idoneidad y de estricta proporcionalidad o ponderación–; y, (***iv***) decisión clara y precisa del mandato, y fijación justificada del plazo de duración de la prisión preventiva.

17.° La motivación, primero, es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y, por ende, debe ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los que se impone la restricción de la libertad (SSCoIDH caso Chaparro Álvarez y otro vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, párr.107; y, caso Bayarri vs. Argentina, de 30 de octubre de 2008, párr. 74). Segundo, ha de ser suficiente y razonable, en cuya virtud se debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción, y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la prisión preventiva. Tercero, la suficiencia y razonabilidad son, en definitiva, el resultado de la ponderación de los intereses en juego, a partir de toda la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión preventiva como medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de sus fines (conforme: STCE 98/1997, de 20 de mayo). Cuarto, la falta de una motivación suficiente y razonable no supondrá solo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del artículo 130, inciso 3, de la Constitución, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma (conforme: STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 4, a). La motivación, pues, tiene una triple función: extra-procesal –control externo, democrático, de las decisiones judiciales–, endo-procesal –control interno y por el tribunal superior, esto es, permite la impugnación por las partes de la decisión judicial y que se examine su racionalidad–, y profiláctica –manifestación del control *ex ante* y *ad intra* de la calidad de la decisión desde el propio juez, como autocontrol racional [MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL:

La prueba en el proceso penal acusatorio, Editorial Jurista Editores, Caro & Asociados y CEDPE, Lima, 2012, pp.163-169].

18.° La motivación de una prisión preventiva, como acto limitativo de un derecho fundamental, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STCE 52/1995, de 23 de febrero). La cuidadosa ponderación, a que, por ejemplo, hace referencia la STCE 6/2005, de 14 de marzo, FJ 7mo., implica identificar los intereses en juego, asignar a cada uno de ellos la importancia que merecen y decidir sobre las prioridades entre unos y otros para el caso en concreto. Para la decisión de prisión preventiva el juez tendrá que tener en cuenta la situación y las circunstancias del caso concreto para comprobar que se cumplen los requisitos establecidos en la ley; y, la adecuada ponderación exige que se realice, por un lado, un examen de los hechos, de todas las circunstancias que puedan concurrir y del auto de prisión y, por otro, si la restricción del derecho fundamental a la libertad es inevitable en virtud de proteger un bien jurídico que en el caso concreto debe prevalecer, sin perjuicio de entender que la privación procesal de la libertad es una medida excepcional y como tal ha de considerarse y aplicarse [STCE 18/1999, de 22 de febrero, FJ. 2do. SERRANO MAÍLLO, ISABEL: *El derecho a la libertad y la prisión provisional*. En: UNED. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica, N.° 1, 2006, Madrid, pp. 2 y 11].

∞ Motivación, justificación y fundamento tienen una estrecha relación. Como se sabe, motivar implica dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo, justificar el acto –o el resultado–, de probar algo con razones convincentes. Estas razones o motivos son, esencialmente, el fundamento de las medidas de coerción. La motivación, al fin y al cabo, constituye una exigencia formal pero de clara repercusión en la legitimidad material del tratamiento al individuo [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: *Obra citada*, p. 190].

19.° Los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución coercitiva han de tener en cuenta las postulaciones y alegaciones de las partes procesales; es decir, su razonamiento ha de cumplir con los principios de exhaustividad y congruencia. El argumento judicial debe ser puntual, preciso y concreto, sin incurrir en abundancia expositiva ni citas extensas y confusas de lo que fluye de las fuentes–medios de investigación o, su caso, de prueba –cantidad no es necesariamente calidad y rigor narrativo–, así como de invocaciones doctrinarias sin mayor relevancia para la dilucidación del caso concreto y de los problemas que plantea. Ha de cultivarse la concisión y la rigurosidad explicativa para la determinación de los elementos de investigación o de prueba –según la naturaleza de la información utilizada– que justifiquen las conclusiones fácticas –de sospecha fuerte desde el derecho probatorio– y jurídicas correspondientes.

20.° En lo atinente a los requisitos intrínsecos,–dicen del contenido de la actuación estatal en concreto– la prisión preventiva –como toda medida limitativa de derechos– están constituidos por los sub-principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto –así desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán [BVerfGE 30, 392 (316) y BVerfGE 77, 84 (107)]–. Ello importará que, en ningún caso, podrá adoptarse la prisión preventiva de forma instrumental, como modo de presionar al imputado para obtener su confesión o algún tipo de colaboración, perdiendo así su función cautelar y aseguratoria de la prueba, o como un modo de ganar tiempo para investigar [SCoIDH, caso Chaparro Álvarez y otro, de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; y, STEDH, caso Cebotari vs. Moldavia, de 13 de noviembre de 2007, párr. 48].

21.° La prisión preventiva (***i***) será necesaria si, en el caso concreto, es indispensable para el fin de aseguramiento perseguido, siempre que no exista otra medida menos gravosa (comparecencia con restricciones) que cuenten con la misma aptitud o eficacia para asegurar al imputado al proceso –relación medio-medio–. (***ii***) Será idónea si la prisión preventiva permite alcanzar el fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante –relación medio-fin–. (***iii***) Será estrictamente proporcional si la prisión preventiva no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtiene mediante la restricción y el cumplimiento de la finalidad de aseguramiento personal perseguida.

22.° El artículo 268 del Código Procesal Penal atendió cabalmente a estos requisitos al consignar, según el modelo germano, el presupuesto material referido a los motivos de prisión: (***i***) delito grave –aunque solo autorizó la prisión preventiva, desde una perspectiva objetiva y meramente cuantitativa, si la pena concreta probable sería superior a cuatro años de privación de libertad (literal 'b' del citado artículo 268 del Código Procesal Penal), siendo del caso tener en cuenta el progresivo expansionismo punitivista de nuestras escalas penales para una gran cantidad de delitos y, además, la introducción de la "vigilancia electrónica personal" que importó su aplicación para delitos con una pena no mayor a ocho años de privación de libertad (artículo 5.1, literal 'a', del Decreto Legislativo 1322, de 6 de enero de 2017), lo que en su día el legislador, conforme al derecho comparado, debe tener en cuenta para aumentar la perspectiva penológica de lo que debe entenderse por delito grave, que muy bien, desde una relación con la vigilancia electrónica personal, podría fijarse aproximadamente en los diez de pena privativa de libertad–; y, (***ii***) peligrosismo procesal –identificó los únicos dos peligros que aceptó: peligro de fuga y peligro de obstaculización (literal 'c' del referido artículo 268 del Código Procesal Penal), y, para su determinación, aportó criterios específicos o parámetros para ponderar una decisión coercitiva, desde luego bajo una perspectivas de *numerus apertus* o ejemplificativa, en los artículos 269-270 del Código Procesal Penal–. A este último punto, es de insistir que las disposiciones citadas carecen de taxatividad; se muestran, más bien, como un catálogo ilustrativo de pautas de peligrosidad

procesal, lo que obliga a una evaluación general del caso, que incluya la totalidad de los elementos a considerar, independientemente de que alguno de los ítems sugeridos se verifique, aisladamente, en el caso a analizar [JAUCHEN, EDUARDO: *Obra citada*, p. 587].

23.° El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia afirmó estos principios y exigencias. Así, SSTC 1567-2002-HC/TC, de 5 de agosto de 2002; 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002; 500-2000-HC/TC, de 25 de agosto de 2000; y, 808-2002-HC/TC, de 8 de julio de 2002.

§ 4. *PRESUPUESTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: SOSPECHA FUERTE*

24.° Un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, base de las causales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento, dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (véase: INFORME 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 26), es el de sospecha grave y fundada, tal como está definido por el artículo 268, literal 'a', del Código Procesal Penal, a fin de determinar la fundabilidad de la pretensión de prisión preventiva del fiscal [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *Prisión preventiva y medidas alternativas*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 164]. Así se ha establecido en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-20017/CIJ-433, de once de octubre de 2017, FFJJ 23 y 24.

∞ Supone, según escribió CALAMANDREI, un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal [conforme: CALDERÓN CEREZO – CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 266]. El término "sospecha" debe entenderse, en sentido técnico jurídico, como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones. Se trata, entonces, de una *conditio sine qua non* de la legitimidad de la privación procesal de la libertad personal, cuya ausencia determina que la prisión preventiva dispuesto sea arbitraria (SCoIDH caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004).

∞ Apuntó la STEDH de 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido que este requisito inserta una exigencia de racionalidad –que incluye la solidez– de los indicios y es una parte fundamental de la protección que proporciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra las privaciones de libertad arbitrarias. Presupone la existencia de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pudo haber cometido el delito. Lo que puede considerarse "racional" dependerá del conjunto de las circunstancias; es decir, que el juez debe valorarlos según las máximas de la experiencia y del normal sentido común [conforme: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *La prisión provisional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 130].

∞ Si bien la sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente, pero por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos

provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral –el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye– [VOLK, KLAUS: *Curso Fundamental de Derecho Procesal* Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 115]. Además, precisamente por ello, por tratarse de un juicio de probabilidad –sujeto a la evolución de las investigaciones–, como previene ORTELLS RAMOS, aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, p. 556].

