

# La prisión preventiva como medida de coerción en el nuevo código procesal penal

Enviado por [Jessica Eliana Esquivel Meza](#)

Las restricciones contenidas en las medidas coercitivas responden siempre e inexcusablemente a [principios](#) de [justicia](#), [seguridad](#) y certeza de proporcionalidad como garantías frente a los [medios](#) de interdicción a la arbitrariedad judicial.

La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal en base al principio de proporcionalidad y siempre en la medida y exigencia necesaria así como existir suficientes elementos de convicción, conforme lo estipula el artículo 253.2 del NCPP.

El Principio de Proporcionalidad, conocido también como el Principio de Prohibición de Exceso, supone correlación entre la medida y la finalidad, se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida. Consiste en la utilización de [técnicas](#) de contrapeso de [bienes](#) o [valores](#) y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso [concreto](#) que importa el sacrificio de los intereses individuales para dar prioridad al [interés](#) estatal que se pretende salvaguardar. La finalidad que se pretende alcanzar es la realización de la justicia que implica el sacrificio legítimo de otros bienes entre ellos la [libertad](#) del imputado.

Por su parte el Principio de Idoneidad se refiere a que toda intervención a los [derechos](#) fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Respecto al Principio de Necesidad Toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido; entre otras aquellas que revisten por los menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el [objetivo](#) propuesto.

La medida debe durar lo estrictamente necesario, en [función](#) a los fines que se persigue; por ello son provisorios. La permanencia de la medida esta subordinada al [riesgo](#) de la fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, siempre y cuando se manifiesten indicios objetivamente verificables que el imputado pretende sustraerse de la justicia o de depredar su [patrimonio](#).

Cuando no existen otros medios lesivos idóneos para asegurar los fines del [procedimiento](#) el juzgador deberá evaluar las características y particularidades del caso concreto a efecto de determinar la idoneidad y necesidad de la medida y considerando la gravedad del [delito](#) perseguido, la [calidad](#) de los autores, los elementos de la convicción, las [pruebas](#) que se pretende recoger, etc.

La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuera indispensable, en la medida y por el [tiempo](#) estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los [riesgos](#) de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; así como para

impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva que incluye que la medida sea indispensable para los fines de la [investigación](#) y para la determinación de una actividad probatoria concreta; basado principalmente en el principio de idoneidad que se mide con la sospecha vehemente que se tenga de la comisión de un delito.

Los requisitos para tramitar judicialmente las medidas coercitivas son:

1.- Solicitud del sujeto procesal legitimado: están legitimados el [Fiscal](#), el actor civil o querellante particular (estos dos últimos solo en el caso de las medidas de coerción real). La solicitud indicara las razones en que se fundamente el pedido acompañando de ser el caso los actos de investigación o los elementos de convicción pertinentes.

Los [autos](#) que se pronuncien sobre estas medidas son reformables aún de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo de acuerdo al Art.255.2 del NCPP.

El Ministerio Público y el imputado pueden solicitar al Juez la reforma, [revocatoria](#) o sustitución de las medidas de [carácter personal](#), el Juez deberá resolver en tres días en la audiencia correspondiente; la solicitud de embargo y la [administración](#) provisional de posesión corresponden únicamente al actor civil.

Los autos que se impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas previstas en la sección tercera del [Código](#) Procesal Penal son impugnables para las partes correspondientes en mérito al principio de doble instancia.

## **2.- LA PRISION PREVENTIVA:**

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

La libertad es un bien jurídico que permite la autorrealización del [individuo](#) y que posibilita su intervención en concretas actividades socioeconómicas.[2] La libertad en el antiguo régimen inquisitivo era un bien jurídico devaluado, su aceptación era la regla y su confirmación la excepción y era utilizada como medida cautelar destinada a asegurar los efectos positivos de la condena así como para propiciar suplicios y dolores al detenido. En el [modelo](#) procesal mixto la libertad individual únicamente se limitaba a razones de necesidad y urgencia, la justicia penal debía realizarse en presencia del imputado, de

acuerdo con una actividad probatoria y de acuerdo a las reglas del contradictorio y el derecho de defensa.