25.° La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de prueba lícitos –la licitud es un componente necesario del concepto de prueba– acopiados en el curso de la causa –principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que puede presentar el imputado y su defensa–, tras cuyo análisis corresponda concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado –el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de la sentencia condenatoria (no se requiere certeza sobre la imputación (Sentencia casatoria 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 24to.)–, mientras que la "sospecha suficiente" quiere decir llanamente simple existencia de la probabilidad respecto de una futura condena. O, expuesta esta causal en términos negativos, los elementos de juicio que apoyen la acusación –los extremos esenciales y necesarios de la imputación fiscal– deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el sometido a prisión preventiva acabe finalmente absuelto, y, por tanto, resulte injustificada la medida de coerción [conforme: FERRER BELTRÁN, JORDI: *Obra citada*, p. 146].

∞ Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes (STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 3ro.); esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria [conforme: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional*. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): *Hechos y razonamiento probatorio*, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, pp. 223-231]. Este juicio de probabilidad fuerte o alto grado de probabilidad, como enfatizaron ROXIN/SCHÜNEMANN, requiere asumir, con tal entidad o nivel de probabilidad, de que el imputado ha cometido el hecho delictivo –como autor o como partícipe– y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXIN, CLAUS – SCHÜNEMANN, BERND: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 374-375]. No es de recibo una medida de coerción ante un hecho no incriminado o no punible, pues la "culpabilidad" indicada por esos síntomas significa condena probable y es una

probabilidad igual a cero cuando existan desacriminantes, causas de exclusión de la responsabilidad penal o hechos extintivos [conforme: CORDERO, FRANCO: *Obra citada*, p. 404. BERNAL CUELLAR – MONTEALEGRE LYNETT: *El Proceso Penal*, Tomo I, 6ta. Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 523]. ARAYA VEGAS denomina a este presupuesto: "mérito sustantivo" y le da el tratamiento de un presupuesto de persecución penal –que podría implicar una *contraditio in terminis* al reunir en una misma institución jurídica lo material y lo procesal–, y que no obstante lo entiende, correctamente, como un grado de probabilidad suficiente –fuerte, diríamos nosotros– de que el sujeto procesado cometió un hecho delictivo que tiene prevista una pena privativa de libertad, así como de elementos de prueba objetivos –en puridad, elementos de investigación, que el Código denomina muy ampliamente "elementos de convicción"– para determinar su vinculación con el hecho atribuido [ARAYA VEGA, ALFREDO: *La prisión preventiva – Tratamiento desde los Derechos Humanos*, Editorial Ideas, Lima, 2014, p. 49].

26.° Desde la perspectiva del juez, la probabilidad que se requiere, a diferencia de la certeza, significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el resultado de la verdad, aunque reconoce no haber alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado a ella [MAIER, JULIO B.J.: *Derecho Procesal Penal* I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 843]. Los datos o elementos que aportan las fuentes-medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probabilidades no son cuantificables.

∞ Ahora bien, es de aclarar que el indicio en materia de coerción procesal, a diferencia del indicio en materia de probatoria –propio de la etapa principal del juicio oral y utilizado para fundar la sentencia condenatoria–, tras la interpretación objetiva de la fuente-medio de investigación o de prueba (preconstituida, o anticipada si fuere el caso) –fase de traslación en la apreciación de los mismos–, valorados libremente –que no arbitrariamente– por el órgano jurisdiccional, da lugar a un juicio centralmente hipotético –con cierto nivel de incertidumbre–, en cuya virtud el indicio es la base fáctica –no de una comprobación, propia del indicio probatorio– de una predicción, esto es, para afirmar la posibilidad que algo suceda en el futuro –no que sucedió en el pasado–: no da lugar a afirmar una probabilidad tan alta que equivalga a la certeza jurídica [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: *Obra citada*, p. 210].

∞ No se puede anticipar lo que es propio del juicio oral –si se cuenta con pruebas suficientes o no para dictar en su día una sentencia condenatoria contra el imputado, si habrán de prosperar o no algunas de las alegaciones auto exculpatorias que el mismo efectúa–, sino si constan en la causa datos e indicios suficientes de que el imputado intervino, de uno u otro modo, en la comisión del delito atribuido.

27.° El juicio de imputación, siempre de un determinado delito, requiere, por consiguiente, de que precisamente el hecho sea delictivo –éste no puede carecer de tipicidad penal– y que, además, no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal (artículos 20 y 78 del Código Penal) [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2015, p. 684]. La prisión preventiva supone un cierto grado de desarrollo de la imputación, una probabilidad concreta de que el imputado haya cometido el hecho punible. Es, empero, un requisito indispensable pero no suficiente pues debe ser confirmado por el peligrosismo procesal [conforme: QUIROZ SALAZAR, WILLIAM: *Prisión preventiva – Perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad*, Editorial Ideas, Lima, 2014, pp. 146-147]. La imputación, entonces, requiere, primero, de la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal; y, segundo, de la existencia de un sujeto pasivo del proceso penal (de un imputado, contra quien se ha dictado la inculpación formal –es decir, con mayor precisión, Disposición Fiscal de formalización de la investigación preparatoria). Este análisis de alta probabilidad debe realizarse, como enfatizó la Sentencia Casatoria 564-2016/Loreto, de 12 de noviembre de 2018, FJ 5to., no solo a partir de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito y de la intervención del imputado, examinándose los actos de investigación de manera individual y conjunta –así, incluso, lo estableció la sentencia casatoria vinculante 626-2013/Moquegua de 30 de junio de 2015–, sino además conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva; y, tiene como sustento, que los cargos sean concretos y definan con claridad lo penalmente relevante [Sentencia Casatoria 724-2015/Piura, de 15 de abril de 2016].

∞ No basta la concurrencia, en el caso, de meros indicios –procedimentales, claro está– o de sospechas genéricas; se exigen, pues, fuentes-medios de investigación o, en su caso, de prueba, directas o indirectas "[…] *que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado, y fundadas; el juicio de alta probabilidad debe ser razonable y asentado en criterios objetivos suficientes*" [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, pp. 827-828]. En suma, se precisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones de la causa, que con alta probabilidad permiten concluir, provisionalmente como es obvio, la concurrencia del hecho y de su vinculación con el imputado –que hay probabilidad, alta, de delito (con la presencia –agregamos– de toda sus categorías materiales: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, así como de los presupuestos procesales correspondientes) y de que el imputado es responsable del mismo– (Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 241/2009, de 13 de marzo). El juzgador, desde luego, debe explicitar la relación indiciaria de aquel o aquellos medios de investigación o de prueba (preconstituida o, excepcionalmente, anticipada) que relacionan de manera preliminar al procesado con el hecho imputado [conforme: STC 0349-2017-PHC/TC, de 21 de abril de 2017].

28.° Un problema particular, presente en el juicio de imputación, se presenta cuando se atribuye la comisión del delito de organización criminal, así como del delito de banda criminal (artículos 317 y 317-B del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016), que además se erige en un criterio específico para valorar el peligro de fuga (artículo 269, inciso 5, del CPP, según la Ley 30076, de 19 de agosto de 2013), pero como tal, según luego se verá, requiere de diversas perspectivas de apreciación.

∞ Como se indicará en el Acuerdo Plenario 08-2019/CIJ-2019, entre ambos preceptos materiales, que se erigen en tipos penales autónomos respecto de los delitos específicos que puedan cometer sus integrantes y personas vinculadas a la organización o a la banda criminal, existe una relación de género y especie: los dos tipos delictivos –de peligro abstracto y permanentes– son modalidades de organización criminal, que solo se diferencian por las características de su estructura organizativa y por su proyecto delictivo –el primero, en función a activar negocios o economías ilegales; y, el segundo, en función a la comisión de delitos denominados "de despojo y violentos", los cuales delimitan la complejidad y modelo organizacional correspondiente–.

29.° Los jueces deben tener presente los elementos típicos de ambas modalidades delictivas, y desde su adecuación, podrán dar por satisfecho este requisito legal referido al *fumus comissi delicti*.

∞ El estándar de acreditación, desde esta perspectiva, no puede relajarse, ni la motivación del auto de prisión preventiva puede obviar la lógica racional y proporcional que necesariamente debe incorporar en orden al juicio de imputación desde una sospecha fuerte o vehemente.

30.° Es de prevenir, respecto el auto de prisión preventiva, en primer lugar, como aclara VOLK, que si bien la sospecha fuerte –se dirá, según el CPP, 'sospecha grave y fundada'– es más intensa que la sospecha suficiente, necesaria para la presentación de la acusación, ésta por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales; y, puede, por tanto, ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral [VOLK, KLAUS: *Obra citada*, p. 113]. En segundo lugar, que la sospecha grave y fundada tiene un carácter dinámico y no estático, de suerte que, según PETERS, al inicio de la investigación el juicio de probabilidad se hará con base en el estado de la misma y con los resultados que de acuerdo con ella razonablemente se espera sean obtenidos, pero en la medida en que dichos resultados no sean concordantes con lo esperado, puede resultar que la probabilidad que inicialmente se habría afirmado no puede sostenerse posteriormente [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José, 1998, p. 529].

31.° El Estatuto Procesal Penal nacional, en sus últimas reformas, incorporó, como medios de investigación o, según el caso, medios de prueba, trasladadas (ambas) las declaraciones prestadas por el aspirante a colaborador eficaz o, en su caso, por el colaborador eficaz. El artículo 476-A del CPP preceptúa que el Fiscal puede incorporar en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes lo actuado en sede del proceso por colaboración eficaz. A su vez el artículo 481, apartados 1 y 2, del CPP dispone que si no se estima el proceso por colaboración eficaz no puede utilizarse el testimonio del descartado aspirante a colaborador eficaz, aunque sí las declaraciones prestadas por otras personas durante la fase de corroboración, así como la prueba documental, pericial y preconstituida (documentada oficial).

32.° Estos medios de investigación y, en su caso, de prueba, pueden utilizarse para requerir medidas coercitivas, por ejemplo, la prisión preventiva, en atención a lo establecido por el artículo 481-A del Código Procesal Penal. Es claro, en tales supuestos, que las declaraciones del aspirante a colaborador eficaz o el ya declarado colaborador eficaz, a fin de valorar su atendibilidad, en sí mismas no justifican un mandato de prisión preventiva, pues necesitarán, atento a lo fijado por el artículo 158, tercer apartado, del Código Procesal Penal, "[…] *otras pruebas* –o, mejor dicho, medios de investigación o, en su caso, medios de prueba– *que corroboren sus testimonios*…".

∞ La identidad del colaborador, en este momento del examen de sospecha fuerte, y dado el estado de las investigaciones iniciales, a los efectos del juicio de prisión preventiva, no necesariamente debe ser conocida por el órgano jurisdiccional. Distinto será el caso –se requerirá, con los cuidados correspondientes, conocer la identidad del colaborador–, desde un previo control de las razones de la reserva de identidad realizada en sede del proceso de colaboración eficaz, cuando el proceso ingrese a la etapa de enjuiciamiento y corresponda emitir sentencia– (STEDH, de 15 de junio de 1992, caso Lüidi vs. Suiza).

∞ En toda circunstancia, y siempre, la versión del colaborador o aspirante a colaborador, como ya se dijo, no debe ser la única relevante, sino que ha de estar corroborada por otros medios–fuentes de prueba (STEDH, de 27 de febrero de 2001, caso Lucá vs. Italia). Es decir, no ha de ser la única fuente–medio de investigación o de prueba, pues se requerirán datos externos de carácter objetivo, un respaldo en otros medios-fuentes de investigación o de prueba, distintas de la propia declaración del colaborador o aspirante a colaborador eficaz, que es lo que se denomina credibilidad extrínseca u objetiva o atendibilidad extrínseca reforzada, que apunten en la misma dirección que la declaración de éste. Además, también es de rigor apreciar la credibilidad subjetiva del declarante; su testimonio debe ser fiable, para lo cual se valorará la precisión, coherencia y credibilidad del relato, así como la firmeza o persistencia mostrada durante el procedimiento.

33.° De otro lado, solo se vulnerarán las garantías genéricas del debido proceso y de defensa procesal siempre que el medio-fuente de investigación o de prueba

practicado con ausencia de la defensa haya ocupado un lugar determinante –sin datos externos que lo corroboren– en la declaración de culpabilidad –o, en este caso, del juicio de sospecha grave y fundada–. La STEDH, de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido, por ejemplo, da peso primordial a la relación entre contradicción y verdad, dejando de lado la conexión entre debate contradictorio y derecho de defensa) [FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES: *Declaración del coinvestigado: su valor para acordar resoluciones interlocutorias*. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): *Hechos y razonamiento probatorio*, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, pp. 288-299]. Este último fallo europeo ha sido asumido por este Tribunal Supremo en la Ejecutoria Suprema RN-420-2018/Cajamarca, de 22 de mayo de 2018, reiterado en la Ejecutoria Suprema RN-1556-2017/Puno, de 1 de octubre de 2018.

§ 5. *MOTIVOS DE PRISIÓN PREVENTIVA: REQUISITOS*

34.° Los motivos de prisión preventiva, que se erigen en requisitos de la prisión preventiva, son dos: (***i***) delito grave, y (***ii***) peligrosismo procesal (*periculum libertatis*, que en el proceso civil se denomina *periculum in mora*).

35.° Delito grave. El artículo 268 del Código Procesal Penal, desde el sub principio de proporcionalidad estricta fijó un mínimo legal de carácter objetivo, cuantitativo, en función a la pena privativa de libertad previsible para el caso concreto –no de simple conminación penal abstracta–. Estipuló, al respecto: "*Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad*", bajo el entendido implícito que más allá de cuatro años de pena privativa de libertad siempre será efectiva (así, artículo 57 del Código Penal). El pronóstico judicial sobre el fondo o mérito de las actuaciones, siempre provisional por cierto, debe asumir los criterios de medición de la pena conforme al conjunto de las disposiciones del Código Penal; y, en su caso, si se está ante un concurso ideal o real de delitos, delito continuado o concurso aparente de leyes (o unidad de ley).

∞ Dos pues dos los ejes de este requisito: **1.** Gravedad y características del delito imputado. **2.** Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. La valoración del legislador, respecto de la conminación penal, es desde luego determinante.

36.° Es de entender que si el pronóstico de pena concreta no será, en ningún caso, superior a cuatro años de privación de libertad, ya no cabe analizar el peligrosismo procesal y corresponderá inevitablemente dictar mandato de comparecencia. El juicio de proporcionalidad estricta así lo demanda, sin excepciones.

∞ Otro supuesto se presenta cuando la ley no autoriza, por ejemplo, imponer pena suspendida o reserva de fallo condenatorio, pese a que la pena privativa de libertad no supere ese límite –lo que no obsta, desde luego, a las conversiones autorizadas

legalmente–. Estos preceptos, como es patente, solo se refieren al juicio de medición para la imposición de la pena en la sentencia, consecuentemente, no se opone a que durante el proceso el imputado esté en libertad, para lo cual, en todo caso, pueden imponerse determinadas restricciones, siempre si son razonables para evitar que éste fugue o manipule fuentes de investigación o de prueba o que, en su día, se sustraiga a la ejecución de la pena.

37.° De otro lado, si se trata de delitos especialmente graves, conminados con penas especialmente elevadas –en este punto se ha de seguir el criterio objetivo asumido por el legislador penal, el mismo que está en función a la pena concreta que podría merecer el imputado en caso de condena–, como, por ejemplo: cadena perpetua o pena privativa de libertad no menor de quince años, que exceden con creces los límites mínimos legalmente previstos, siempre se entenderá que es un requisito necesario pero no suficiente para imponer mandato de prisión preventiva, aunque, siguiendo verbigracia a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE, 19, 342 (350), invariablemente se requerirá la presencia del peligrosismo procesal; no obstante, en la verificación de su existencia, no se debe ser tan exigente para imponer el baremo de sospecha fuerte, sino será de rigor asumir el de sospecha suficiente –grado inmediatamente inferior a la sospecha fuerte– [confróntese: ROXIN/SCHÜNEMANN: *Obra citada*, pp. 376-377], pues el análisis está precedido razonablemente de un dato fuerte de pena elevada, a la que el imputado no es ajeno en cuanto su conocimiento y riesgos –lo que desde ya, legalmente, constituye una situación constitutiva del riesgo de fuga–, y que hace más probable el peligro para el debido cauce el proceso y, por tanto, marca una pauta sólida de riesgo de fuga.

∞ En igual sentido, se debe comprender bajo estas mismas consideraciones aquellas conductas que están vinculadas a la actuación delictiva de personas integradas a la criminalidad organizada, de especial preocupación por la comunidad internacional –que, como apuntó el Secretario General de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN, se trata de un flagelo que constituye un problema mundial [PREFACIO. *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York. 2004. p. iv]– y de una obvia lesividad social que incluso ha merecido la institucionalización de diversos convenios sobre la materia, especialmente la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, de diciembre de 2000, cuyos lineamientos básicos han de seguirse en sede nacional.

∞ Cuando se menciona el grado de sospecha "suficiente", siempre en clave de evaluación provisoria del suceso histórico postulado por la Fiscalía, debe entenderse que su acreditación *prima facie* resulta probable –más probable que una futura absolución–, aunque menor que la sospecha vehemente o fuerte [VOLK, KLAUS: *Obra citada*, p. 78). Es lo que se denomina "probabilidad preponderante", no alto grado de probabilidad, propio de la sospecha fuerte o vehemente [ROXIN–SHUNEMANN: *Obra citada*, pp. 375 y 497].

38.° Con motivo de las ulteriores modificaciones de la legislación penal, en especial con la inclusión de la "vigilancia electrónica personal", cuyas disposiciones vigentes son el Decreto Legislativo 1322, de 6-1-2017, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 004-2017-JUS, de 9 de marzo de 2017, modificado por el Decreto Supremo 006-2018/JUS, de 14 de mayo de 2018, es de rigor asumir una perspectiva adicional a la pena concreta estatuida por el citado artículo 268 del Código Procesal Penal. En efecto, el artículo 5, apartado 1, literal a), del aludido Decreto Legislativo, fijó como baremo "[…] *cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho años*" para la vigilancia electrónica personal. La correcta interpretación de este precepto es que se refiere a la pena concreta, pues de otra forma no se entendería que para el caso de los condenados el límite es, precisamente, ocho años de pena privativa de libertad impuesta (literal 'b' de dicha disposición legal). El principio-derecho de igualdad ante la ley se quebraría si se adoptan dos baremos para definir una misma institución jurídica cuando se trata de identificar el límite penológico correspondiente, que obviamente debe ser el mismo para ambos. Nada justifica razonablemente una opción distinta; ni los fundamentos ni su objetivo político criminal.