Debe advertirse que la condena es la culminación del procedimiento, la [eficacia](#) de la investigación depende del [desarrollo](#) probatorio que se pueda alcanzar mediante la intervención de los sujetos procesales; y es fundamental la presencia del imputado, puesto que lejos de considerarlo un objeto de prueba, su participación es necesaria para la actuación de ciertos medios probatorios. La ausencia del imputado en algunas diligencias puede provocar la ineficacia probatoria, en consecuencia hay excepciones en las que se hace necesaria la intervención estatal para que durante el procedimiento se asegure la actuación de ciertas pruebas que faciliten el esclarecimiento de su objeto.

La prisión provisional para Fenech [3] es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una [persona](#) en virtud de una resolución judicial y que tiene por objeto el ingreso de esta en un establecimiento público, destinado al efecto, con el fin de asegurar los fines del [proceso](#) y la eventual ejecución de la pena.

La prisión preventiva es una medida de coerción procesal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos [presupuestos](#) (formales y [materiales](#)), que debe tomar en cuenta el Juzgador al momento de decidir la medida, que se encuentran taxativamente previstos en las [normas](#) que modulan su aplicación.[4]

La prisión preventiva se equipara a la "detención preventiva" introducida en nuestro ordenamiento legal en el Art.137 del Código Procesal penal de 1991. Es una institución jurídica que en el proceso penal significa la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de [conocimiento](#) o la ejecución de la pena.

Ella sirve a tres [objetivos](#):

- 1.- Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.
- 2.- Pretende garantizar una *investigación de los hechos*, en debida forma, por los órganos de persecución penal.
- 3.- Pretende asegurar la ejecución penal. [5]

La prisión preventiva es una medida coercitiva que tiene por objeto asegurar a la persona del imputado a los fines del cumplimiento de la pena privativa de libertad. El aseguramiento de una pena corporal, traducido en la detención judicial intenta justificar una medida preventiva que tiene su génesis en la [inseguridad](#) que genera la criminalidad para la [sociedad](#) que necesariamente se plasma en primer lugar en el imputado. Este razonado temor e inseguridad que genera la criminalidad en la sociedad aumenta en nuestro país debido a los altos índices de criminalidad que registra en la actualidad.

Toda sociedad busca su seguridad jurídica, entendida esta última como un supuesto esencial para la vida de los pueblos, el desenvolvimiento normal de los individuos e

[instituciones](#) que los integran [6], en virtud a ella el mandato de detención aparece como una respuesta del [sistema](#) penal frente a la potencialidad delictiva del imputado; la aplicación de dicha medida transitoriamente asegurará a la sociedad frente al presunto culpable y es admisible en cualquier estado del procedimiento.

Las características esenciales o notas identificativas de la prisión preventiva son su provisionalidad preventiva, instrumentalidad y cautelar, sometida su aplicación al principio de jurisdiccionalidad, y para Binder, existiría un tercer principio: el de proporcionalidad: la [violencia](#) que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de una pena, en caso de probarse el delito en cuestión.[7]

Entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia mas grave en la libertad individual; por otra parte, ello es indispensable en algunos casos para una [administración](#) de justicia penal eficiente.[8] El principio constitucional de proporcionalidad exige restringir la medida y los límites de la prisión preventivas lo estrictamente necesario.

El derecho internacional de los [derechos humanos](#) protege extremadamente el principio de inocencia que asiste al imputado, lo que impide que se trate como culpable a la persona sospechosa de haber cometido un delito mientras no haya sido declarada judicialmente su [culpabilidad](#), en consecuencia los efectos de la prisión preventiva de ninguna manera pueden ser equiparados a los efectos de una pena. Resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos propios de la pena, ahí radica la importancia de que la duración de la prisión preventiva se extienda a un tiempo razonable, puesto que al excederse de la razonabilidad temporal esta medida deviene en arbitraria e ilegítima, por tanto la razonabilidad temporal de la medida se fundamenta en los principios de celeridad y eficacia procesal.

Ni la función de aseguramiento de la pena corporal puede otorgar legitimidad a la intromisión estatal en la esfera de la libertad de la persona sin que exista una declaración de culpabilidad. Cualquier fundamento resulta inconsistente, ni la justificación que la detención judicial tiene por objeto "adelantar las [funciones](#) de la pena a la declaración de culpabilidad" puede legitimizar la facultad del Estado para privar la libertad a los individuos de una sociedad.

El problema se potencializa en países en que las tasas de criminalidad son altas y el sistema procesal penal no es suficiente para luchar contra ese fenómeno, uno de esas [sociedades](#) es la peruana que tiene altos índices de criminalidad y su sistema democrático aún es débil, por lo que la aplicación de esta medida de seguridad resulta necesaria y la colisión de derechos libertad-seguridad son aún muy discutibles.