39.° Peligrosismo procesal (*periculum libertatis*). Este peligrosismo, afirma GUTIÉRREZ DE CABIEDES, nos remite a los riesgos relevantes, y éstos, a las finalidades constitucionales legítimas de esta medida [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *Obra citada*, p. 131], por lo que es el elemento más importante para evaluar la validez de una medida de coerción y en él se advierte mejor que en ningún otro elemento las funciones que están llamadas a cumplir las referidas medidas de coerción [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *Obra citada*, p. 113].

∞ El Código Procesal Penal asumió la concepción o teoría de los dos peligros para justificar convencional y constitucionalmente la prisión preventiva: peligro de fuga y peligro de obstaculización. Solo se requiere la concurrencia de un peligro o riesgo procesal concreto para justificar la prisión preventiva; puede ser uno u otro, sin perjuicio de que puedan concurrir los dos peligros. Esta es la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SSCoIDH de 12 de noviembre de 1997, caso Suarez Rosero vs. Ecuador, párr. 77; y, de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párr. 120). A esto se denomina, siguiendo a ORTELLS RAMOS, "situaciones constitutivas del riesgo", y las constancias de su consagración "circunstancias acreditativas del riesgo" [ORTELLS RAMOS, MANUEL: *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal.* En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 244, tomo 254, mayo de 1998, Madrid, pp. 439 y ss.]. El peligrosismo o peligro procesal fundamenta y justifica la prisión preventiva [PÉREZ LÓPEZ, JORGE: *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva.* En: Revista Derecho y Cambio Social, Lima, 2005, p. 5. SSTC 1821-2006-PH/TC; 1091-2002-HC/TC; y, 2268-2002-HC/TC].

∞ A través del *periculum libertatis* se establecen precisamente los fines que puede cumplir la prisión preventiva, y representa la medida de su propia constitucionalidad. Esta prevención, por lo demás, aparta a la prisión preventiva de tener como función la de anticipar la pena, la de calmar la alarma social o la de ser un instrumento de la investigación penal –de modo que el juez estuviera facultado para ordenar el ingreso o salida del establecimiento penal en función de la actitud que adopte el investigado en el proceso, o de su disposición al esclarecimiento de los hechos– [conforme: MORENO CATENA, VÍCTOR y otros: *Obra citada*, pp. 325-326]. Así se ha pronunciado las SSTC 3357-2003-HC/TC, de 2 de agosto de 2002; y, 791-2002-HC/TC, de 21 de junio de 2005).

∞ En este mismo sentido, insiste BRUZONNE, los motivos que justifican la prisión preventiva se vinculan en forma directa con los fines del proceso: averiguación de la verdad y cumplimiento del derecho material, en un contexto donde también se reclama que la utilización de la coerción estatal sea racional, proporcionada a sus fines y sólo se utilice como última posibilidad para la solución del conflicto que el derecho penal define como delito [BRUZONNE, GUSTAVO: *La prisión preventiva en su encrucijada*. En: *La reforma procesal penal a diez años de su implementación en el Perú*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2016, p. 110].

40.° Para la acreditación del riesgo el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa –lo que, sin duda, requiere de un complemento subjetivo de muy difícil concreción–, que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de la investigación; la probabilidad de estos peligros debe ser alta [conforme: BERNAL CUELLAR – MONTEALEGRE LYNETT, *Obra Citada*, pp. 529 y 535]. En todo caso, su determinación obliga al juez, como acota NIEVA FENOLL, a construir una perspectiva de futuro, así como evitando presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas [conforme: NIEVA FENOLL, JORDI: *Derecho Procesal III*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 285].

41.° Peligro de fuga. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a (***i***) los antecedentes del imputado y (***ii***) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia –existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva–.

∞ A su vez, para calificar este peligro, el artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, como "*numerus apertus*" –se trata, en todo caso, de tipologías referenciales– [confróntese: DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *Obra citada*, p. 195]. Fijó las siguientes: **1.** El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país –no, simplemente, de viajar al extranjero– 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 para repararlo. **4.** El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal –tal vez, el criterio rector en la materia–. **5.** La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

∞ En atención a lo expuesto, es patente que el fin primordial de este riesgo es la realización plena de la tutela jurisdiccional: la huida del imputado frustraría no sólo la futura ejecución de la pena sino, antes, el desarrollo normal del propio proceso penal [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: *La decisión judicial de prisión preventiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 151]. Estas situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal son datos que la propia experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan, por lo que han de valorarse de modo individualizado [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 209]. Siempre, caso por caso. Este criterio, pues, como apunta ORÉ GUARDIA, siguiendo a BINDER, es de naturaleza relacional y requiere identificar el vínculo que debe existir entre las circunstancias arriba descriptas y el peligro latente de que el procesado pueda efectivamente sustraerse a la acción de la justicia [ORÉ GUARDIA, ARSENIO: *Obra citada*, p. 154].

∞ De estas situaciones específicas constitutivas del riesgo de fuga resalta, desde luego, las características del delito, así como la gravedad del mismo y de la pena. Se trata de una situación inicial y fundamental –abstracta– con fuerte relevancia en el pronóstico de fuga, por cuanto, como es innegable, la frustración de la acción de la Administración de Justicia se evidencia tanto por el hecho de que mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el prejuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia, aunque pasados los primeros momentos de la investigación se necesita ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características del imputado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones con otros países, los medios económicos de los que dispone, etcétera– (confróntese: STEDH W. vs. Suiza, de 26 de enero de 1993; y, STCE 128/1995, de 26 de julio).

42.° 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, aun cuando tenga arraigo social en el país (confróntese: STCE 145/2001, de 18 de junio). Empero, como acotó la STEDH Stögmuller 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.

43.° En clave de los factores legalmente considerados para estimar el posible riesgo de fuga, se tiene que automáticamente, luego de transcurrido un lapso de tiempo razonable del inicio de la investigación, no puede desprenderse el peligro examinado en atención únicamente a la pena previsible, desde el *fumus comissi delicti*. Los automatismos no son de recibo –este peligro no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos [ROXIN/SCHÜNEMANN: *Obra citada*, p. 375]–. Tienen que agregarse, a la pena previsible y a la naturaleza del delito –sin perjuicio de analizar la entidad del aporte del imputado al hecho delictivo, si se trata de un caso de codelincuencia, organización criminal o banda criminal, y el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, su personalidad y sus circunstancias particulares–, otros factores que inciden en el peligro concreto de fuga. No tienen una significación y virtualidad autónomos para justificar en sí mismos la prisión preventiva, pues se trata de presunciones que, en cualquier caso, pueden ser destruidas por los otros datos relevantes del proceso, y que el juez debe explicar la inexistencia de medios para conjugar tal peligro de fuga, a través, por ejemplo, del pago de caución o de una medida alternativa o de restricciones [conforme: STEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 40-44]. Los motivos justificatorios del riesgo de fuga no se pueden apreciar únicamente sobre la base de la gravedad de la pena posible –de ser así, la intensidad en abstracto de la reacción

penal conllevaría una inadmisible consecuencia procesal directa [JAUCHEN, EDUARDO: *Obra citada*, p. 589]. Deben analizarse, con las prevenciones que luego se expondrán (vid.: párr. 45), en función de un conjunto de elementos suplementarios pertinentes y apropiados ya sea para confirmar la existencia de un verdadero riesgo de fuga, ya sea para hacer patente que ese riesgo es tan improbable que no puede justificar la prisión preventiva [STEDH caso Demirel vs. Turquía, de 28 de enero de 2003, párr. 59, con antecedentes en la STEDH de 8 de junio de 1995].

∞ En realidad, como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, siguiendo la jurisprudencia alemana, la pena amenazada solo puede justificar la adopción de la prisión preventiva si de ella –y teniendo en cuenta el resto de factores– se deducen indicios bastantes de que el encausado intentará huir: pero entonces será esto último, y no una determinada pena amenazada, lo que resulta acreditado y verdaderamente justifica la medida en cuestión. No es suficiente que existan posibilidades de fuga, sino que habrá de resultar acreditado que el encartado piensa también hacer uso de dichas posibilidades. Lo mismo que, en palabras de DAHS, nadie es acusado por el mero hecho de que posea –desde un punto de vista fáctico– la posibilidad de cometer un delito, no es suficiente que exista la posibilidad de huir, sino que tiene que fundamentarse normativamente, además, que existen indicios bastantes de que el imputado va a hacer uso también de dicha posibilita abstracta [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: *Obra citada*, p. 47].

∞ En esta perspectiva ORTELLS RAMOS, indica que existen dos criterios de peligrosidad de fuga: (***i***) el criterio abstracto mediante el cual la gravedad del delito y de la pena probable –que pueden ser únicos al inicio de la investigación– permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga –pero no es el único que debe ser utilizado por el juez vencidos los actos iniciales de investigación–; y, (***ii***) el criterio concreto que supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado, dado que la comprobación de la existencia o no de "raíces" como la familia, el trabajo, la imagen social de la persona permitirá determinar razonablemente la tendencia del imputado a rehuir el proceso penal [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros*: Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 550]. Es claro, como insisten ROXIN/SCHÜNEMANN, que de ninguna manera es suficiente solamente –en abstracto, se entiende– un domicilio fijo del imputado para negar el peligro de fuga [*Obra citada*, p. 375]. Y, aisladamente la inexistencia de determinado arraigo no genera la aplicación automática de la prisión preventiva, para lo cual ha de valorarse las circunstancias del caso, las otras situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre que no existan otras medidas que pudieran cumplir la finalidad de impedir razonablemente el riesgo de fuga (conforme: Sentencia casatoria vinculante 626-20134/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 40mo.).

∞ Los otros factores que inciden mayormente en la disposición de medios para la fuga a cargo del imputado –en los injustos de organización, los ligámenes internacionales que puedan existir, a las propias características personales del

imputado, a su capacidad organizativa y de acción, de actuar en un marco organizado, entre otros (conforme: STCE 146/2001, de 18 de junio)–, están en función a la falta de arraigo y a las características concretas y personales del imputado –que son los datos más usados, pues a *contrario sensu* se entiende, lógicamente, que una situación personal muy consolidada en términos de situación familiar, laboral, económica y de bienes propios y domicilio conocido y estable del imputado, así como su carencia de antecedentes, disminuye notablemente el riesgo de fuga; aunque, por otro lado, apuntan en sentido contrario la condición de prófugo, la presencia de antecedentes registrados o de haber protagonizado alguna huida o intento de fuga o haberse constituido en situación de contumacia por no comparecer a los emplazamientos judiciales, o de incomparecencia injustificada a un llamamiento de la fiscalía o de los órganos jurisdiccionales–.

44.° Los factores fijados en la ley, y otros que pueden estar presentes (así, por ejemplo, la avanzada edad o salud del imputado –STCE 60/2001, de 26 de febrero– la movilidad y contactos internacionales del imputado –STCE 146/2001, ya citada–, o su nacionalidad –Sentencia Corte Suprema 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015–), deben ser analizados en conjunto con las condiciones personales del imputado y las circunstancias del caso concreto (Sentencia Casatoria 1445-2018/Nacional, de 11 de abril de 2019), sin perjuicio de incluir en el análisis, por ejemplo, como un indicio relevante de fuga el hecho de no devolver el dinero o bienes del que presuntamente el imputado se habría apropiado y que podría estar usando en su provecho (STCE 14/1996, de 29 de enero, FJ 5to.).

45.° El factor tiempo –o incidencia del transcurso del tiempo– es, sin duda, en alguna medida relevante. Racionalmente los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción –en los primeros momentos de la investigación (debe examinarse, por tanto, desde cuándo se iniciaron las averiguaciones del Ministerio Público)– no son los mismos que los que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento –un mayor peso adquieren en los primeros momentos, por la falta de datos, las circunstancias objetivas, tales como las características o tipo delictivo inculpado, la gravedad del delito y de la pena con que se le amenaza–. [confrontar: GIMENO SENDRA, VICENTE: *Obra citada*, p. 681; STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 4to.; STCE 44/1997, de 10 de marzo, FJ. 7mo.; 62/2005, de 14 de marzo; y, 35/2007, de 9 de marzo]. Por tanto, –atento a la jurisprudencia citada– si en un principio –momentos iniciales del procedimiento de investigación– cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

∞ La intensidad del juicio de ponderación (requisitos de la prisión preventiva vs. el derecho a la libertad del imputado), entonces, varía o es diferente según el momento procesal en que deba disponer o ratificar la prisión preventiva (en igual sentido:

STEDH, asunto W vs. Suiza, de 26 de enero de 1993). Esta conclusión se funda en que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado y el tipo de delito imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso preventivo, en el que pasan a ser determinantes las circunstancias personales del imputado: arraigo, vinculaciones con el exterior, comportamiento procesal (STCE 62/1996, de 15 de abril, FJ 5to.).

∞ Empero, también es verdad, primero, que siempre, pero con un nivel menos intenso, debe examinarse el posible factor del riesgo (al peso de los medios-fuente de investigación o de prueba, al peso de la sospecha fuerte, debe agregarse el análisis, aunque con menores niveles de intensidad, de la personalidad del imputado y sus relaciones privadas: vínculos familiares, laborales y otros [conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Prisión preventiva – Límites constitucionales*, Editorial Grijley, Lima, 2016, p.p. 194-195]); y, segundo, que también es posible que con el paso del tiempo no solo disminuyen las circunstancias negativas que puede sufrir el preso preventivo, bien porque pueden debilitarse los indicios que fundaban la culpabilidad, sino que con el avance de la investigación y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga [ODONE SANGUINÉ: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 132. STEDH caso Blondet vs. Francia, de 5 de octubre de 2004, párr. 41. SSTCE 128/1995, de 26 de julio; 36/1996, de 11 de marzo; 44/1997, de 10 de marzo; 62/1996, de 16 de abril; 259/1996, 24 de septiembre; 23/2002, de 28 de enero; 33/2002, de 8 de marzo. Informe de la CIDH 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 28].

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 ASENCIO 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].

47.° Peligro de obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) –también requerirá la existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas–. Esta segunda finalidad o requisito también tiene carácter procesal; y, en definitiva, trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse –atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propia del proceso penal– [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: *Obra citada*, pp. 161-162]. Por tanto, se trata de un motivo suficiente para disponer la prisión preventiva, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos (STEDH, caso Ringeinsen vs. Alemania, de 16 de julio de 1971).

48.° Para calificar este peligro, el artículo 270 del referido Código identificó tres situaciones específicas constitutivas del citado riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, en sentido enumerativo no taxativo [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Proceso Penal Comentado*, 6ta. Edición, 2017, p. 402], invariablemente desde una actuación comisiva fraudulenta –así asumidas por las SSTEDH caso Clooth vs. Bélgica, de 12 de diciembre de 1991, párrs. 40 y 44; y, caso Bouchet vs. Francia, de 20 de marzo de 2001, párr. 46–. Fijó las siguientes: **1.** Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba –en pureza, fuentes-medios de investigación o de prueba, materiales–. **2.** Influirá para

PODER JUDICIAL

que coimputados, testigos (incluso víctimas) o peritos –órganos de prueba, fuentes-medios de prueba personales– informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. **3.** Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. La sospecha fuerte de estas situaciones –datos o indicadores materiales–, por cierto, consolida que el imputado, por ello, dificultará la meta de esclarecimiento del proceso. Es inadmisible, como enseñan ROXIN–SCHÜNEMANN, deducir automáticamente la existencia de este peligro a partir de la posibilidad de entorpecer que se presenta en el caso concreto; antes bien, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas [ROXIN – SCHÜNEMANN: *Obra citada*, p. 376].

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: ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *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 RIO LABARTHE, GONZALO: *Obra citada*, p. 221].

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 de 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).

51.° El imputado, desde luego, no tiene la obligación de descubrir las fuentes de investigación o de prueba que puedan incriminarle o de aportarlas al proceso –el *ius tacendi* tiene una jerarquía constitucional enraizada en la garantía de defensa procesal y, además, la verdad no se puede obtener a cualquier precio–. El precepto en cuestión pretende evitar que el imputado destruya huellas o vestigios materiales del delito, o que altere documentación que puede relacionarle con su comisión, o que se concierte con terceros o los intimide para que no declaren la verdad sobre los hechos en su contra, etcétera –en pureza, oculte medios de investigación o de prueba decisivas para el resultado del proceso–; el antídoto contra este riesgo no está destinado a mermar el derecho de defensa, no tiene el rol de instrumento de la investigación, de modo que el juez estuviera facultado para hacer saber al imputado que va a ordenar su ingreso en prisión en función de la actitud que adopte en el proceso de su disposición al esclarecimiento de los hechos [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Obra citada*, p. 632].

∞ En esta misma línea no constituyen circunstancias de las que quepa deducir el riesgo de destrucción probatoria por parte del encausado o datos que en ocasiones son mencionados como tales, por ejemplo, la complejidad de la causa. Ello es así, explica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, porque no denota, en modo alguno, el riesgo de destrucción probatoria. Y la imposición de tan grave medida por esta sola circunstancia resultaría, si no muestra de la impotencia del investigador, sí un instrumento de "presión" ilegítima sobre el encausado, no tan lejana de la antigua *confessio per torment*, es decir, de "tortura indagatoria" [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *Obra citada*, p. 165].

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 STEDH 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 (SSTEDH 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 [Informe CIDH 2/97, párr. 35]. Además, como apunta KÜHNE, este peligro pierde su razón de ser (***iv***) cuando los

actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba incriminatoria que se podía falsear ya ha sido alterada [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Obra citada*, p. 402], o cuando no tiene conocimientos ni medios para manipularlos.

53.° Desde las circunstancias acreditativas del riesgo de obstaculización, éstas deben ser tan graves como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción o recurriendo a la medida de seguridad procesal de protección de testigos y peritos. Debe evaluarse la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, lo que no implica pocos problemas –determinados hechos, como enseñan ROXIN-SCHÜNEMANN, tienen que fundamentar este peligro [*Obra citada*, p. 376]. Consecuentemente, es del caso averiguar, primero, la existencia de conductas previas de destrucción de pruebas que haya podido llevar a cabo el imputado, lo que por lo general ocurre en los primeros momentos de la investigación y cuando se entera que se ha descubierto el delito; y, segundo, cuando ello no sea posible, es de analizar si por el hecho de que esté el imputado en libertad es más sencillo que oculte pruebas –inminente localización de las fuentes y la conveniencia de impedir que pueda acercarse a las mismas, o acreditar que se halla en curso la investigación para conseguir la averiguación de dicha localización, aún desconocida por la autoridad, pero que podría ser obstaculizada por el imputado en caso de estar en libertad– [NIEVA FENOLL, JORDI: *Obra citada*, pp. 288-289].