Justamente por que afecta un derecho fundamental la prisión preventiva debe constituir una medida de ultima ratio, que solo debe aplicarse ante circunstancias plenamente justificadas, que deben condecirse con un estado de cosas que revele graves indicios de criminalidad, considerando al imputado renuente a someterse libremente a la coacción estatal o que

manifiesta una [conducta](#) poco colaboradora para el esclarecimiento de los hechos, o obstruya la actividad probatoria.

El orden interno de un Estado se revela en el modo en que esta regulada esa situación de [conflicto](#): los estados totalitarios, bajo la [antítesis](#) errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un estado de Derecho, en [cambio](#), la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; [el Estado](#) mismo está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano-. [9]

Con ello el principio constitucional de proporcionalidad (...) exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario (...) [10] que será posible con la instauración de un debido sistema penal y procesal penal que ha estado evolucionando en el Perú, a partir de la dación de la Ley 24833, la entrada en vigencia del Art.135 del Código Procesal Penal de 1991, sus respectivas modificatorias y con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal del 2004.

### **2.1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA PRISION PREVENTIVA:**

El Art. 79 del Código de [Procedimientos](#) Penales de 1940, hacia mención al mandato de detención y comparecencia, este fue modificado por la Ley 24388, en la que indicaba expresamente los [delitos](#) en que se podía aplicar el mandato de detención; pero no alcanzo una definición respecto a la existencia de suficiencia probatoria. Posteriormente este artículo fue derogado tácitamente por el Art.2 del D. Leg.638 del 27 de Abril de 1991, que daba lugar a la entrada en vigencia el Art.135 del Código Procesal Penal de 1991.

El Artículo 135 del Código Procesal de 1991 textualmente refiere *"El Juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:*

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

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

*2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.*

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

*En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida."*

Este [texto](#) desde su dación fue modificado por la Ley 27226 del 17 de diciembre de 1999 y la Ley 27753 del 09 de junio del 2002, esta modificatoria estableció el hecho de que "*no constituía elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado*", y lo que en realidad se buscó con esta norma era determinar la [responsabilidad](#) penal personalísima, siendo que miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado, serán responsables en la medida que tengan una participación criminal en el hecho delictivo, solo si existen otros elementos que vinculen al imputado con la autoría del hecho delictivo; así mismo cerró el marco de amplitud respecto al peligro procesal, exigiendo en la determinación del peligro de fuga la existencia de "suficientes elementos probatorios que lo determinen", eliminando del texto originario "otras circunstancias"; finalmente la Ley 28726, publicada el 09 de mayo del 2006 que modificó el Inc.2 del Art.135 del Código Procesal de 1991; en el que -para ordenar una detención preventiva- la pena probable debe superar a un año de pena privativa de libertad y ya no cuatro años; o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito.

Por su parte el Código Procesal Penal del 2004 en su Art.268, refiriéndose a los presupuestos materiales de la prisión preventiva manifiesta "*...1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:*

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

*b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y*

*c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).*

*2. También será [presupuesto](#) material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una [organización](#) delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad" .*

Como vemos este artículo exige la presencia de "fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; así mismo vuelve a la [redacción](#) original del Art.135 del Código Procesal Penal de 1991; empero introduce en los Arts.269 y 270, pasos para

determinar claramente en cada caso la existencia del peligro procesal de fuga o de perturbación de la actividad probatoria.

## ***2.2.- PRESUPUESTOS DE LA PRISION PREVENTIVA:***

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

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

Es el presupuesto del *fumus boni iuris*, que se refiere a que los primeros actos de investigación que se realizan ni bien conocida la noticia criminal deben revelar una sospecha vehemente de criminalidad, que deben advertir indicios razonables de la comisión de un delito, que puedan ser confrontadas de forma objetiva, no bastan entonces las meras conjeturas o presunciones sin fundamento.

La apreciación de los indicios razonables de criminalidad en la fase de investigación significa la existencia de motivos razonables que permitan afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida, que supongan una relación directa con el imputado, la que puede consistir en una relación de autoría, coautoría u otro grado de participación, injusto que puede ser a título de dolo o culpa. Deben concurrir varios elementos de convicción e indicios que construyan una base de cognición sólida.

La suficiencia probatoria está referida a los elementos razonables sobre la vinculación como autor o partícipe del delito. Podemos apreciar dos aspectos, uno de ellos referido *al objeto* de la suficiencia probatoria, que a parte de que exige una razonable fundamentación probatoria sobre la existencia del delito, también exige la vinculación del imputado con el hecho delictivo atribuido. Posiblemente en un caso concreto exista suficiencia probatoria, sobre la realización de un hecho delictivo; pero es necesario también que existan suficientes elementos probatorios respecto a la participación delictiva del procesado en ese hecho concreto. Es preciso que la suficiencia probatoria considere la participación del imputado en el hecho delictivo, [11] individualizando de ser el caso el grado de participación de cada uno de los imputados si son varios sujetos [activos](#), que es además concordante con la función de seguridad que en la realidad tiene la detención judicial.

Otro aspecto de este primer requisito se refiere *al estado o grado de conocimiento exigido sobre los hechos*, que es el cierto grado de verisimilitud sobre la participación del imputado en el hecho, por lo que es necesario que se llegue a determinar la existencia de suficiencia probatoria en el caso concreto en [atención](#) de las circunstancias del hecho.

Los Jueces Penales para iniciar el proceso requieren únicamente de la existencia de elementos que permitan una sospecha fundada sobre la participación punible del imputado en el hecho delictivo, suponiendo que para el inicio de una relación procesal, bastará la simple imputación de la existencia del delito y la participación del imputado en el hecho;

empero este grado de conocimiento sobre los hechos no bastara para constituir el presupuesto de la suficiencia probatoria, descartándose que el estado o grado de conocimiento que se tenga sobre los hechos sea el mismo que el grado de conocimiento que basta para vincular a una persona al proceso.

El grado de conocimiento exigido por el presupuesto es uno superior al requerido para iniciar el proceso; pero sin llegar al grado de certeza, de suerte que dentro de este margen pueden haber estados o grados de conocimiento como la "[probabilidad](#)" y la "duda" [12]Por ello Ascencio Mellado [13]acota, que: "Debe exigirse algo más que una posibilidad y menos que la certeza (...) no basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado.

***b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y***

***La prisión preventiva esta condicionada a la conminación legal en abstracto que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena esta sujeta a una serie de [variables](#), entre estas las circunstancias concomitantes a la realización del hecho punible.***

Las modificatorias introducidas al texto original del Art.135 del C.P.P de 1991 y aún el Art.268° del CPP del 2004, fue la exigencia de que sea posible determinar que la sanción a imponerse será superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; empero conforme a la modificatoria por la Ley 28726 de fecha 09 de mayo del 2006 y en los lugares en que se encuentra en vigencia los artículos pertinentes del Código Procesal penal de 1991, es suficiente que la sanción a imponerse (o la suma de ella) sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito, medida desacertada por el legislador atendiendo a los altos indicios de criminalidad con el que cuenta nuestro país, y que genera una desigualdad en la aplicación de esta medida coercitiva en relación a los lugares donde opera el Nuevo Código Procesal Penal.

Erróneamente se entendió a la entrada en vigencia del Art.135 del Código Procesal Penal de 1991, que la existencia de este presupuesto se basaba sólo en el limite superior de la pena fijada por la ley para el delito objeto de proceso, empero hoy existe unanimidad en afirmar que este presupuesto no esta referido a la pena fijada por ley para el delito, sino a la pena probable que el juzgador impondrá en su sentencia condenatoria, que supone una prognosis de la pena, lo que implica un acercamiento, un calculo a esa determinación conforme a los actuados existentes en la oportunidad en que corresponda dictar la medida y que será la regla al momento de aplicar la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal.

***c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).***

Este presupuesto hace alusión al periculum in mora, es decir cuando existen indicios o [evidencias](#) razonables, de que el imputado no esta dispuesto a someterse voluntariamente a la persecución penal estatal, y se advierten ciertas particularidades y características

personales del imputado (reincidencia, [líder](#), cabecilla de una banda, por ejemplo), la flagrancia, las altas posibilidades de fuga, la gravedad del delito, entre otros.

El Peligro procesal, presenta dos supuestos: La intención del imputado a sustraerse de la acción de la justicia; y la intención de perturbar la actividad probatoria. Potencialidad razonable de fuga o perturbación de la actividad probatoria.