54.° Este peligro incide en riesgos de la comisión, por el imputado, de conductas determinadas que develen su intención de suprimir las pruebas. Si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia de los testigos –agraviados incluidos–, peritos o coimputados [conforme: PÉREZ LÓPEZ, JORGE: *Obra citada*, p. 7. SSTEDH caso Wemhoff vs. Alemania de 27 de junio de 1968, párr. 14; caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992, párrs. 92-95].

55.° Es de tener presente que el peligro de obstaculización, desde una perspectiva dogmática, a diferencia del peligro de fuga, por lo general, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad que este último peligro. Es una causal de menor entidad expansiva en orden al tiempo de vigencia de la medida –no puede tener eficacia o utilidad durante el curso íntegro de la investigación y del enjuiciamiento, a diferencia del peligro de fuga que sí puede tener esa presencia–, pues tal peligro de obstaculización es posible que pueda ser eliminado con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba material y anticipación probatoria en el caso de la prueba personal. Por ende, el plazo de duración debe ser tendencialmente más breve y no necesariamente igual que el correspondiente al peligro de fuga [conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Obra*

citada, p. 402. NIEVA FENOLL, JORDI: *Obra citada*, p. 289]. Su plausibilidad, por lo común, es patente en los primeros momentos de la investigación, pero en un plazo más breve que el previsto para el peligro de fuga, pues ordinariamente hay medidas menos dañosas para la libertad del encausado y que igualmente aseguran el material probatorio. Entonces, se deberá practicar tan pronto sea posible los registros pertinentes, tomar declaración a los testigos supuestamente susceptibles de ser influidos, etcétera, y para ello no son necesarios tiempos prolongados [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: *Obra citada*, pp. 47-48].

∞ ASENCIO MELLADO, con acierto, postula que no puede trazarse en abstracto una equiparación temporal entre los peligros de fuga y de obstaculización, que en este último caso, como quiera que es posible una labor inmediata de aseguramiento de los elementos y fuentes de prueba e, incluso, su práctica anticipada, el plazo de la prisión preventiva debe reducirse [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, p. 823].

∞ Sin embargo, en casos de organización criminal o de banda criminal, por sus propias características, el riesgo objetivo de obstaculización es más intenso desde un primer momento y puede prolongarse consistentemente en el tiempo, tanto más si el aseguramiento de las fuentes de investigación o de prueba puede ser difícil o complicado y prolongado, en especial de las fuentes personales que requerirán, de ser el caso, en función a las necesidades de protección, anticipaciones probatorias (artículos 247 y 242 del Código Procesal Penal).

§ 6. *PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA*

56.° El criterio rector, desde el principio de proporcionalidad, es que la prisión preventiva durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que la legitiman y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción (superación de los riesgos que se quieren evitar) –requisito de temporalidad–. Los plazos integran la garantía constitucional de la libertad (STCE 127/1984, de 26 de diciembre). Existen dos valores que deben asumirse para concretar la razonabilidad de la duración del plazo: de un lado, valores de defensa social, circunscriptos al peligro de fuga y al temor a la abolición o destrucción de pruebas; y, de otro lado, valores de índole individual, referidos al carácter del sujeto, moralidad, domicilio, profesión, recursos, lazos familiares (STEDH, caso Neumeister vs. Austria, de 27 de junio de 1968).

∞ El legislador ha incorporado plazos máximos en el artículo 272 del Código Procesal Penal, establecidos en razón al tipo de proceso seguido, que a su vez, por problemas no controlables derivados del curso de la investigación y del proceso, pueden ser prolongados o prorrogados conforme al artículo 274 del citado Código. Es claro, empero, que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión preventiva –en cada caso penal– pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que

conlleva valorar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito (STC 2915-2004-HC/TC, de 23 de septiembre de 2004).

∞ La prolongación de la prisión preventiva, como es obvio, no procede cuando la dilación del proceso se deba a una causa no razonable y ajena al imputado preso preventivo [CHOCLÁN MONTALVO – CALDERÓN CEREZO: *Obra citada*, p. 271], y, en todo caso, ha de ser adoptada antes de que el plazo inicial haya expirado, pues se trata de un plazo de caducidad (STCE 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2do; y, STCE 22/2004, de 23 de febrero, FJ 4to.) –esta obra del legislador ordinario integra la garantía de la libertad, pero no la agota (STCE 8/1990, de 18 de enero, FJ 4to.)–.

∞ Sobre el plazo legal de la prisión preventiva ha de entenderse que no coincide con el plazo razonable de duración del proceso en su conjunto, y debe ser mucho menor, pues el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso [Informe CIDH 12-96, de 1 de marzo de 1996. SCoIDH caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009, párr. 119]. El derecho a un plazo de prisión preventiva razonable impone, a su vez, una obligación al Estado de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad [SCoIDH caso Bayarri vs. Argentina, de 30 de octubre de 2008, párr. 70].

57° El plazo, que ha de ser fijado por el juez en el auto de prisión preventiva, previa petición fundamentada y específica del fiscal, como se indicó, no puede establecerse desde una perspectiva abstracta, sino de acuerdo con las particularidades de cada caso; y, si se prolonga o prorroga, debe mediar una sustentación apoyada en razones relevantes y suficientes que la justifiquen, a través de una motivación particularmente convincente [INFORME CIDH, sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 30 de diciembre de 2013, párr. 177]. Incluso, es de tener presente que, sin rebasarse tales plazos, también puede vulnerarse este derecho fundamental si el proceso queda paralizado sin causa de justificación alguna –es decir, existencia de tiempos muertos– y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento (conforme: STCE 206/1991, de 30 de octubre).

∞ Para fijar el plazo de la prisión preventiva se ha de tener en cuenta (*i*) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento –a partir del análisis de la Disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria y de los nuevos aportes que pueda fundar el fiscal, así como de los argumentos de la defensa–; (*ii*) la gravedad y extensión del delito imputado; (*iii*) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; (*iv*) las actuaciones de investigación ya realizadas –especialmente en sede de diligencias preliminares–; (*v*) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (*vi*) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de

realizar actividades periciales complejas; (*vii*) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (*viii*) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras.

∞ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, respecto de la complejidad del asunto, señaló diversos criterios. Entre ellos, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, las características del derecho interno de los Estados, y el contexto en que ocurrieron los hechos –entre otras, SCoIDH caso Furlan vs. Argentina, de 31 de agosto de 2012–. Respecto de la actividad procesal del interesado, un criterio a tomar en cuenta es si los sujetos procesales realizaron las intervenciones en los procesos que le eran razonablemente exigibles –entre otras, SCoIDH caso Fornerón e hija vs. Argentina, de 27 de abril de 2012, párr. 69–.

∞ Desde luego, no se pueden dictar reglas fijas ni estipular tiempos estandarizados, pero los criterios arriba enunciados apuntan a racionalizar la determinación del plazo de duración de la prisión preventiva en cada caso en particular. La pauta que, desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta es que el fiscal, en casos de prisión preventiva, está obligado a realizar actos de investigación con la razonable celeridad que merece un preso preventivo quien es además un presunto inocente –garantía examinada desde la perspectiva de regla de tratamiento–.

58.° Por otro lado, en materia de sucesión de leyes sobre prisión preventiva en el tiempo, por su implicancia en el derecho fundamental material de libertad personal, se debe aplicar, entre la norma que la reguló y que decidió la medida y la norma posterior, aquella que es más favorable a la libertad personal (aplicación retroactiva más favorable) –así lo dispone el artículo VII, apartados 1 y 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal–.

59.° Es pertinente anotar, respecto de la fijación del plazo de la prisión preventiva, que, en ningún caso, puede erigirse como causa de justificación las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo, protagonizadas por una fiscalía determinada (salvo que esa causa sea meramente coyuntural y el Estado prontamente la remedie). Un factor a examinar es, como se anotó, el comportamiento sinuoso del imputado o su defensa –actividad de defensa obstruccionista–, como por ejemplo: introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse u ocultarse, no comparecer injustificadamente, cambiar permanentemente de defensores para lograr la demora o cuando una organización criminal que le protege mediante coacciones constantemente a los defensores para que renuncien a fin de obstaculizar el proceso, o interponer impugnaciones que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenadas a la desestimación (STC 4124-2004-HC/TE, de 29 de diciembre de 2004).

∞ En cambio no puede considerarse como práctica dilatoria el ejercicio de los derechos procesales por parte del imputado–. La actividad investigativa de la

Fiscalía, como es de enfatizar, ha de ser diligente, y ha de ser examinada a la luz de la complejidad del caso y de lo que en efecto realizó. Así: SSTEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992; caso Van der Tang vs. España, de 13 de julio de 1995; caso Buchholz vs. Alemania, de 6 de mayo de 1981; caso I.A. vs. Francia, de 23 de septiembre de 1998, párr. 111; caso Lukoic vs. Servia, de 26 de marzo de 2013, párr. 46; y, Zimmermann y Steiner vs. Suiza, de 13 de julio de 1983; y, caso Labita vs. Italia, de 6 de abril de 2000, párr. 152. SCoIDH caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de 12 de noviembre de 1997, párr. 72. Informe CIDH 46/13, de 2013, de 30 de diciembre, párr. 166-169.