- Peligro de fuga: Según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el imputado no se someta al procedimiento penal ni a la ejecución, presumiéndose también de que el sujeto activo se pondrá en una situación de incapacidad procesal. [14]

Para calificar el peligro de fuga el Juez tendrá en cuenta el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de [la familia](#) y de sus [negocios](#) o [trabajo](#) o las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, vínculos de carácter familiar, amical y de negocios, grado de influencia que pueda ejercer en determinados ámbitos socio-políticos, situación económica, lazos familiares en el exterior, de ser el caso su doble [nacionalidad](#), etc.

Predecir la gravedad de la pena a inicios del proceso es algo muy subjetivo, puesto que las circunstancias valorativas que rodearon el proceso pueden variar en las etapas posteriores al realizarse la actividad probatoria, salvo que el procesado haya sido intervenido en flagrancia y se cuente con los elementos de juicio suficientes para formar un juicio de esta naturaleza en la etapa preliminar del procedimiento. Por lo que los primeros elementos que se recojan para adoptar la prisión preventiva, no son de ningún modo definitivos ni concluyentes, como para estimar cerradamente una sanción determinada.

- Peligro de Entorpecimiento: (Peligro de Obstaculización) Exige que el [comportamiento](#) del imputado funde la sospecha vehemente de que él:
  - Destruirá, modificará ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba.
  - Influirá de manera desleal con co-inculpados, testigos o peritos (por tanto, no es suficiente que el imputado le pida que no declare a un testigo autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente)
  - Inducirá a otros a realizar tales comportamientos y si, por ello, existe el peligro de que él dificultara [la investigación](#) de la verdad. [15]

El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Conducta que se manifiesta en interés de aquel para esclarecer el objeto de la investigación, no necesariamente confesando su culpabilidad, sino a partir de una participación positiva en cuanto diligencia u acto procesal que fuese llamado a intervenir por la Instancia Judicial.

Para calificar el peligro de obstaculización, conforme al Artículo 270 del Nuevo Código Procesal Penal, se tendrá en cuenta el riesgo razonable que el imputado:

Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba (Art. 270.1), en este caso, el imputado es portador de elementos de prueba importantes para acreditar la imputación delictiva.

Influirá para que los computados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (Art. 270.2), las maniobras más usuales para desvirtuar una acusación de forma ilícita, es comprando testigos o peritos, esto es, corrompiendo voluntades, a fin de que se tuerza la verdad de los hechos. Claro está, que la influencia puede ser también ejercida bajo violencia o amenaza.

Inducirá a otros a realizar tales comportamientos (Art. 270°3). La influencia hacia otros sujetos procesales, la puede ejercer el imputado de forma personal o mediando otra persona. La [inducción](#) puede ser directa o por medio de interpósita personal.

De acuerdo al artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en el mencionado artículo, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad".

### ***2.3.- AUDIENCIA Y RESOLUCION DE LA PRISION PREVENTIVA:***

El artículo 271° del Nuevo Código de Procedimiento prevé todo lo pertinente respecto a la Audiencia y Resolución de la Prisión Preventiva. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y se defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio. La necesidad de actuar, en una audiencia pública, los sustentos (en contra y a favor), que deberá tomar en cuenta el Juzgador para resolver el pedido de prisión preventiva, estas deben adoptarse con todos los elementos de juicio que sean necesarios para garantizar su legalidad. Elementos de juicio que deben ser confrontados con los principios que dinamizan el acusatorio como son los de inmediación, [debate](#) y contradicción entre las partes. Poniendo énfasis en el derecho irrestricto de defensa del imputado.

La resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El Fiscal y su abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustrara la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.

El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustenta, y la invocación de las citas legales correspondientes. La [motivación](#) de la resolución es imprescindible para sujetar la medida de coerción al marco de la legalidad, exponiendo las razones que justifican la prisión preventiva, a partir de una ponderación valorativa de los intereses que se pretenden amparar, de los fines que se pretende alcanzar, así como la obligación de exponer correlativamente la concurrencia de los presupuestos-formales y materiales-previstos en los Arts. 268°-267°, adecuándolos debidamente a las circunstancias que rodean el caso concreto. Todos estos puntos se comprenden en la proposición lógico-jurídica que conlleva un auto de esta naturaleza, esto es, describiendo la imputación delictiva en su consideración fáctica y en su dimensión jurídico-penal, exponiendo los fundamentos de hecho y derecho, y los dispositivos legales que correspondan (procesales y materiales). La sujeción de estas formalidades permite una adecuada [tutela](#) jurisdiccional efectiva para los justiciables.