∞ El Tribunal Constitucional ha incorporado otro supuesto de conducta maliciosa o conducta obstruccionista del imputado, que en todo caso debe ser probada por la fiscalía. Se trata de las premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es verdad que el imputado tiene derecho al silencio y a no confesarse culpable –expresiones del *ius tacendi*–, en tanto que a la fiscalía le corresponde acreditar los hechos constitutivos de la infracción y de la culpabilidad, pero "[...] *ello no le autoriza –al imputado– para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso*" [STC 0376-2003-HC/TC. CÁCERES JULCA, ROBERTO: *Las medidas de coerción procesal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2006, p. 27].

60.° La Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporó otro elemento para determinar la razonabilidad del plazo –que unió a (***i***) la complejidad del asunto, (***ii***) la actividad procesal del interesado y (***iii***) la conducta de las autoridades judiciales (Ministerio Público y su ayudante principal: la Policía Nacional, así como del propio Poder Judicial)–: (***iv***) la afectación generada en la situación de la persona involucrada en el proceso, que es expresión clarísima del principio de proporcionalidad en orden a la prisión preventiva [véanse: Sentencia del caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, de 29 de enero de 1997, párr. 77; y, entre otras, Sentencia del caso Tenorio Roca vs. Perú, de 22 de junio de 2016, párr. 238]. En base a este cuarto elemento se debe tener en cuenta, como criterio rector, que las autoridades deben actuar con mayor diligencia en aquellos casos donde de la duración del proceso depende la protección de otros derechos de los sujetos del proceso –entre otras, sentencia del caso Jaramillo y otros vs. Colombia, de 27 de noviembre de 2008, párr. 155–.

∞ De otro lado, si bien en la sentencia del caso Andrade Salmón vs. Bolivia, de 1 de diciembre de 2016, párr. 178, previno que, en el supuesto de personas políticamente activas y desde el principio de proporcionalidad, se extreme el cuidado para fijar el plazo de la prisión preventiva –y para determinar la razonabilidad del plazo del proceso en su conjunto–, desde luego no prohibió dicha medida de coerción personal, pues en el Estado de Derecho la prisión preventiva está condicionada a la tutela de los fines constitucionales que le corresponden (ver: párr. 1)–. En tal virtud, la CoIDH solo recomendó que, en lo posible y, desde luego, siempre que la complejidad y características de la causa lo permita, que los plazos del proceso se

abrevien y se extreme la debida diligencia en la tramitación de la causa, en tanto que un factor adicional de apreciación debe ser, precisamente, los efectos que tal exclusión podría generar en la participación democrática de aquellos en los asuntos públicos.

∞ Por consiguiente, en este supuesto, solo se presenta un elemento más en el juicio de ponderación, en tanto que el principio-derecho de igualdad obliga a que la limitación de los derechos sean de pareja exigencia por parte de cualquier persona. Este elemento adicional, junto con los demás y siempre sujeto al respectivo juicio de ponderación, es el derecho de intervención en los asuntos públicos en una sociedad democrática. Ello implica, según se anotó, un mayor rigor en la determinación del plazo que usualmente se considera razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho, pero de ninguna manera se erige en un factor por sí mismo determinante para, sin mayor análisis, decretar plazos mínimos que no se ajusten a las necesidad de la justicia penal.

61.° Desde los plazos máximos debe precisarse, según ya se puntualizó, que no necesariamente puede equipararse el plazo fijado para el peligro de fuga al plazo fijado para el peligro de obstaculización. Es verdad que la ley, al establecerlos genéricamente, no introdujo, positivamente, una diferenciación. Empero, en función al principio de proporcionalidad y a la garantía de presunción de inocencia como regla de tratamiento, es de rigor realizar una interpretación del precepto legal compatible con estas exigencias constitucionales; de suerte que, por ejemplo, el plazo máximo en los delitos vinculados al crimen organizado (tres años, prorrogables un año más) debe ser extraordinario –este plazo ha sido cuestionado incluso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por ser contraria a aquellas acciones que buscan racionalizar el uso de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales en la materia, y como parte de un abordaje comprehensivo de los aspectos técnicos de la problemática delictiva y de la aplicación eficaz del sistema criminal [INFORME CIDH: *Medidas para reducir la prisión preventiva*, de 3 de julio de 2017, párr. 51]. A estos efectos ha de tomarse en consideración (***i***) las características del caso concreto, (***ii***) su propia complejidad tanto para obtener las fuentes de investigación o de prueba como para asegurarlas y protegerlas, (***iii***) las perspectivas específicas de la prognosis del comportamiento de las personas respecto de los hechos y de la formación de la prueba de cargo, y (***iv***) las de sus vinculaciones de los imputados entre sí y los contactos con otras personas que configurarían riesgos concretos a las fuentes de prueba –en especial a los órganos de prueba– y a los medios de prueba.

∞ Cuando se trata de plazos máximos –en especial el de treinta y seis meses– han de merecer una justificación especial y revisión continua, periódica y precisa, sin acudir a argumentos genéricos obviando la determinación de supuestos específicos y controlables.

∞ Desde luego, es de enfatizar que no necesariamente puede equipararse, en concreto, el plazo para los peligros de fuga y de obstaculización. Este último, según

las circunstancias del caso y las características de los imputados, tendencialmente –y siempre sujeto a las características del asunto en ciernes– ha de ser más breve que el peligro de fuga, y estará en función (*i*) a qué concreto riesgo quiere evitar, y (*ii*) en qué medida su superación depende de las acciones céleres que deba realizar el Ministerio Público para conjurarlas.

§ 7. *AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA*

62.° La audiencia de prisión preventiva es una garantía de rango legal, cuya interpretación y aplicación compete a la jurisdicción penal ordinaria –no viene, como acto procesal, exigida por la Constitución [conforme: STCE 108/1997. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Los procesos penales*, Tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pp. 183-184]. El Código Procesal Penal ordena que la prisión preventiva se dilucide bajo los principios de igualdad de armas, oralidad, inmediación y contradicción, así como por la garantía de imparcialidad del juez decisor.

∞ El artículo 271 del Código Procesal Penal estatuye, en resguardo de la garantía de imparcialidad judicial, que se formule un expreso requerimiento del Ministerio Público de prisión preventiva y que se celebre una audiencia, oral y contradictoria. Se trata de una audiencia, que puede denominarse "audiencia preparatoria, propia de la etapa de investigación preparatoria (artículo 321, apartado 1, del Código Procesal Penal), para diferenciarla de la audiencia preliminar, específica de la etapa intermedia (artículos 345, apartado 3, y 351, apartado 1, del Código Procesal Penal), y de la audiencia principal, privativa de la etapa de enjuiciamiento o juicio oral. Esta audiencia debe realizarse, en principio, con la asistencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor –la audiencia es imperativa o preceptiva– (artículo 356 del Código Procesal Penal). Empero, en caso que el imputado, por cualquier motivo, se niegue a estar presente, será representado por su abogado o, si este último no asiste, por el abogado defensor público, en la medida en que el abogado de confianza tampoco asista, sin perjuicio de la medida disciplinaria respectiva. Como mínimo indispensable, entonces, deben intervenir el fiscal y el abogado defensor (de confianza o público). Están excluidas, por falta de legitimación, las partes civiles.

63.° La regla típica o exclusiva es que la audiencia es improrrogable, y se realiza dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento fiscal. Las reglas complementarias, en lo pertinente, son las señaladas en el artículo 8 del citado Código, sin perjuicio de asumir los principios que dimanan de toda audiencia en los que primará los principios procesales de contradicción e igualdad de armas y los principios procedimentales de oralidad, inmediación y concentración.

∞ La audiencia no es probatoria. Luego, no se actúan o ejecutan medios de investigación o de prueba, más allá de los medios de investigación documental y documentado que puedan presentarse por la fiscalía, el imputado y su defensa –que pueden importar, incluso, prueba documental o, en su caso, prueba documentada

(actas de diligencias) no adjuntadas en el expediente fiscal materia de exhibición–, los cuales por cierto serán objeto de mención a efectos de su pertinencia y utilidad para el caso y de la respectiva apreciación. No cabe su lectura ni un debate específico de su mérito probatorio –propio del debate probatorio–; solo alegación sobre su relevancia a los fines de la sustentación de la pretensión o de la resistencia.

64.° La prisión preventiva, como institución procesal, y su audiencia, como expresión de su lógica oral y contradictoria de este procedimiento coercitivo, están sometidas al principio acusatorio –más propiamente, de rogación–. El fiscal es quien exclusivamente puede solicitar la medida de prisión preventiva. Las otras co-partes y el juez –este último, de oficio– no pueden hacerlo. La audiencia es, como se anotó, obligatoria para acordar, a instancia del fiscal, la prisión preventiva.