## ***2.4.- LA DURACION DE LA PRISION PREVENTIVA***

La legitimidad material (constitucional) de la prisión preventiva está condicionada a la concurrencia de presupuestos materiales (*funus bonus iuris* y *periculum in mora*), formales (jurisdiccionalidad, [motivación](#)) y que se adopte la medida bajo las reglas del principio acusatorio. Empero, la legitimidad sustancial de la prisión preventiva supone también someter su duración en el tiempo al principio de provisionalidad. Los fines de la detención preventiva son de asegurar la pretensión punitiva estatal, que se materializan a través de la condena, así como de realizar una actividad probatoria que pueda reconstruir el hecho punible tal y como aconteció en realidad.

La prisión preventiva, entonces, para no vulnerar el principio de legalidad debe durar lo estrictamente necesario para alcanzar los fines propuestos en el proceso. Si esta rebasa e tiempo estrictamente razonable, la medida se convierte en arbitraria e inconstitucional.

El carácter provisorio de la prisión preventiva está relacionado directamente con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, el derecho que tiene todo justiciable a que su situación jurídica sea resuelta en un plazo razonable, de acuerdo a lo estipulado en los Convenios Internacionales.

El artículo 272° del Nuevo Código Procesal establece que la prisión preventiva no durará más de nueve meses, tratándose de [procesos](#) complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.

Al [vencimiento](#) del plazo sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en diligencias judiciales. Habiendo transcurrido los plazos previstos en los artículos 272.1 y 272.2, el Juez de la causa, deberá ordenar la inmediata excarcelación del imputado, bajo responsabilidad. La orden de excarcelación puede decretarse de oficio o a solicitud del imputado y del Ministerio Público.

En estos casos, el juzgador, en el mismo auto que decreta la libertad del imputado, deberá adoptar las medidas de coerción personal que aseguren la comparecencia del procesado a la instancia, vía comparecencia con restricciones.

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

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

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

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

## ***2.5.- COMPUTO DEL PLAZO DE LA PRISION PREVENTIVA:***

No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa (Art.275.1). Importa entonces, una conducta procesal maliciosa del imputado que no puede convalidar una situación jurídica a favor de sus intereses. Debe quedar claro que las dilaciones son [producto](#) de una defensa obstruccionista, para no reconocer como válida, dilaciones exclusivamente jurisdiccionales.

El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de emisión de dicha resolución (Art.275.2).

## ***2.6.- LA IMPUGNACION DE LA PRISION PREVENTIVA:***

Contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días. El Juez de la investigación preparatoria elevara los actuados dentro de las 24 horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo (Art.278.1). La apelación como recurso impugnatorio ordinario, será de conocimiento de la Sala Penal Superior, pero lo resuelto en esta instancia, deberá ser devuelto al Tribunal A quo para lo que corresponda según ley.

La Sala Penal se pronunciara previa vista de la causa, que tendrá lugar, dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y del Defensor del imputado. La decisión debidamente motivada, se expedirá el día de la vista de la causa o dentro de las 48 horas, bajo responsabilidad (Art.278.2)l La resolución que expida la Sala Penal Superior, esta condicionada a la realización de una audiencia, bajo las reglas de la oralidad y de la bilateralidad, primando a estos efectos, el principio de celeridad y [economía](#) procesal.

Si la Sala declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenara que el mismo u otro Juez dicte la resolución que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el Art.271 (Art.278.3), siendo así, la Sala Superior no podrá actuar como un Tribunal de instancia, al limitarse su [competencia](#) a la declaratoria de nulidad. Situación que no se condice con el principio de economía procesal, pues, si el Tribunal advierte ciertos defectos o vulneraciones a la legalidad procesal debería en ese mismo acto, aplicar el derecho que corresponda revocando el auto de prisión preventiva, y ordenando en ese mismo extremo, la libertad del imputado.

## ***2.7.- CESACION DE LA PRISION PREVENTIVA:***

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

La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva, el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la prisión preventiva de la libertad y el estado de la causa.

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

El imputado y el Ministerio Público podrán interponer recurso de apelación dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quién se dictó auto de cesación de la prisión preventiva (Art.284.1); la impugnación que se interponga contra el auto de cesación favorable, se concederá sin efectos suspensivos,

garantizándose de esta forma la libertad del imputado. Rige en lo pertinente lo referente a la impugnación de la prisión preventiva establecido en el Art.278 numerales 1 y 2.

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

## ***2.8.- DIFERENCIAS CON LA DETENCION***

La detención a nivel policial y judicial de un individuo, supone una grave afectación a la libertad personal impidiendo su capacidad de locomoción y su desplazamiento de un lugar a otro; importa una injerencia directa a la esfera de la libertad de un ciudadano, por parte de las agencias de persecución penal.

El Código de Procedimientos Penales no recogía taxativamente esta institución procesal, el Código Procesal penal de 1991 respecto a su articulación vigente solo hace mención a la detención preventiva, cuya naturaleza se asimila a la "prisión preventiva" que prevé el nuevo Código Procesal Penal del año 2004 y que además este cuerpo legislativo hace una clara diferencia entre la detención (policial, arresto ciudadano y preliminar judicial) y la prisión preventiva como medidas coercitivas del proceso penal..

La detención se diferencia de la prisión preventiva tanto por su duración, como por su finalidad en el marco de la persecución penal estatal[16]la detención es una medida de coerción penal que se adapta ni bien se inician los primeros actos de investigación, cuya finalidad esencial es viabilizar las diligencias que se orientan al recojo y acopio de pruebas; debe entenderse por detención toda privación de la libertad de movimientos que no consista en la ejecución de una pena o en el cumplimiento de la medida cautelar de prisión preliminar adoptada en el marco de un proceso penal abierto o por abrir.

La prisión preventiva a diferencia de la detención propiamente dicha, goza de una mayor aplicabilidad y vigencia, en razón de sus efectos más duraderos en el tiempo y de su legitimidad por emanar fundamentalmente de una resolución de orden jurisdiccional. No obstante en la medida que al igual que la detención también ha de cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad y de legalidad, de donde se infiere que solo procede en casos graves y tasados por el legislador.

### ***COMENTARIO:***

Como Inicialmente se expuso la prisión preventiva es una medida excepcional que debe practicarse en el ámbito del proceso penal. La inseguridad jurídica que se vive en el Perú

permite que esta medida sea frecuentemente recurrible, hecho que con la aplicación del nuevo modelo procesal debe convertirse en una medida excepcional y que obligara al persecutor del delito a solicitar esta medida resguardado de un acervo probatorio y por su parte al Juez de la Investigación Preparatoria a dictarlo debidamente fundamentado y cumpliendo exhaustivamente con los requisitos establecidos en ley procesal penal.

Aún en países con [sistemas](#) procesales penales avanzados se sigue recurriendo a la aplicación de la prisión preventiva como medio asegurador de la ejecución de la pena, pero se ha previsto de medidas coercitivas que están sustituyendo paulatinamente esta medida, como son los monitoreos electrónicos como [políticas](#) criminales reduccionistas, puesto que parten de la premisa que el [derecho penal](#) y el procesal penal no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad, sino que es el [desarrollo social](#) el que posibilitará la capacidad para resolver los [conflictos](#) sociales.

Autor:

**Jessica Esquivel Meza**

Abogado

[1] PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, en "EXEGESIS DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL", Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima 2007, p.680.

[2] Ob.cit. p.710.

[3] FENECH, M., El Proceso Penal, cit, p.161, citado por Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre en EXEGESIS DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL, Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima 2007, p.712.

[4] PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, en EXEGESIS DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL, Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima 2007, p.712.

[5] Roxin, Claus; "DERECHO PROCESAL PENAL", Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p.257.

[6] DICCIONARIO JURÍDICO FUNDAMENTAL, Flores Polo, Pedro, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima-Perú, año 2002, p.721

[7] BINDER, A.M.: Introducción al derecho penal, p.200, citado por Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre en EXEGESIS DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL, Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima 2007, p.714.

[8] Roxin, Claus; "DERECHO PROCESAL PENAL", Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p.256.

[9] Roxin, Claus; "DERECHO PROCESAL PENAL", Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p.258.

[10] Ob. Cit. P.258.

[11] VASQUEZ VASQUEZ, Mario; Artículo Especial "DETENCIÓN Y LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL", Actualidad Jurídica, Gaceta Juridica, Tomo 136, Marzo del 2006, Lima - Perú, P.15.

[12] IBIDEN

[13] IBIDEN

[14] Roxin, Claus; "DERECHO PROCESAL PENAL", Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p.258. Ob. Cit. p.260.

[15] Ob,cit. P.260.

[16] PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, en EXEGESIS DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL, Ob.Cit., p.708.