65.° Es obvio, desde el principio de contradicción, que el ejercicio del derecho de defensa requiere de la comunicación previa de los cargos y de las fuentes-medios de investigación o de prueba que correspondan (artículo IX, apartado 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal), y que sustenten el requerimiento de prisión preventiva –compatible, por cierto, con los cargos expuestos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, que traduce la inculpación formal o promoción de la acción penal–, el mismo que será fundamentado e incluirá los anexos respectivos. El uso de la tecnología, desde luego, no puede limitarse, por lo que es factible que a través de esos medios tecnológicos adjunte el requerimiento y las fuentes medios de investigación o de prueba que sustenten su solicitud.

66.° En procesos simples, obviamente, el plazo de cuarenta y ocho horas fijado para la celebración de la audiencia resultaría razonable, no así en procesos complejos o contra organizaciones criminales, por lo que, en cumplimiento del derecho instrumental de la garantía de defensa procesal de exigencia de un tiempo razonable para prepararla (artículo IX, apartado 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal), cabe señalar un plazo distinto, judicial (artículo 142 del Código Procesal Civil), que siempre tenga en consideración el principio de cognición limitada, propio de toda medida de coerción, y la máxima de aceleramiento procesal para su señalamiento, desarrollo y decisión. El principio de contradicción está modulado o delimitado por la naturaleza y notas características del proceso de coerción procesal, en que se incardina la prisión provisional –en especial, que es un procedimiento sumario, o sea corto o breve, y de cognición limitada–. No puede equiparse, por consiguiente, la amplitud de las reglas de la audiencia principal con las de la audiencia preparatoria. Por lo demás, como señaló la STEHD caso Neumeister vs. Austria, de 27 de junio de 1968, si para examinar la medida y, en su día, los recursos, se siguiera o abriera un juicio contradictorio, la consecuencia sería una demora que se debe evitar en esta cuestión.

67.° El Juez de la Investigación Preparatoria debe cuidar que el conocimiento de los cargos y de las fuentes-medios de investigación o de prueba sea efectivo; y, a su vez, cumplido este cometido, debe garantizar un debate contradictorio que incida en lo esencial y permita debatir concisamente lo nuclear de la pretensión del fiscal y de la resistencia de la defensa. No es de recibo que el juez consienta una exagerada y tediosa exposición de la pretensión y de las resistencias, más aún si en el primer caso ésta se ha expresado por escrito y fundadamente. Estas audiencias, salvo casos excepcionales, no pueden durar horas y horas, y con réplicas y dúplicas reiterativas, o intervenciones secuenciales interminables o repetitivas según cada presupuesto material de la prisión preventiva requerida. Su enfoque debe ser unificado e integrado a fin de relievar el argumento principal y consolidar la pretensión o la resistencia.

∞ No puede continuar una desnaturalización tan desmedida del tiempo de intervenciones, y que implícitamente se aliente la desmesura y la confusión, así como se desnaturalice la indispensable claridad de los argumentos e, indirectamente, se facilite un intercambio de agravios o calificaciones personales entre la fiscalía y la defensa. El juez debe precisar el tiempo –único– que las partes tienen para fijar sus pretensiones y resistencias, el cual debe definirse en función a las características de la causa; y, además, debe cuidar que las intervenciones incidan en lo rigurosamente necesario o imprescindible. Desde esta perspectiva el artículo 20 del Reglamento de Audiencias, aprobado por la Resolución Administrativa 096-2006/CE-PJ, estipula que el juez dará el uso de la palabra a quien cuyo pedido motivó la audiencia; y, luego, dará el uso de la palabra por igual término a las demás partes, sin perjuicio de intervenir en el momento que lo considere pertinente a fin de solicitar precisiones y esclarecimientos de las alegaciones.

∞ El destinatario de los debates contradictorios es el juez. Éstos, como es obvio, se sustentan tanto en la ley como en los medios-fuentes de investigación o de prueba acompañados a la audiencia por el fiscal y las partes, datos que el juez siempre revisará –no es suficiente la mera referencia de las partes–, pues es a él corresponde verificar la correspondencia de las afirmaciones fácticas de las partes con los hechos discutidos y las exigencias de la ley, así como los datos o medios de fuentes-medios de investigación o de prueba expuestos en su desarrollo –no es de recibo, por tanto, lo prescripto en la última oración del artículo 22 del ya citado Reglamento de Audiencias, en el sentido de que: "*La decisión, sin embargo se basará fundamentalmente en información que surja del debate contradictorio realizado en audiencia*"–. El juez, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, al decidir, de un lado, debe controlar la pertinencia y coherencia de las argumentaciones, su correspondencia con los hechos y el material instructorio o probatorio, su validez jurídica, y apreciar las fuentes-medios de investigación o de prueba conforme a la sana crítica judicial; y, de otro lado, ponderar los razonamientos jurídicos de las partes.

∞ Será del caso, en consecuencia, fijar un plazo único de duración de las intervenciones –tendencialmente breve– y ser muy exigente con el rigor expositivo, la concisión y lo esencial de los argumentos acusatorios o defensivos –las

exposiciones han de ser verdaderas, desde los datos de la causa –con información de calidad–, sucintas y enfocarse en los aspectos centrales del caso–. El juez tiene la dirección material de la audiencia –no ha de permanecer pasivo– y debe, por tanto, ejercer sus poderes de dirección para evitar todo tipo de desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva y, a su vez, garantizar su brevedad y rigor.

§ 8. *AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA*

68.° El artículo 271, apartado 3, del Código Procesal estipula, como se analizó, que el auto de prisión preventiva que profiera el Juez de la Investigación Preparatoria será especialmente motivado (motivación reforzada o cualificada) –se ha de haber ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que la justifican (STCE 28/1995, de 26 de julio de 1995, FJ 4to. b)–. Además, el apartado 2 del citado precepto estipula que la resolución será oral, pues se expedirá en la audiencia sin necesidad de postergación alguna.

69.° Que el auto de prisión preventiva sea oral, dada la preponderancia –que no exclusividad– del principio de oralidad en el proceso penal nacional y que deriva de una audiencia, no significa que su contenido difiera del expresado en apartado 3 del artículo 271 del Código Procesal Penal, ni que se aparte de lo dispuesto –en términos generales– en el artículo 123, apartado 1, del mismo Código y, en lo pertinente, en el artículo 122 del Código Procesal Civil.

70.° Es verdad que el artículo 139, inciso 5, de la Constitución impone la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, al igual que el artículo 2, numeral 24, literal f), de la Constitución –para casos de privación procesal de la libertad personal–. La exigencia de la escrituralidad, como se sabe, apunta a que se conozca –por las partes y la ciudadanía– el tema en discusión, se sepan las razones de hecho y de derecho adoptadas y se advierta por qué el juez decide de una u otra manera, y a que, una vez proferida la resolución, ésta conste en un archivo seguro y no pueda ser alterada o manipulada, a la vez que pueda consultarse por la opinión pública, en el modo y forma de ley –que es la expresión de la garantía de publicidad y del principio de transparencia–.

∞ De otro lado, la escrituralidad de la resolución en un texto en papel permite, dada su pretendida estabilidad y seguridad, no solo la efectividad de la garantía de motivación sino el control por las partes y la sociedad y, en su caso, el conocimiento de sus términos por los demás órganos jurisdiccionales en los supuestos de impugnación (garantía de pluralidad de la instancia).

71.° La necesidad de una interpretación que opte por un criterio axiológico y teleológico, conforme a la razón esencial de la disposición legal que informa

determinada institución jurídica, se impone. Se trata, en suma, de que la resolución del juez pueda ser conocida y se estabilice en un medio determinado a tono con la tecnología más actualizada, cierto y seguro, que evite alteraciones en su texto o su desaparición y procure su debida difusión cuando corresponda.

∞ Por tanto, es de rigor, frente a toda contingencia, primero, que en el acta de la audiencia quede fijada la resolución, su explicación, sentido y decisión, con los elementos que la constituyen –recuérdese que toda actuación procesal se documenta en el acta (artículo 120, apartado 1, del Código Procesal Penal)–; y, segundo, que en el audio o video quede debidamente registrado lo acontecido en la misma (reproducción audiovisual de la actuación procesal: artículo 120, apartado 3, del citado Código) y, especialmente, las expresiones del juez, mediante la palabra hablada, que constituyen la base material de la resolución oral. Debe evitarse, mediante el respeto a estas reglas, que la reproducción de audio o audiovisual pueda, por dolo, negligencia o accidentalmente, borrarse –total o parcialmente– o alterarse, y para ello el acta sigue siendo indispensable, bajo las directivas del artículo 120, apartado 2, del Código Procesal Penal. Por ende, la documentación de la actuación procesal, materia de la audiencia de prisión preventiva, a través del acta no puede eludirse en modo alguno.

72.° No se obliga, por cierto, a que, aun siendo lo deseable, se realice la transcripción íntegra de la resolución de prisión preventiva en el acta, sino que se indique sucintamente –en pocas líneas– el argumento esencial, la base de la sospecha fuerte, qué riesgo procesal se afirma o se descarta, y en qué se basa la decisión. Ésta se integrará –no se constituirá–, sin duda, con el registro de audio o audio y video correspondiente.

III. DECISIÓN

73.° En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

74°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 24 al 27, 34 al 55, 57 al 59, 67 y 71 del presente Acuerdo Plenario.

75.° PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo parágrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

76°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario se incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

77°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. **HÁGASE** saber.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA