Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES DEL PROCESO PENAL PERUANO

Gonzalo del Río Labarthe

Tesis Doctorales

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE

LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES DEL PROCESO PENAL PERUANO

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A MALE, NÚA, BELÉN y ADRIANO; por los años que perdí.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

"La libertad no es posible mas que en aquellos países en que el derecho predomina sobre las pasiones."

FRAY ENRIQUE DOMINGO LACORDAIRE

"La búsqueda de la seguridad, que ha pasado a ser la primera prioridad para los gobiernos y ciudadanos, va a traer consigo una merma sensible de los derechos y prerrogativas que había conquistado para el ciudadano común la cultura democrática. Los criminales fanáticos que empotraron los aviones en las torres gemelas y en el Pentágono no se equivocaron: el mundo es ahora, gracias a ellos, menos seguro y menos libre".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

MARIO VARGAS LLOSA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

I. Consideraciones generales
II. Las medidas cautelares personales como limitación de derechos fundamentales
  II.1 Legalidad
  II.2 Proporcionalidad
    1. Idoneidad
    2. Necesidad
    3. Proporcionalidad en sentido estricto
  II.3 Motivación
III. Naturaleza cautelar
  III.1 Instrumentalidad
  III.2 Jurisdiccionalidad
  III.3 Provisionalidad
    1. Provisionalidad como manifestación de su carácter "*instrumental*"
    2. Provisionalidad en sentido estricto: obedecer a la regla "*rebus sic stantibus*"
    3. Diferencia entre provisionalidad y temporalidad
IV. Funciones
  IV.1 Funciones cautelares
    1. Prevención de la fuga del imputado
      1.1 La posición de la doctrina
      1.2 Aseguramiento de la ejecución de la pena
      1.3 Aseguramiento del *desarrollo* del proceso penal

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1.3.1 Evitación de la suspensión del proceso cuando esté excluido realizarlo en rebeldía

1.3.2 Aseguramiento de la disponibilidad física del imputado para que pueda servir a las necesidades probatorias

1.3.3 Evitación de la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba relevantes

2. Funciones no cautelares

2.1 Prevención general y alarma social: satisfacer demandas sociales de seguridad

2.2 Prevención especial: evitación de la reiteración delictiva

2.2.1 Medida de seguridad

2.2.2 Medida *preventiva*

V. Presupuestos

V.1 *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho

V.2 Existencia de *periculum in mora*

VI. Medidas cautelares personales, presunción de inocencia y proporcionalidad

VI.1 El "test" de proporcionalidad y el "test" de presunción de inocencia

VII. Medidas limitativas de derechos fundamentales: marco general aplicable a las medidas cautelares personales del NCPP

VII.1 Título Preliminar

VII.2 Medidas de coerción procesal

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRISIÓN PREVENTIVA

I. La prisión preventiva. Una medida cautelar excepcional y subsidiaria

II. Presupuestos

II.1 *Fumus boni iuris*

II.1.1 Necesidad de una imputación delictiva

II.1.2 Fundados y graves elementos de convicción

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.1.3 La (posible) existencia de una causa de justificación, exención o extinción de responsabilidad penal en la imputación delictiva

II.1.4 *Fumus boni iuris* e imputación formal

II.1.5 Límite penológico

II.2 *Periculum in mora* o peligro procesal

II.2.1 Peligro de fuga

1. La gravedad de la pena, que se espera como resultado del procedimiento.

2. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él.

3. 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 (269.4).

II.2.2. Peligro de obstaculización

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba (270.1 NCPP)

2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

II.3 Pertenencia o reintegración a una organización delictiva

III. Modalidades

III.1 Ordinaria o comunicada

III.2 Incomunicada

IV. Procedimiento

IV.1 Competencia

IV.1.1 Competencia funcional

IV.1.2 Imparcialidad objetiva: principio acusatorio y prisión preventiva

IV.2 Tramitación: petición fiscal y audiencia preliminar

IV.3 Motivación del auto de prisión preventiva

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

IV.4 Impugnación

IV.5 Variabilidad

IV.5.1 La revocatoria de la medida de comparecencia por prisión preventiva

IV.5.2 Cesación de la prisión preventiva

V. Duración

V.1 Plazos

V.2 Prolongación

V.3 Cómputo

V.4 El plazo razonable

VI. Abono de la privación cautelar de libertad en el cumplimiento de la condena

VI.1 Propio o estricto

VI.2 Impropio o amplio

VI.3 El abono de la prisión cautelar de libertad en el ordenamiento jurídico peruano

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO TERCERO
LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

I. Aspectos generales

II. La comparecencia

II.1 Medidas alternativas y derecho internacional

II.2 El ordenamiento procesal peruano

II.3 La doctrina jurisprudencial peruana.

II.4 La comparecencia simple

II.4.1 ¿Una medida cautelar personal del proceso penal?

II.4.2 Condiciones

1. Ausencia de *fumus boni iuris*

1.1 Sanción leve

1.2 Actos de investigación que no justifiquen la comparecencia restrictiva

2. Ausencia de *periculum in mora*

II.4.3 Procedimiento

II.5 La comparecencia restrictiva

II.5.1 Presupuestos

1. *Fumus boni iuris*

1.1 Límite penológico: la consecuencia jurídica que prevé el tipo penal denunciado debe superar la condición de sanción leve

1.2 Cuando los actos de investigación aportados lo justifiquen

2. *Periculum in mora*

II.5.2 Las restricciones

1. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia

2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse ante la autoridad.

3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa

4. La caución

4.1 Características

4.2 Clases

4.2.1 Caución personal.

4.2.2 Fianza personal.

4.2.3 Caución real.

4.3 Cancelación y ejecución

II.5.3 Procedimiento y control

II.5.4 Duración

III. El arresto domiciliario

III.1 Aspectos generales

III.2 El artículo 143 CPP 1991

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

III.2.1 La mal llamada comparecencia restringida obligatoria: el modelo restringido, medida sustitutiva o prisión preventiva atenuada [art. 143 - primer párrafo, CPP 1991]

III.2.2 La detención domiciliaria como medida alternativa: la mal llamada comparecencia con mandato de detención [art. 143.1 CPP 1991]

III.3 La detención domiciliaria en el NCPP 2004

III.3.1 Presupuestos

III.3.2 No es una medida obligatoria

III.3.3 Las "causales humanitarias"

1. Mayor de 65 años
2. Enfermedad grave o incurable
3. Incapacidad física permanente
4. Madre gestante

III.3.4 Régimen de cumplimiento de la detención domiciliaria

1. Domicilio
2. Custodia
3. Limitación de derechos fundamentales distintos a la libertad personal

III.4 Procedimiento

III.5 Duración

IV. La internación preventiva

IV.1 Presupuestos

IV.1.1 F*umus boni iuris*

IV.1.2 P*ericulum in mora*

IV.2 Procedimiento

IV.3 Duración

V. Impedimento de salida

V.1 ¿Medida cautelar o restricción de derechos para actuar un medio de prueba?

V.2 Su posible interpretación como una medida cautelar personal: *status* de sujeción vs. *status* obligatorio

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

V.3 Presupuestos

V.3.1. *Fumus boni iuris*

V.3.2. *Periculum in mora*

V.4 Restricciones

V.5 Procedimiento

V.6 Duración

CONCLUSIONES

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

"La libertad no hace felices a los hombres, los hace sencillamente hombres". Estas palabras de MANUEL AZAÑA nos recuerdan que, independientemente de los argumentos jurídicos que puedan sostenerse para graficar la importancia del derecho a la libertad personal y su jerarquía en un Estado de Derecho, lo imprescindible es entender que la libertad constituye el núcleo esencial del desenvolvimiento del ser humano en la sociedad. Un medio social sin libertad, es uno sin ciudadanos.

Este estudio desarrolla una serie de instituciones que son especialmente importantes en el ámbito del derecho a la libertad personal. Se trata de las medidas cautelares de naturaleza personal, cuyo análisis constituye una interesantísima radiografía del carácter democrático de un Estado.

Entre estas instituciones ocupa un lugar destacado la prisión preventiva, uno de los instrumentos más violentos con los que cuenta el Estado. La limitación de la libertad personal que incorpora la prisión preventiva no sólo suele ser igual de intensa que la que implica la pena privativa de libertad, además, aquélla no contiene el reproche social de la condena, no cumple un control social imprescindible para la convivencia, no constituye una respuesta que, cuando menos, se funde en una certeza procesal.

La prisión preventiva limita la libertad del individuo cuando no existe –porque no puede existir por el derecho a la presunción de inocencia – certeza en cuanto a las razones que motivan esa privación. Se asegura la ejecución de una pena –y el desarrollo del proceso que la precede-, sobre la base de indicios, presunciones, probabilidades. Es decir, por "intuición". Con otras palabras, se priva de libertad para saber si se tiene que privar de libertad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Es por esta razón que la prisión preventiva constituye un objeto de debate tan encarnizado. ¿Cómo justificar la presunción de inocencia, en un país en el que se utiliza la privación cautelar de libertad? ¿Qué derecho a la libertad personal puede defenderse, si un Estado puede limitar ese derecho en base a indicios, pronósticos o presunciones?

Todo eso se sigue discutiendo en la mayoría de países de nuestro entorno. El tratamiento de una figura tan peligrosa, además, tiene un marcado componente ideológico. Hay quiénes abogan decididamente por su abolición, quiénes justifican su existencia como algo inevitable pero exigen una aplicación excepcionalísima para supuestos específicos y sobre la base de motivaciones estrictamente cautelares. Quiénes abogan por una expansión de los criterios que la justifican, a tal punto que no temen reconocer en ella una función pacificadora, un instrumento al servicio de la seguridad ciudadana que controle los principales riesgos en materia penal[1].

De cualquier modo, este estudio no ingresa en dicho debate, no se ubica en la dicotomía "abolición de la prisión preventiva" vs. "prisión preventiva inevitable". No porque no lo juzgue necesario, es un debate imprescindible para entender la prisión preventiva y el rol que cumple en una sociedad determinada. Sencillamente considero que es un debate previo, distinto; que no forma parte del objeto de estudio trazado en esta investigación.

La tesis que se presenta describe los principales argumentos a favor y en contra de la limitación cautelar de libertad, pero asume la premisa de que la prisión preventiva y las medidas alternativas, como instituciones procesales, son

[1] De hecho es sintomático que estos "componentes" ideológicos – mas no necesariamente de contenido jurídico – se reflejen con especial intensidad en un momento determinado. Las brutales agresiones por un grupo de fanáticos en Estados Unidos, España y Reino Unido; la concepción de una nueva forma de terrorismo que constituye una amenaza constante al acecho de los ciudadanos de a pie, motiva un debate sólido – y a veces sórdido – en torno a una cruenta disminución de las garantías del ciudadano en pos del "bien común". Ello no solo acompaña el "debate académico", también el debate social, los medios de comunicación claman por una respuesta rápida y efectiva del Estado, que parece comunicar un ruego de las sociedades contemporáneas: "no me importa vivir en un medio menos libre, si eso lo convierte en un lugar más seguro".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

instrumentos cautelares que tienen como único objetivo servir al proceso, colaborando con la realización de justicia. Asignando esta función a las medidas cautelares personales del proceso penal – preservar el proceso y su resultado – se descarta cualquier otra función subrepticia, se rechaza, recogiendo las opiniones más relevantes de la cultura jurídica española y latinoamericana, cualquier "lobo vestido de cordero", que no es otra cosa que la inclusión de una institución procesal con apariencia de medida cautelar personal, pero que en realidad se pervierte en una medida final, sustantiva, de control social, que no se justifica, porque no puede, en los fundamentos básicos de la tutela cautelar personal del proceso penal.

Por lo tanto, esta investigación ubica su punto de partida sobre la base de tres premisas fundamentales: 1) Las medidas cautelares personales del proceso penal tienen [y solo pueden tener] como objetivo, garantizar el desarrollo y resultado del proceso penal, evitando la fuga y/o la obstaculización probatoria del imputado. 2) En tal virtud, todas las medidas cautelares personales buscan un objetivo común y requieren los mismos presupuestos, la utilización de una u otra está vinculada, antes que a los objetivos o presupuestos, a una análisis de equilibrio entre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad del peligro que pretende evitarse. 3) Un sistema cautelar personal propio de un Estado de Derecho debe compartir presupuestos, reglas, principios y objetivos comunes, debe ser complejo al consignar distintas alternativas, y sobre todo, debe permitir que la prisión preventiva sea un instrumento subsidiario, la última de las alternativas a elegir para neutralizar el peligro procesal.

Entonces, la principal motivación de este estudio lo constituye el análisis de la importancia, crucial, que ofrece un sistema cautelar personal que no se agote en la existencia de la prisión preventiva, sino, que ofrezca distintas medidas útiles para el aseguramiento y desarrollo del proceso penal. Es decir, el especial interés que debe surgir en el Estado para regular un catálogo de medidas cautelares personales "útil", "eficiente" y "garantista". Es usual que en aquellos países donde no existe un auténtico catálogo de instrumentos cautelares de naturaleza

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

personal, la prisión preventiva se convierte en la regla general y la libertad, en la excepción a la regla. Por lo que se invierte la propia naturaleza del Estado de Derecho. Un Estado que procure la optimización del derecho a la libertad en el ámbito de la regulación del proceso penal, es uno que debe insistir en un complejo catálogo de medidas cautelares en el que la prisión preventiva sea, en verdad, la excepción a la regla.

A partir de estos criterios se ingresa en el estudio específico de las medidas cautelares personales del "nuevo proceso penal peruano". Concretamente, se intenta una evaluación del nuevo sistema procesal peruano que permita establecer si existe un catálogo útil para asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal; y en todo caso, la crítica que pueda realizarse a algunas de sus instituciones y procedimientos. Se ha elegido el Código Procesal Penal Peruano de 2004, en principio, porque quien escribe estas líneas es peruano. Pero no cabe duda, también, que el NCPP 2004 es un instrumento de última generación que regula un proceso penal de corte acusatorio, garantista, inscrito en una interesantísima reforma latinoamericana destinada a promover el cambio de la Justicia en esta región del mundo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El análisis de las medidas cautelares personales, entonces, no solo permite analizar la viabilidad del sistema cautelar del NCPP en función de las bases descritas en el primer capítulo de este trabajo, también permite revisar el modelo general en el que se inscribe este sistema. Concretamente, la inclusión de los conceptos de defensa, contradicción, postulación de parte; y muchos otros principios que regula el NCPP, y en consecuencia, el procedimiento para aplicar las medidas cautelares personales incorporadas por el Código. La existencia de una investigación a cargo del Ministerio Público, de un Juez de Garantías y el reforzamiento del papel del imputado y su defensa [componentes esenciales del NCPP] son vitales en este estudio. De esta forma, que las medidas cautelares personales que se analizan pertenezcan a un Código de última generación, constituye una excelente oportunidad para el análisis de la tutela cautelar

personal desde la perspectiva de las nuevas tendencias de reforma. Otra cosa es que esa excelente oportunidad haya sido bien aprovechada.

Por esta razón, esta es una investigación que se introduce en la interpretación de nuevas normas. Evidentemente el estudio jurisprudencial es limitado por la "juventud" del Código, pero permite también construir su interpretación anticipándose a los "vicios" –inevitables- del Sistema. Este estudio, no debe existir temor al decirlo, se funda en una interpretación normativa estricta, pretende fijar las bases de lo que puede ser una visión crítica de un sistema cautelar personal en un Estado de Derecho; pero pretende también ofrecer soluciones, opiniones; en suma, intenta partir de una concepción teórica, en el convencimiento de que la mayor fortaleza de la misma consiste en que sea capaz de brindar herramientas para operar en la práctica. Se puede haber fracasado en el intento, pero ese ha sido el objetivo.

Así, el lector encontrará luego de un capítulo de fundamentos, dos capítulos expresamente dedicados a revisar cada una de las medidas cautelares personales del proceso penal. El capítulo dos analiza la prisión preventiva; y el capítulo tres analiza las medidas alternativas [comparecencia, impedimento de salida, internación preventiva y detención domiciliaria]. En el estudio de cada medida cautelar personal se analiza la presencia de los fundamentos aplicables a toda medida cautelar personal; ya sea porque se entiende que la regulación específica los respeta, o porque se realiza una apreciación crítica a la formulación dada por el Código a una institución específica. Obviamente, siempre se intenta dotar a determinada institución o procedimiento de una interpretación acorde con los principios generales que deben acompañar a cualquier medida cautelar del proceso penal.

Finalmente, es importante mencionar que es probable que la elección del Nuevo Código Procesal Peruano como objeto de estudio restrinja el universo de personas a quien puede interesar este estudio [el Perú]. Sin embargo, ha sido también la intención de este trabajo [se insiste, otra cosa es que haya logrado su

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cometido] demostrar cuan útil es el análisis específico de un cuerpo normativo para sentar las bases de lo que es o debe ser una sistema cautelar personal del proceso penal. Si este trabajo sirve como referente para que otros investigadores intenten este mismo ejercicio en otros lugares y con otros objetos de estudio [entiéndase Código Procesales Penales], habrá cumplido de sobra su objetivo. Incluso cuando esta tesis doctoral constituya un ejemplo de "lo que no debe hacerse"; eso también la convertirá en un instrumento útil.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

I. Consideraciones generales

En el desarrollo del proceso penal pueden adoptarse dos clases de medidas cautelares: a) las medidas cautelares personales, que recaen sobre el imputado y pretenden asegurar la eficacia de la sentencia condenatoria que en su día pueda pronunciarse; y b) las medidas cautelares patrimoniales, que recaen sobre el patrimonio del imputado o de terceros, y pretenden asegurar la responsabilidad civil que pueda derivarse de la sentencia en un proceso penal[1].

Esta investigación tiene como objeto de estudio a las medidas cautelares personales del proceso penal[2]. En el transcurso de este capítulo se revisará el marco teórico general que incluye los elementos comunes a todas las medidas procesales que recaen sobre el imputado para el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal.

Para ello es imprescindible analizar los dos problemas fundamentales que se afrontan en el estudio de estas medidas: *"la posibilidad de aplicar la teoría general de las medidas cautelares a determinadas medidas que se adoptan en el proceso penal; y, la determinación de estas medidas distinguiéndolas de otras con las que presentan algunos puntos de contacto"*[3]. Por otro lado, cualquier análisis de las medidas cautelares personales requiere que se realice un estudio de las reglas que impone el Estado de Derecho para limitar un derecho fundamental. Pues si bien las medidas personales se insertan en la teoría cautelar, estas constituyen ante

[1] BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con J. MONTERO AROCA, J.L GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO), Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2004, pp. 465-466.
[2] Para el análisis de las medidas cautelares reales del proceso penal español, Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1991.
[3] ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", *RGLJ*, núm. 244, 1978, p. 440.

todo, una limitación de derechos fundamentales, lo que evidentemente condiciona su posterior línea de estudio.

También es necesario analizar las características cautelares específicas de las medidas personales donde, si bien la instrumentalidad es una característica esencial de cualquier medida cautelar del ordenamiento jurídico, su estudio ostenta una especial relevancia en el marco de la limitación de un derecho fundamental que se realiza con carácter previo a la condena y con el propósito de asegurar la eficacia de la sentencia a dictarse en el proceso.

Junto a la instrumentalidad se deben estudiar las características de jurisdiccionalidad, provisionalidad, motivación y proporcionalidad, como lógicas consecuencias de la primera, y que deben incluirse en el estudio de una institución que persigue una legítima limitación de derechos fundamentales con estrictas motivaciones cautelares.

En el estudio de la teoría general de las medidas personales del proceso penal es imprescindible ingresar al análisis de sus fines o funciones. ASENCIO MELLADO[4] advierte que *"la naturaleza cautelar de determinada medida dependerá de las funciones que ésta realice. Naturaleza y finalidad son notas que se complementan y dotan de sentido mutuamente, por lo que, el segundo de los criterios apuntados constituye la mejor referencia para constatar la efectiva consideración de una medida como cautelar*"[5].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[4] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 32.

[5] Un elemento adicional, se presenta a partir de los presupuestos que la ley procesal regula como requisitos para su imposición. Naturaleza, finalidad y presupuestos constituyen los distintos componentes de unas medidas que sólo pueden ser entendidas mediante un análisis complementario. De similar parecer es MÁLAGA DIÉGUEZ, para quien las finalidades de las medidas provisionales susceptibles de ser adoptadas en el proceso penal condicionan y delimitan tanto las características como los presupuestos de dichas medidas. MÁLAGA DIÉGUEZ, F., Vid. ""El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", *Justicia*, 2002, Nº. 1 y 2, pp. 148-149.

En esta línea se ubica, entre otros, el análisis de las razones por las cuales diversos ordenamientos empiezan a utilizar la prisión preventiva para satisfacer funciones que para algunos no son precisamente cautelares, como es el caso de la protección de la víctima, la evitación de la reiteración delictiva y el control de la alarma social. En igual sentido, debe analizarse la naturaleza de las medidas alternativas, creadas en distintos ordenamientos (vgr. "orden de alejamiento" y "orden de protección"), que persiguen también, estos "nuevos fines".

En la doctrina existen diversos estudios sobre la prisión preventiva[6], así como estudios individualizados de otras medidas cautelares personales del proceso penal[7]. Pero entre ellos, son muy pocos los que realizan un análisis singularizado del sistema cautelar penal en su conjunto, o dicho de otro

[6] AA VV., *Detención y prisión provisional* (DIR. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996; ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988; DÍAZ MARTÍNEZ, M., "Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos", *La Ley*, Nº 5931, 2004, pp. 1601-1607; GARCÍA GARCÍA - SOTOCA, J., "Breve reflexión en torno a la función que la prisión provisional está llamada a desempeñar en el proceso penal al hilo de la STC 47/2000, de 17 de febrero", *Tribunales de Justicia*, núm. 12, Dic. 2002, pp. 21-31; GIMENO SENDRA, V., "La prisión provisional y derecho a la libertad", *La Ley*, núm. 4187, 1996 pp. 1644-1648; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004; LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de la prisión provisional", *La Ley*, núm. 5926, 5 de enero de 2004; LLOBET RODRÍGUEZ, J., "La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)", *RDPr*, Nº2, 1995, pp. 547-571; MENDO ESTRELLA, A., "La reforma y la "contrarreforma" de la prisión provisional", *La Ley*, Nº 5998, 2004, pp. 1838 - 1843; MONTÓN GARCÍA, M., "Los actuales presupuestos fácticos de la prisión provisional ", *La Ley*, Nº 5972, 2004, pp.1558-1565; PÉREZ GORDO, A., "Libertad provisional y prisión provisional en la Constitución, en la LECr y en los textos legales y jurisprudenciales", *Revista Jurídica*, núm. 1, 1984; RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?", *La Ley*, 1984, pp. 1056-1058; SANGUINÉ, O., *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; A.A. VV., *Régimen Jurídico de la prisión provisional* (COORD. ALBERTO DORREGO DE CARLOS) Sepín, Madrid, 2004; REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *En busca de la prisión preventiva*, Jurista, Lima, 2006; Llobet Rodríguez, J., *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, UCI, San José de Costa Rica, 1997.

[7] BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español,* Mc Graw-Hill, Madrid, 1996; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988; DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?", *La Ley*, Nº 6148, 2004, pp. 1595-1608; FAIRÉN GUILLÉN, V., "La detención antes del juicio", *RDPrIb*, núm. 4, 1972, pp. 755 - 769; LEAL MEDINA, J., "La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad", *La Ley*, núm. 5409, pp. 1303-1310; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La Detención*, Akal/iure, Madrid, 1987. DE HOYOS SANCHO, M., *La Detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

modo, de las características comunes a todas las medidas cautelares personales del proceso penal[8].

Así, en España y Perú, por ejemplo, siempre se ha construido un sistema de medidas cautelares personales, sobre la base fundamentalmente, del análisis de las características de la prisión preventiva. La profunda discusión académica en torno a esta institución procesal[9] trae como consecuencia que sus presupuestos, fines y características, en muchos casos se extiendan sin más, a las demás medidas personales del ordenamiento procesal[10]. Con otras palabras, se han realizado estudios sistematizando las medidas alternativas a partir del análisis de las principales características de la prisión preventiva, y no sistematizando éstas a partir de un análisis del régimen general de las medidas cautelares personales del proceso penal.

Esta situación ha contribuido, entre otros muchos factores, a que en diversos ordenamientos la prisión preventiva haya sido regulada sin que se advierta la imperiosa necesidad de regular medidas de carácter alternativo para satisfacer los fines cautelares del proceso penal. Es sin duda una de las grandes razones por las que en el estado actual se buscan medidas

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[8] Vid. DAMIÁN MORENO, J., "La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal", *Régimen Jurídico de la Prisión provisional* (COORD. ALBERTO DORREGO DE CARLOS), Sepín, 2004, p. 91 - 111; MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", *Justicia*, 2002, núms. 1 y 2, pp. 111-262; ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", *RGLJ*, núm. 244, 1978. PUJADAS TORTOSA, V. *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso,* Marcial Pons, Madrid, 2008.

[9] Resulta reveladora la expresión de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ en este sentido, cuando sostiene que la prisión preventiva es "el problema por antonomasia del proceso penal". ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "Presunción de inocencia y prisión sin condena", *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 17.

[10] En un sentido similar se pronuncia PUJADAS TORTOSA quien sostiene que ante el panorama legislativo [español] –que incluye medidas provisionales respecto de las cuales no se encuentra referencia expresa a los fines que permiten acordarlas- el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los fines de la prisión provisional ha contribuido a suplir el vacío provocado por la ausencia de una teoría general de medidas cautelares penales. PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 21.

alternativas a la prisión preventiva, y no precisamente, se habla de la "prisión preventiva como genuina ¡y última! alternativa"[11].

Éste será, pues, el *marco general* que permitirá diferenciar las medidas cautelares de aquellas que cumplen funciones no cautelares y revelar la necesidad de elaborar un complejo sistema cautelar que sirva a los intereses del proceso, y que permita elegir, en el caso concreto, entre las diversas alternativas existentes para el aseguramiento del imputado, respetando las reglas de limitación de derechos fundamentales que exige el proceso penal de cualquier sociedad democrática[12].

II. Las medidas cautelares personales como limitación de derechos fundamentales

La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso. El órgano jurisdiccional que conoce un proceso, cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución a pedido de parte que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia[13].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[11] En el caso concreto del ordenamiento jurídico español, sin duda existe un serio déficit en este sentido. Cuando no concurren los presupuestos para aplicar la prisión preventiva, es la libertad provisional la que se erige en la regla del proceso penal, y fuera de éstos instrumentos, no existen reales alternativas que aseguren la eficacia del proceso y/o la posible sentencia. Esta situación es apuntada por MÁLAGA DIÉGUEZ: "se echan en falta alternativas legales a la libertad y la prisión provisional, que bien podrían situarse en un punto intermedio entre ellas o complementar sus efectos". MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.*, p. 113.

[12] De ahí que para las medidas cautelares personales del proceso penal que inciden en aspectos tan importantes como la libertad personal, el derecho a la presunción de inocencia y la actuación del ius puniendi del Estado, ostente una particular importancia la posición de GOLDSCHMIDT: "la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución". Vid. *Principios Generales del Proceso*, Buenos Aires, 1961, p. 110.

[13] PRIORI POSADA, G., "La tutela cautelar y el problema del tiempo y el proceso", JUS *Doctrina y Práctica*, Nº 4, abril, 2007, p. 244.

En ese sentido, las medidas cautelares de carácter personal del proceso penal se definen como aquellas resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limita un derecho fundamental del imputado, con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie[14].

Los dos elementos más importantes de esta definición son: la existencia de resoluciones que constituyen una limitación de un derecho fundamental y, su vocación marcadamente cautelar: aseguramiento de la eficacia del proceso.

El derecho fundamental que se suele restringir en el ámbito de las medidas cautelares personales es la libertad personal y es a partir de éste que se analizarán las reglas de limitación aplicables. No obstante ello, también es importante tener en cuenta que este no es el único derecho que puede ser limitado en el ámbito cautelar, y, que los requisitos que deben respetarse para la limitación del derecho a la libertad son los mismos que deben respetarse para la limitación de cualquier otro derecho fundamental, independientemente de la naturaleza cautelar de la medida, o de que ésta haya sido acordada dentro o fuera de un proceso[15].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.1 Legalidad

La principal garantía que debe observarse en la limitación de un derecho fundamental es el principio de legalidad, en virtud del cual es

[14] ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.192.

[15] ASENCIO MELLADO, J.M., "La libertad de movimientos como derecho fundamental", *Derechos Procesales Fundamentales*, Manuales de Formación Continuada Nº 22, CGPJ, 2004, p 38. La CIDH en el caso Bayarri vs. Argentina (30/10/08) ha señalado que (…) *"la prisión preventiva, es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática", pues "es una medida cautelar, no punitiva"* (…).

necesaria la previsión y habilitación legal de la medida limitativa como condición de su legitimidad[16]. En el caso del derecho a la libertad, así lo dispone el art. 2.24 b) de la Constitución peruana[17], que luego de reconocer la existencia del derecho a la libertad y seguridad personales dispone que toda restricción de la libertad debe estar prevista en una ley[18].

En este sentido, la limitación del derecho a la libertad en cualquiera de sus formas podrá realizarse sólo cuando se cuente con el concurso de una ley que la autorice. La Constitución no regula en forma específica los supuestos ni los requisitos necesarios para la limitación de la libertad, sino que se limita a consagrar una "reserva de ley[19]. Pero esto no significa que deba considerarse el derecho a la libertad personal como uno de pura configuración legal, en la medida que la determinación de su contenido exige la presencia de diversos principios constitucionales que no son descritos expresamente en las leyes de desarrollo[20].

A diferencia de la Constitución Política peruana, el art. 81. CE[21] obliga al legislador a que las leyes de desarrollo de un derecho fundamental sean leyes orgánicas. De una interpretación sistemática de los arts. 17 y 81 CE se desprende que la calidad de la ley a la que hace referencia el primero, es necesariamente orgánica. Esto se corresponde con la postura asumida por el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[16] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 64.
[17] Art. 2.24.b Constitución peruana- *"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas". En el mismo sentido el art. 17.1 CE- "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma, previstos en la ley*".
[18] En el caso español, ASENCIO MELLADO describe el art. 17 CE, señalando que "contiene dos aspectos que pueden considerarse clásicos en cualquier regulación de un derecho fundamental: su reconocimiento general (libertad y seguridad) y la forma y condiciones en que puede ser restringido". Vid. "La libertad de movimientos…", *cit.,* pp. 27 - 28.
[19] LÓPEZ ORTEGA, J. "La detención del indocumentado", Poder Judicial, Nº 26, 1992, p.155.
[20] SSTC español 41/1982, 127/1984, 206/1991, 13/1994, 241/1994, 128/1995, 156/1996, y 157/1997.
[21] Art. 81.1 CE.- "*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*".

TC español cuando menciona que *"la ley que limita el ejercicio del derecho a la libertad, es una ley de desarrollo"*[22], por tanto, su tratamiento ingresa en el ámbito del segundo de los artículos citados.

La calidad de ley orgánica constituye una manifestación del "control formal" del principio de legalidad, cuyo fundamento radica en que se pretende asegurar que sólo el legislador, en tanto representante del pueblo y titular de su soberanía, pueda establecer los supuestos en los que procede la limitación del derecho a la libertad[23]. Cualquier disposición que autorice una interpretación distinta a lo dispuesto en los arts. 17.1 y 81.1 CE, supone "forzar" la Constitución y atentar contra las garantías de los ciudadanos incluidas en estos preceptos[24].

Pero también existe un *control material* de las normas limitativas de derechos fundamentales, contenido en el art. 53.1 CE[25], el cual exige que la ley (orgánica) que regule el ejercicio de un derecho fundamental deberá respetar su contenido esencial. La definición de los alcances del contenido esencial del derecho a la libertad constituye un hito indispensable para elaborar los alcances del principio de legalidad desde su perspectiva material. En su definición ostenta una especial relevancia el art. 10.2 CE que exige que: "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España"[26]. Por ello, en relación con la limitación del derecho a

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[22] SSTC español 127/1984, de 12 de diciembre; 34/1987, de 12 de marzo; 13/1994, de 17 de enero; 241/1994, de 20 de julio; y, 128/1995, de 26 de julio.
[23] GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad),* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 53-54.
[24] ASENCIO MELLADO, J.M., "La libertad de movimientos…", *cit.,* p. 43.
[25] Art. 53.1 CE.- *"Los derechos y las libertades reconocidos en el capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que, se tutelarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 161.1 a)".*
[26] En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano en los fundamentos 4 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N.° 1230-2002-HC/TC, ha sostenido que *"todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, en particular, aquellas que tienen relación con los derechos y libertades fundamentales, deben ser interpretadas con los tratados en*

la libertad, resulta fundamental tener en cuenta el art. 5.1 CEDH: *"Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley* (…)"; enumerando a continuación: supuestos de pena, detención e internamientos legítimos. Esta norma, interpretada de conformidad con lo señalado por el TEDH, advierte que la enumeración de supuestos de privación de libertad contenida en el art. 5.1 del Convenio es taxativa o cerrada, y por consiguiente, exige una interpretación restrictiva[27]. Resulta también de vital importancia el art. 9 PIDCP, que desarrolla la interdicción de la arbitrariedad.

Sobre esta base, además de las normas constitucionales e internacionales descritas, es fundamental acudir a la doctrina jurisprudencial europea, que ayuda a delimitar el contenido del principio de legalidad en la limitación de derechos fundamentales. Considerando la interpretación de las normas citadas, y, en el ejercicio de la resolución de casos en los que se han visto afectados diversos derechos fundamentales, tanto el TEDH como el TC español, han tenido una participación decisiva en la delimitación del contenido del principio de legalidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El principio de legalidad ha sido construido sobre la base de los criterios conocidos como *"calidad de la ley habilitadora"* y *el "canon de la previsibilidad de la medida",* fundamentalmente, desarrollados por el TEDH.

De acuerdo con este Tribunal una norma es previsible cuando es pública y está redactada con la suficiente precisión, de modo que proporcione una información suficiente y precisa de su contenido, y permita al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma.

---

materia de derechos humanos en los que el Estado Peruano sea parte".
[27] STEDH de 6 de noviembre de 1980, Caso Guzzardi.

La ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente, para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad en la que pueden incurrir los poderes públicos. Una lógica consecuencia de la interdicción de la arbitrariedad será, además, la necesidad de que la interpretación de la norma habrá de ser restrictiva[28].

El TC español también ha contribuido a establecer las pautas en las que debe inscribirse el principio de legalidad en materia de limitación de derechos fundamentales. Ha señalado, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, que: *"La legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de ley (control formal), y que la norma habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de la seguridad jurídica y certeza del derecho (control material)"*[29].

Define así lo que denomina la *"triple condición"*: la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de la ley como garantía de seguridad jurídica.[30]

Ha sostenido a su vez que: "la ausencia de previsión legal de una medida limitativa de un derecho fundamental constituye una lesión autónoma del derecho sustantivo afectado[31]; que es condición previa imprescindible de la legitimidad constitucional de las injerencias del poder

[28] Citado por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, *cit.,* p. 68. Vid. SSTEDH de 26 de abril de 1979, Caso Sunday Times; 25 de marzo de 1983, Caso Silver; 2 de agosto de 1984, Caso Malone; 24 de abril de 1990, Caso Kruslin y Huvig; 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela; 15 de noviembre de 1999; entre otros. Vid, del autor, nota 117.
[29] Vid. SSTC 49/1999, FJ 4; y, 169/2001, FJ 6.
[30] STC español 169/2001, FJ 6.
[31] SSTC español 53/1995, de 23 de febrero, FFJJ. 4 y 5; 49/1999, de 5 de abril, FJ 5.

público en los derechos fundamentales[32]; y, que toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley, ser necesaria a la consecución de los fines legítimos en una sociedad democrática, y su aplicación ha de ser razonada y razonable"[33].

Pero si bien la "calidad de la ley habilitadora" y el "canon de previsibilidad" constituyen aspectos del principio de legalidad que vinculan al legislador, no es menos cierto que el juez también encuentra los límites de su actuación en este principio. El juzgador, al momento de decidir la imposición de determinada medida, debe respetar la ley tanto en su letra como en su teleología y espíritu. No puede decretarla por supuestos o en forma distinta a lo previsto por el ordenamiento jurídico[34]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)[35].

En el mismo sentido se ha expresado el TC español al señalar que: *"Por mandato expreso de la CE, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley (…) desempeña una doble función: de una parte, asegura que los derechos que la CE atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[32] SSTC español 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4. Vid. Por todas: STC 169/2001 de 16 de julio, FJ 3.

[33] STC español 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4.

[34] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, *cit.*, p. 68. El autor además describe esta garantía como "análoga" a la conocida en el derecho sancionador como "garantía de tipicidad".

[35] SSCIDH "Caso Gangaram Panday", de 21 de enero de 1994. párr. 47; "Caso Cesti Hurtado", de 29 de septiembre de 1999; y, "Caso Niños de la Calle" de 11 de noviembre de 1997, párr. 131.

la ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas"[36]*; "El derecho a la libertad puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se opera contra lo que la ley dispone"*[37].

La STC español 169/2001, aporta una serie de pautas que son de vital importancia para complementar el contenido del principio de legalidad en el marco de las medidas limitativas de libertad, impuestas con fines cautelares y en el marco de un proceso penal. En este caso, se resuelve un Recurso de Amparo en el que se analizó la legitimidad de la imposición de una prohibición de salida del territorio español y la consecuente retirada del pasaporte, impuestas en un proceso penal, medidas éstas que a juicio de los demandantes no se encontraban expresamente reguladas en una ley orgánica. Lo interesante de esta resolución radica, primero, en que constituye un análisis del principio de legalidad en el marco de una medida cautelar expresamente reconocida en la LECr; y segundo, se analiza una medida restrictiva de libertad, y no una auténtica medida privativa de libertad[38].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Señala el TC que, para la limitación del derecho a la libertad en un proceso penal:

a) No pueden constituir cobertura legal específica, las normas carentes del rango legal requerido por el art. 53.1 CE;

b) No puede considerarse cobertura legal específica disposiciones que establecen habilitaciones para la autoridad administrativa y no judicial;

[36] SSTC español 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.
[37] STC español 127/1984.
[38] El propio TC ha declarado que la libertad provisional con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal, implica una restricción de la libertad personal. Vid. SSTC español 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7.

c) Prohíbe una interpretación analógica, mediante la aplicación de normas que regulan medidas cautelares similares. Esto es, no es posible utilizar el razonamiento *ad maiore ad minus*[39].

El TC español descarta que la existencia de disposiciones que habilitan específicamente para adoptar la medida cautelar más restrictiva del derecho a la libertad personal (detención y prisión preventiva) aporten, "paralelamente", cobertura legal a los órganos judiciales para acordar medidas cautelares atípicas que implican una menor restricción del mismo derecho[40] (ello carece de la suficiente previsión normativa, porque no precisa presupuestos, condiciones ni duración máxima de la medida restrictiva)[41].

II.2 Proporcionalidad

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída sobre el exp. Nº 00012-2006-AI, "*El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales*". La proporcionalidad es, pues, un medio de protección del "*status civitatis*" que asigna ciertos límites a la intervención del Estado, en procura de un equilibrio entre los intereses generales que se persiguen, y los derechos fundamentales de los individuos que pueden ser afectados sólo en forma extraordinaria y justificada. Lo que significa que no puede lesionarse el

[39] Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES más apropiado resulta el término *in maiore, ad minus*; o, *maius continet minus*; o, *a maiore*. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, *cit.,* p. 78, Nota Nº149.
[40] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, *cit.,* p. 78.
[41] Aquí se explica por qué es que algunos autores utilizan el término "tipicidad" para describir el principio que nos ocupa. Este término involucra la creación de una norma previa, escrita y estricta, que se asemeja al criterio de tipicidad utilizado en el derecho penal sancionador. No sólo se requiere una autorización normativa de la limitación. Se requiere una autorización expresa, una conducta tipificada. Queda proscrita cualquier analogía y la utilización de cualquier medida cautelar personal "atípica", o que no esté expresamente regulada.

contenido esencial del derecho, ni se debe sobrepasar lo estrictamente necesario para obtener el fin pretendido[42].

Como señala el Tribunal Constitucional peruano: "*Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal*"[43].

Recogido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, este principio ostenta una especial relevancia en el caso de las medidas cautelares personales del proceso penal, pues en ella opera un conflicto de intereses entre la eficacia del *ius puniendi* del Estado y los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad personal del imputado. Ello obliga a un juicio de ponderación de los intereses en juego, en la medida que la lesión de un determinado bien jurídico para la satisfacción de otro interés colectivo, debe respetar el juicio de proporcionalidad aplicable a cualquier limitación de derechos fundamentales[44].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

[42] PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal. T.I, Principios del proceso penal*, Colex, Madrid, 2000, p. 149. Un estudio detallado y de gran interés acerca de la relación entre el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales en el proceso penal, lo encontramos en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990.

[43] Fundamento 32 de la sentencia recaída sobre el Exp. N° 00012-2006-AI.

[44] Para CLAUS ROXIN, en un Estado de Derecho 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. ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal* (traducción de la 25ª edición alemana de GABRIELA E. CÓRDOVA Y DANIEL R. PASTOR), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p.258. En un sentido similar se pronuncia el TC español: STC 159/1986 (RTC 1986\159) (fundamento jurídico 6.°), *«los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja*

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, para establecer los alcances del principio de proporcionalidad, acudimos al esquema que explica la proporcionalidad a partir del desarrollo de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y "proporcionalidad en sentido estricto"[45].

1. Idoneidad

Una medida estatal es *idónea*[46] si su adopción conduce a que se alcance o favorezca la obtención del fin perseguido legítimamente por el Estado. La consecución de determinado fin debe estar ordenada o permitida constitucionalmente, por lo que aquél que se encuentre prohibido por la Constitución constituye un fin ilegítimo[47]. En consecuencia, este subprincipio presupone analizar la constitucionalidad de la finalidad que persigue la norma sometida a control[48].

---

su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como "fundamento del orden político y de la paz social". Especial relevancia adquiere, en este orden de cosas, el interés, constitucionalmente legítimo, en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa encomienda específicamente el art. 124.1 CE al Ministerio Público (SSTC 37/1989 [RTC 1989\37] y 207/1996 [RTC 1996\207]).

[45] "El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal" Tribunal Constitucional peruano, fundamento 32 de la sentencia recaída sobre el exp. 00012-2006-AI. Vid. tb. BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nº 25, Bogotá, 2003.

[46] MÁLAGA DIÉGUEZ define la proporcionalidad - idoneidad "al efecto de lograr su finalidad del modo menos gravoso para el imputado "(…) *es decir, deben resultar adecuadas para alcanzar el objetivo y no emplear para ello técnicas o medios innecesariamente lesivos para su destinatario o desmesurados en relación con el delito o falta cometido*". [MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento… ", *cit.,* pp. 155-156]. En nuestro análisis dicha argumento se ubica en la característica de "necesidad", y no en el presupuesto de "idoneidad" donde lo analiza MÁLAGA DIÉGUEZ. Probablemente por la razón que describe el propio autor, al señalar que asume una definición de la "proporcionalidad en sentido estricto" (Vid. Nota 67).

[47] BOROWSKI, M., La estructura…, *cit.,* p. 130.

[48] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal,* Colex, Madrid, 1990, p. 154; BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español,* Mc Graw-Hill, Madrid, 1996,

En el caso de las medidas cautelares personales, cualquiera que se adopte en un proceso penal debe ser apta para conseguir el objetivo que se pretende, que no es otro que *"la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado, se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como en general, sobre la sociedad"*[49].

Por ello, este subprincipio es fundamental para entender la naturaleza relacional de las medidas cautelares de naturaleza personal, que se verifica en la relación causal de medio a fin en la que se inscribe cualquier decisión jurisdiccional que pretende "administrar" los riesgos procesales. La instrumentalidad, que analizamos más adelante, es un criterio que necesariamente complementa la concepción de la idoneidad.

El fin que persiga cualquiera de estos "instrumentos" debe ser constitucionalmente legítimo, con especial consideración en el derecho a la presunción de inocencia del imputado, entendida como regla de tratamiento que exige que haya de ser considerado no culpable, y por tanto, obliga a no castigarle por medio de una medida cautelar. De ello se desprende que, cualquier medida que se apoye en una noción de prevención general o especial, que se ejecute con el propósito de evitar la alarma social o con fines de anticipación punitiva, en una instancia previa a la sentencia condenatoria, deben ser reputadas –en el marco de las medidas cautelares del proceso penal- como inidóneas, en tanto vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido constitucionalmente.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

pp. 216-217; SANGUINÉ, O. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 644.

[49] SSTC español 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5 a); 67/1997, de 7 de abril, FJ 2; 98/1997, de 20 de mayo, FJ 7 a); 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3; y, 14/2000 de 17 de enero, FJ 4.

Instrumentalidad, idoneidad y "fin constitucionalmente legítimo", son conceptos que tienen una estrecha relación en el canon de proporcionalidad de la medida, y por tanto, en la identificación de la legitimidad de una medida cautelar personal al momento de su plasmación legal. De ahí que la CIDH declare que la detención o encarcelamiento debe responder a una estricta sujeción de los procedimientos y causas establecidos en la ley. Nadie puede ser sometido a una limitación de su libertad personal por causas y métodos que –aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.[50]

2. Necesidad

Determinada medida limitativa de un derecho fundamental, no es necesaria en el momento cuya finalidad es posible de ser alcanzada por otro medio menos gravoso, y por lo menos, igualmente eficaz[51]. Este principio también es denominado de *intervención mínima, exigibilidad, subsidiariedad o alternativa menos gravosa.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el caso de las medidas cautelares de naturaleza personal, si éstas sólo pueden adoptarse cuando es imprescindible para la consecución del fin perseguido, la única forma de advertir la necesidad de su imposición parte de un criterio comparativo, *per relationem,* es necesario que este razonamiento se ubique frente a una pluralidad de medidas cautelares personales ofrecidas por determinado ordenamiento jurídico procesal, para la conservación del posible resultado del proceso penal.

[50] SSCIDH, Caso "Gangaram Panday", párr. 47; Caso "Niños de la calle", párr. 131; Caso "Durand Ugarte", párr. 85.
[51] BOROWSKI, M., La estructura…, *cit.,* p. 130.

Es un criterio comparativo, porque su aplicación obliga a los órganos del Estado a comparar y considerar, junto a la medida limitativa cuya admisibilidad se comprueba, otras medidas que pudieran ser adoptadas en el caso concreto, que sean suficientemente idóneas para la satisfacción del fin perseguido, con la posterior elección de la menos lesiva para los derechos individuales[52].

Si la idoneidad configura un criterio que evalúa la legitimidad de determinada medida en el momento de su plasmación legal (aptitud + fin constitucionalmente legítimo), verificada ésta, entra en juego el criterio de *necesidad* de la medida en el *caso concreto*. Ello involucra que dentro de las distintas alternativas cautelares personales que ofrece (o debe ofrecer) determinado ordenamiento jurídico, se elija la menos grave, aquella que constituya la limitación menos intensa de los derechos afectados.

La limitación (privación o restricción) del derecho fundamental ha de ser absolutamente necesaria para el cumplimiento de las funciones encomendadas, y no susceptible de ser sustituida por otro mecanismo menos gravoso, pero igualmente eficaz.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La situación ordinaria del imputado, la regla, es la libertad en espera de juicio, y su restricción o privación con fines cautelares representa la excepción[53]. Por lo tanto, en el catálogo de medidas cautelares personales que ofrece un ordenamiento jurídico determinado, debe entenderse que la medida menos intensa es siempre *prioritaria;* y, que la medida cautelar más grave que prevé el ordenamiento procesal –la prisión preventiva- es de naturaleza subsidiaria.

La doctrina aporta una serie de elementos que dotan de contenido a este principio para arribar a una *elección* de la medida *necesaria* al caso

[52] SANGUINÉ, O. *Prisión Provisional…, cit.,* p. 651.
[53] STC español 32/1987.

concreto: a) *exigibilidad material*: la medida elegida debe ser la que produzca las consecuencias menos perjudiciales para el derecho fundamental del sujeto pasivo; b) *exigibilidad espacial:* obliga a limitar el ámbito de la intervención; c) *exigibilidad temporal*: exige una rigurosa delimitación del tiempo de duración de la medida coercitiva; y, d) *exigibilidad personal:* nos advierte que la medida se debe limitar a la persona o persona cuyos intereses deben ser sacrificados[54].

Por lo tanto, el principio de necesidad exige elegir la opción menos gravosa frente a un cúmulo de alternativas que, constituyendo diversas limitaciones a la libertad personal, persiguen un mismo objetivo y son en determinado caso concreto, igualmente eficaces.

3. Proporcionalidad en sentido estricto

El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige llevar a cabo una ponderación entre la gravedad o intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y el peso de las razones que la justifican[55]. Es un principio que consiste en una relación de ponderación que la doctrina formula de la siguiente manera: "*Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*"[56]. La ponderación puede dividirse en tres pasos: El primer paso involucra definir el grado de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, el tercer paso, define si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción[57].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[54] SANGUINÉ, O. *Prisión Provisional…, cit.,* p. 651.
[55] BOROWSKI, M., *La estructura… cit.,* p. 131.
[56] ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007, p. 460.
[57] *Ibídem, loc. cit.*

El control de admisibilidad de las medidas que limitan la libertad, deben descansar, básicamente sobre su proporcionalidad, que por lo general depende de que el sacrificio que suponga al derecho a libertad no sea excesivo con relación a la finalidad perseguida. La proporcionalidad debe evaluarse atendiendo no sólo a la finalidad de la medida, sino también, la restricción que impone al ejercicio del derecho constitucionalmente consagrado[58].

El TC español desarrolla el principio de proporcionalidad en la STC 341/1993, al señalar que *han de considerarse excluidas por la Constitución todas las privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el debido equilibrio entre la vigencia del derecho y su limitación. La proporcionalidad implica límites para el legislador (idoneidad) y para quienes han de aplicar la ley en el caso concreto (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)*.

Ello involucra que la *proporcionalidad en sentido estricto,* es el juicio ponderativo que se realiza en uno y otro caso para determinar la razonabilidad y equilibrio de la decisión. En el caso concreto de las medidas cautelares del proceso penal, a la eficacia procesal como objetivo, y, la libertad como bien jurídico restringido, se suma la presunción de inocencia como elemento fundamental en la asunción de un criterio que permite determinar si estamos frente a una medida legítima o excesiva para los fines que tolera un Estado democrático de Derecho. Tener en cuenta que estamos frente a medidas procesales que constituyen la restricción de derechos fundamentales de una persona sometida a proceso, que sin embargo, aún no ha sido declarada culpable, es indispensable a efectos de evaluar su razonabilidad, y desde luego, la justificación del procedimiento.

[58] GARCÍA MORILLO, J., *El derecho…, cit.,* pp. 69-70.

Los tres requisitos; idoneidad, necesidad y, proporcionalidad en sentido estricto; han sido descritos por el TC español en los siguientes términos: *"Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además, es necesaria en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)"*[59].

II.3 Motivación

La motivación constituye una necesidad ineludible en la limitación de derechos, fundamentalmente, porque condiciona la validez del presupuesto anterior, la proporcionalidad. La única forma de verificar la existencia de ésta, es mediante una adecuada motivación de los presupuestos que valoran la idoneidad, necesidad, y proporcionalidad (en sentido estricto) de la limitación impuesta. Cualquier privación o restricción de un derecho fundamental debe basarse en una causa específica prevista en la ley (principio de legalidad); pero además, es evidente que para evaluar la pertinencia y existencia de esa causa, es necesaria su exteriorización por el sujeto que la lleva a cabo[60].

Así lo ha establecido el TC español al señalar que cualquier resolución que limite un derecho fundamental debe respetar la regla de proporcionalidad, y el respeto de esa regla impone la motivación de la resolución que restrinja el derecho. La motivación judicial debe ser entendida en el doble sentido de explicación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión, y sobre todo, el razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión[61]. Según el TC la *motivación "persigue, como fin,*

[59] SSTC español 66/1995, 55/1996 y 207/1996.
[60] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 85.
[61] STC español 128/1995, de 26 de julio, FJ. 4.

hacer posible el debate y la comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada"[62]. No basta entonces con aludir de forma estereotipada, a los motivos legalmente establecidos para adoptar una medida cautelar, es preciso además ponderar las circunstancias concretas que en cada caso permiten limitar la libertad del imputado[63].

El TC peruano por su parte, ha establecido que las características que debe tener la motivación de una privación [o limitación] cautelar de la libertad personal se ubica en dos supuestos específicos: En primer lugar, tiene que ser *suficiente,* expresar por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser razonada, que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que la justifican[64]. Además, ha señalado que "*tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva*"[65].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La ausencia de motivación de una medida limitativa de derechos fundamentales en el desarrollo de un proceso penal, más que situarse en el genérico derecho a la obtención de tutela judicial efectiva (24.1 CE), constituye un supuesto de afección a la propia existencia del supuesto habilitante para la limitación de la libertad. Así lo dispone el TC cuando sostiene que en el caso de la prisión preventiva, la falta de motivación suficiente y razonable de la decisión no supone sólo un problema de tutela

[62] STC español 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7.
[63] FARALDO CABANA, P., "La Prisión provisional en España, Alemania e Italia. Un Estudio de Derecho comparado", p. 35.
[64] STC peruano 1084-2005-HC, de 5 de enero de 2006, "Caso Artemio Ramírez Cachique".
[65] STC peruano 1091-2002-HC, "Caso Silva Checa".

(24.1 CE), sino *prioritariamente,* un problema de lesión del derecho a la libertad por la privación sin la concurrencia habilitante para la misma[66].

"P*ara valorar la razonabilidad de la medida adoptada y su acomodación a los fines que constitucionalmente la legitiman, es preciso que la resolución judicial limitativa de la libertad personal exprese no sólo el fin perseguido con la misma, sino también la relación existente entre la medida cautelar adoptada y el fin perseguido. La resolución debe expresar hasta que punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto. Sin referencia alguna al fin perseguido, resulta imposible valorar la medida*"[67].

Esta sentencia presenta un dato interesante con relación a los alcances de la motivación en la justificación de la presencia del principio de proporcionalidad, en una decisión judicial que limita derechos fundamentales en sede cautelar. Para que una medida se repute razonable, racional o proporcional; es necesario que, primero, evaluemos (y exterioricemos el razonamiento de esa evaluación) la idoneidad de la medida, el fin constitucionalmente legítimo que persigue.

Luego, es necesario establecer por qué esa medida es necesaria en el caso concreto para la consecución del fin; y finalmente, la "proporcionalidad en sentido estricto" constituye el nexo causal entre ambas situaciones, el juicio ponderativo que permita establecer desde la relación *medida cautelar adoptada* y *fin perseguido*, si aquella decisión es congruente y proporcional. Sólo una resolución que explique en forma detallada: a) aptitud de la medida; b) fin constitucionalmente legítimo; y, c) relación entre la medida adoptada y el objetivo que ésta persigue; constituirá una que contenga los elementos necesarios para evaluar si estamos ante una medida que respeta el principio de proporcionalidad.

[66] SSTC español 128/1995, FJ 4 a); 37/1996, FJ 5; 62/1996, FJ 2; 158/1996, FJ 3; y 47/2000, FJ 3 c).
[67] STC español 47/2000, de 17 de febrero, FJ 8.

La carencia de cualquiera de estos datos, impide arribar al juicio ponderativo, y se resume en la insuficiencia de una motivación judicial sin la que es imposible advertir la legitimidad de la medida. Ésta es ilegítima, *prima facie,* en tanto es imposible determinar lo contrario. La insuficiencia en la motivación impide arribar al juicio de proporcionalidad, y por lo tanto, su ausencia motiva la lesión del derecho a la libertad independientemente de que la misma sea proporcionada o no.

Sin duda alguna, el canon de exigencia de proporcionalidad, y por tanto, la motivación judicial que requiere cada una de las medidas cautelares personales del proceso penal; son distintos según la intensidad de la medida de que se trate y los presupuestos para su aplicación.

Será fundamental analizar en lo sucesivo, concretamente, en el análisis específico de las medidas cautelares personales del proceso penal, la importancia que tiene la motivación en el escenario de un catálogo que incluye diversas medidas alternativas para asegurar el desarrollo y resultado del proceso. En la medida que, si el subprincipio de necesidad requiere que en el proceso de toma de decisión judicial se elija la medida cautelar menos intensa, pero capaz de cumplir con el mismo objetivo; también es cierto que la motivación exige que en la justificación de la elección de esa medida, también se explique cuáles son las razones que conducen a calificar la medida elegida como "necesaria", y cuáles, los criterios que han permitido descartar la eficacia, en el caso concreto, de otras medidas menos intensas.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

III. Naturaleza cautelar

III.1 Instrumentalidad

En la ya clásica definición de instrumentalidad realizada por CALAMANDREI, se sostiene que la medida cautelar nunca constituye un fin en sí misma, sino que está preordenada a la emanación de una ulterior resolución definitiva (o principal), con el propósito de preparar el terreno y de aportar los medios más aptos para su éxito. La tutela cautelar, es con relación al derecho sustancial, una tutela *mediata: "más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia"*. Si la resolución definitiva (o principal) es un instrumento del derecho sustancial; en la medida cautelar se encuentra una *instrumentalidad cualificada, elevada por así decirlo, al cuadrado;* es con relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*[68].

Esta concepción de la instrumentalidad contiene dos elementos fundamentales: Primero, implica la existencia de dos resoluciones, dos situaciones jurídicas, donde una es de naturaleza instrumental y la otra final. Segundo, una situación es instrumental respecto de otra porque *posibilita o facilita* la eficacia de la resolución principal en la práctica, pero en ningún caso aporta los elementos que forman la resolución principal[69].

La instrumentalidad constituye así, la característica más relevante de las medidas cautelares, un criterio decisivo para distinguirlas de otras figuras afines. La medida cautelar se distingue por su accesoriedad, no existe sin un proceso al cual aquélla se encuentre funcionalmente subordinada, lo que significa que con carácter general, existe mientras exista el proceso principal[70]. Entonces, o bien la medida cautelar habrá posibilitado o

[68] CALAMANDREI, P., *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, ARA Editores, Lima, 2005, p. 44- 45.
[69] ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización… ", *cit.,* p. 467
[70] DAMIÁN MORENO, J., "La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar

facilitado la realización de los efectos ejecutivos de la resolución principal, o bien se extinguirá simplemente, cuando esta resolución no haya reconocido el derecho en atención al cual se adoptó la cautela[71].

En el ámbito de la limitación de la libertad personal como medio de aseguramiento del resultado y desarrollo del proceso penal, la instrumentalidad determina que la medida cautelar personal sólo puede adoptarse estando pendiente un proceso declarativo, o para preparar la incoación en el más breve plazo (detención); se extingue cuando el proceso principal concluye; y los efectos que genera coinciden sólo parcialmente con los efectos de la sentencia dictada en el proceso principal"[72].

De ello se desprende que las medidas cautelares personales, en general, deben cumplir con tres requisitos básicos: 1) existencia de una limitación de un derecho fundamental; 2) ésta debe ser utilizada con el propósito de *asegurar* la eficacia de determinada persecución penal, y 3) debe aparecer, *durante* el proceso penal, es decir, en un momento anterior a la sentencia o conclusión del mismo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La naturaleza instrumental atribuible a las medidas cautelares personales del proceso penal, tiene su fundamento en la misma razón que justifica la aplicación de cualquier medida cautelar en el ámbito procesal, la necesidad de tiempo para la actuación del derecho objetivo en el caso concreto[73]. Cumple la función de preservar las condiciones que pudiera tener el proceso, de ser el caso fuera posible la administración de Justicia en forma inmediata. Razón por la cual en la regulación de las medidas cautelares de naturaleza personal, la instrumentalidad puede verificarse mejor que en ningún otro caso, en el presupuesto de peligro en la demora, el

---

penal", *Régimen Jurídico de la Prisión provisional* (COORD. ALBERTO DORREGO DE CARLOS), Sepín, 2004, p. 96.

[71] CALAMANDREI, P., *Introducción…, cit.,* p. 83.

[72] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Grijley, Lima, 2003, p. 1075.

[73] BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional…*, cit., p. 461.

mismo que verifica un riesgo para la actuación procesal, en el transcurso del tiempo y otras circunstancias del caso concreto.

En tal virtud, la utilización de un *instrumento* para *neutralizar* el peligro que presupone el inevitable transcurso del tiempo que requiere el proceso penal, se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber [también] estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano y su derecho a la presunción de inocencia.

Es aquí donde operan los criterios desarrollados anteriormente con relación al principio de proporcionalidad (idoneidad), por lo que sí la instrumentalidad presupone el aseguramiento del proceso, y por lo tanto, el fin de las medidas cautelares no se "identifica" con el resultado final del mismo, es natural que el carácter instrumental de la medida, los fines atribuibles a la misma, y, los presupuestos establecidos como condición legitimadora de cada una de ellas, constituyan los principios rectores que verifican su viabilidad constitucional.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por lo que es lógico suponer que la "introducción" de fines "no cautelares" como fundamento de los presupuestos de las medidas cautelares del proceso penal, además de violar las reglas inherentes a su carácter instrumental, constituyen un criterio fundamental para establecer que en el caso concreto, existe una violación del principio de proporcionalidad. Es decir, la característica de instrumentalidad constituye un dato fundamental que debe complementar el análisis de cualquier medida cautelar en el análisis de su legitimidad constitucional.

Si dentro de las medidas cautelares del proceso penal se incluyen medidas cuya función, sobrepasan los fines "instrumentales" inherentes a cualquier institución cautelar, esta medida no solo carecerá de una característica fundamental con relación a su naturaleza cautelar, además, es de considerar que exista un serio perjuicio en función de la

proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad en el caso concreto.

Una medida instrumental cuyo régimen de actuación se circunscribe al procedimiento cautelar no puede acarrear funciones que constituyen un fin en sí mismo, para ello se requiere un proceso de conocimiento o una valoración que escapa al ámbito de la presunción cautelar y la provisionalidad. Las medidas cautelares deben apuntar, más que a la finalidad de actuar el derecho, a la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva, que servirá a su vez, para actuar el derecho[74].

Por lo tanto, la presunción de inocencia asume una especial intensidad en el tratamiento de una medida cautelar cuya aplicación sólo puede restringirse a los objetivos que se exijan como estrictamente necesarios para asegurar la eficacia del proceso penal. Cualquier interés subalterno o distinto al aseguramiento del proceso viola la instrumentalidad de la medida, es desproporcionado y lesiona el derecho a la presunción de inocencia. En estricto, la instrumentalidad como característica cautelar de las medidas personales; y la proporcionalidad como lógico presupuesto de su condición de limitación de un derecho fundamental; constituyen la piedra angular para el estudio que posteriormente se realizará de los fines atribuibles a las medidas cautelares penales personales y los presupuestos para su adopción. Es imposible escindir todos estos elementos que deben ser tomados en cuenta en el análisis específico de cada una de las medidas cautelares personales del ordenamiento, para analizar: primero, si efectivamente nos encontramos frente a una medida cautelar o instrumental; y segundo, si el fin cautelar perseguido y los presupuestos de determinada medida respetan el principio de proporcionalidad.

[74] CALAMANDREI, P., *Introducción…, cit.,* p. 45.

Tal como señalábamos en un inicio, la finalidad constituye el criterio más importante para configurar la naturaleza de una medida como cautelar, y precisamente, la valoración de las finalidades que se atribuye a determinada medida, para que sea constitucionalmente legítima y respete su condición cautelar, necesariamente debe revisarse desde la perspectiva de dos cánones que constituyen su presupuesto de legitimidad: La instrumentalidad, en la medida que constituye el fundamento esencial para configurar una medida como cautelar; y, la proporcionalidad, en tanto, primero; cualquier medida cautelar no puede obedecer a fines distintos a los "instrumentales"; y segundo, por cuanto incluso cuando estemos frente a un fin instrumental, existe la posibilidad que el mismo viole la proporcionalidad exigible a cualquier limitación de derechos fundamentales (en el primer caso la medida es absolutamente inidónea, en el segundo, existe un exceso en la restricción del derecho fundamental frente al interés perseguido).

III.2 Jurisdiccionalidad

La jurisdiccionalidad es una característica de las medidas cautelares personales penales, que se define como la necesidad de que la limitación de cualquier derecho fundamental con fines cautelares, y en el desarrollo de un proceso penal, competa sólo a los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional.

ASENCIO MELLADO menciona que toda limitación de un derecho fundamental ha de ser acordada u ordenada por la Autoridad Judicial (independientemente de que la misma se realice con fines cautelares en el desarrollo de un proceso penal), al tiempo que también menciona una serie de excepciones a tal regla genérica, constitucionalmente consagradas[75].

[75] ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal…, cit.,* p. 138. Menciona las siguientes excepciones: la detención preventiva (17.2 CE y 492 LECr), la limitación de la inviolabilidad de domicilio en determinadas circunstancias (arts. 18.2 CE y 553 LECr), y la limitación de los derechos contenidos en los arts. 17.2 y 18, 2-3 en los casos de imputados relacionados con bandas armadas o terrorismo en general (arts. 520 bis y 553 LECr)· En el ámbito cautelar, la

Pero si bien en la limitación de derechos fundamentales la jurisdiccionalidad de tales medidas es la regla genérica, se considera oportuno que en el análisis concreto de las medidas cautelares personales, se incluya tal característica en el estudio de las notas propias de su naturaleza cautelar. En la medida que, si bien la naturaleza jurisdiccional de tales decisiones se inicia en la concepción de la libertad como derecho fundamental, es evidente que la naturaleza cautelar de tales medidas ostenta un valor esencial en la valoración de la judicialización de las mismas.

La condición cautelar condiciona su jurisdiccionalidad, independientemente de las reglas de excepción que la Constitución y algunas leyes orgánicas puedan imponer, respecto del resto de limitaciones a la libertad personal.

El TC español ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales, advirtiendo que aunque la Constitución no imponga expresamente la judicialidad de esta medida, el Tribunal la ha afirmado reiteradamente desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere de una decisión judicial motivada[76]. Tal afirmación no sólo conduciría a una necesaria "jurisdiccionalidad" de la medida de prisión preventiva, sino, de cualquiera de las medidas cautelares personales que pueden ser adoptadas en un proceso penal[77].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

única "excepción" la constituiría la detención.

[76] STC español 128/1995.

[77] Si bien esta afirmación pareciera imponer la exigencia de jurisdiccionalidad en cualquier medida limitativa de derechos fundamentales (lo que obligaría a incluir esta característica en el ámbito de las características de la limitación de derechos fundamentales); lo cierto es que en posteriores resoluciones, como es el caso de la definición de retención en la ley de alcoholemia y seguridad ciudadana, el TC ha sostenido una tesis que se contradice abiertamente con esta "declaración general". Sin duda alguna, si se quisiera sostener la coherencia de ésta decisión con aquéllas, es posible que se advirtiera que el término "restricción", utilizado en este caso, debería ser reemplazado por el de "privación". Vid. STC español 341/1993, de 18 de noviembre.

Para GIMENO SENDRA[78] el fundamento del monopolio jurisdiccional con relación a la imposición de medidas privativas de libertad, se encuentra de un lado, "*positivamente*" *en el principio de exclusividad jurisdiccional, sancionado por el artículo 117.3 CE, y de otro, "negativamente" en la declaración contenida en el art. 25.3 CE en cuya virtud la Administración no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*". Respecto del art. 25.3 CE, señala además, que en la medida que las medidas cautelares anticipan los efectos de la pena, éstas únicamente pueden ser adoptadas por el juez ordinario (de la jurisdicción competente y a través del procedimiento preestablecido en la ley)[79].

Pero es evidente que el art. 25.3 se sitúa en el ámbito sancionador, tanto en la medida que prohíbe a la Administración imponer sanciones de privación de libertad, como la imposibilidad de ésta de dictar reglamentos que prescriban infracciones que se castiguen con tales sanciones. En el ámbito "subsidiario", se hace mención no a las medidas cautelares del proceso penal, sino a las penas privativas de libertad impuestas por incumplimiento de la sanción principal (el impago de multas). En estricto, no existe una mención expresa en el texto, ni de la prisión preventiva, ni de las medidas cautelares personales alternativas constitutivas de una restricción de libertad con fines cautelares.

Resulta difícil advertir, del tenor del art. 25.3 CE, una interpretación que dote de la característica de jurisdiccionalidad a las medidas limitativas de libertad, que, no siendo sancionadoras, "anticipen" los efectos de la pena. En todo caso, es difícil sostener tal postura a partir del universo de medidas cautelares personales del proceso penal. Ello sólo sería posible, a partir de la medida de prisión preventiva. Ello con la agravante que se estaría "reconociendo" un supuesto carácter punitivo de la prisión preventiva en fase anterior a la declaratoria de condena.

[78] GIMENO SENDRA, V., *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 15.
[79] GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 483.

Resulta más clara la posición que sostiene que la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares personales penales, se deriva de la indisponibilidad del derecho a la libertad, la pendencia del carácter instrumental de tales resoluciones, y, del principio de exclusividad jurisdiccional[80] (117.3 CE). Es decir, que en tanto medida limitativa del derecho fundamental a la libertad (no incluida dentro de las excepciones constitucionales, salvo el caso de la detención) debe ser dictada por Juez competente. Además, porque la Constitución española prescribe en su art. 117.3 que los jueces son los (únicos) responsables de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y porque siendo una medida subordinada al proceso principal, es necesariamente jurisdiccional.

Ahora bien, para GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que asume la jurisdiccionalidad como un criterio rector en la aplicación de la prisión preventiva, si se predica de otras medidas cautelares (distintas a la prisión preventiva) la nota de jurisdiccionalidad, en realidad nos encontramos ante un "*argumento que incurre en cierto defecto de circularidad o que no siempre se cumple*". Para el autor, si bien dichas medidas ostentan la misma forma, estructura y finalidad asegurativa, pueden ser también ordenadas por otros sujetos que no son los órganos judiciales[81], y lo que en realidad se estaría diciendo "al aludir a la nota de jurisdiccionalidad", es que las medidas cautelares -jurisdiccionales- adoptadas en un proceso -jurisdiccional- sólo pueden ser adoptadas por la jurisdicción"[82].

Si bien resulta interesante dicha crítica, aún cuando se califique el argumento como "circular" o "innecesario", es indispensable insistir en que las medidas cautelares personales son necesariamente instrumentales, lo que supone que su subordinación a un proceso principal y a la posterior

[80] ASENCIO MELLADO, J.M., *La Prisión…, cit.,* p. 49.
[81] Utiliza como ejemplos el embargo o la fianza por la administración ejecutiva en el seno de un procedimiento administrativo.
[82] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 62.

sentencia que en su día pueda dictarse, implica que su naturaleza vendrá determinada por la jurisdiccionalidad de la resolución principal[83].

Ello quiere decir que su naturaleza jurisdiccional no viene determinada por su aparición en el desarrollo de un proceso, ni por el contexto en el que se desenvuelven, sino, por las funciones que desempeñan y su naturaleza accesoria, características que se aprecian en la propia concepción del instrumento. Lo que las diferencia de las medidas cautelares "no jurisdiccionales" son su naturaleza y características, y no, la sede en la que se originan, lo que a nuestro juicio descarta que estemos frente a una definición de carácter circular.

III.3 Provisionalidad

"*Rebus sic stantibus*", provisionalidad y temporalidad son tres características de las medidas cautelares personales, que se complementan mutuamente y encuentran su fundamento común en los presupuestos de *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*[84], no obstante ello, cada una de ellas posee una fisonomía propia que las diferencia de las demás[85].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este apartado se analizará cada de una de estas manifestaciones, cuya importancia radica en que constituyen causas a través de las cuales determinada medida cautelar de carácter personal debe cesar: 1) sin mayor consecuencia posterior que la total situación de libertad del individuo, 2)

---

[83] ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría General…, cit.,* p. 87.

[84] En cuanto a la característica de provisionalidad que nos ocupa, nos interesa señalar que dichos presupuestos, son entendidos como peligro en la demora y apariencia de buen derecho, y que su existencia, ausencia y variación en el transcurso del proceso penal, son *conditio sine qua non* de las medidas cautelares, y por tanto, su presencia a lo largo del proceso condiciona la pendencia de las mismas. Sin embargo, estos presupuestos serán desarrollados más adelante.

[85] ASENCIO MELLADO, J.M., *La Prisión…, cit.,* p. 47. De una opinión distinta es ORÉ GUARDIA, quien parece incluir dentro del concepto de provisionalidad, el criterio temporal (cumplimiento de un determinado plazo). ORÉ GUARDIA, A., "Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano", *Justicia Constitucional*, Año II, N° 3, enero – julio, Lima, 2006, p. 149.

porque se transforma en otra medida cautelar de carácter personal; o, 3) porque se transforma en una medida de carácter ejecutivo.

1. Provisionalidad como manifestación de su carácter "*instrumental*"

Instrumentalidad y provisionalidad encuentran su fundamento en la misma causa, la existencia de un proceso, y la necesidad de garantizar la futura eficacia de la sentencia[86].

Incluso, es posible sostener que cuando la conclusión del proceso principal ocasiona el cese de la medida, o su transformación en una medida ejecutiva[87], ello en realidad constituye una consecuencia natural de la instrumentalidad.

Si una medida es instrumental en tanto esté subordinada a la decisión que finalmente deberá adoptarse sobre el objeto del proceso principal, es obvio que la naturaleza provisional de cualquier proceso deriva en la naturaleza también provisional de la medida que le sirve. Ningún proceso es perenne, y por tanto, tampoco pueden serlo las medidas cautelares que no pueden subsistir cuando aquél concluya.

Ésta parece ser la opción adoptada por GIMENO SENDRA, quien sostiene que es indiferente que el proceso penal acabe mediante sentencia o auto de sobreseimiento, en la medida que al ser las medidas cautelares personales instrumentales de un proceso penal, pendiente y principal,

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[86] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.,* p. 43.

[87] En realidad son tres supuestos posibles: cese, transformación en otra medida cautelar o transformación en una medida ejecutiva. Más allá de las distintas circunstancias en las que se dan cada una de estas situaciones, considero que lo esencial, es que existe un cese de la medida primigenia, y éste cese se da por una variación de los presupuestos, o la culminación definitiva del proceso. También podría alegarse la necesidad de una medida cautelar en sede de apelación de una sentencia y supuestos afines, pero lo que ahora nos interesa, es que cualquier medida cautelar tiene un inicio, y un fin. Independientemente de que cese o se transforme en una medida cautelar o ejecutiva, interesa su carácter provisional.

lógicamente, habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas[88].

Es sintomático que el autor incluya, en el análisis de su naturaleza instrumental, la conclusión del proceso principal como causa del cese o transformación de las medidas, por lo que parece ser que identifica dicha manifestación como un efecto de su naturaleza instrumental más que como una manifestación de su carácter provisional.

El carácter instrumental coloca a estas medidas en una situación de medio (medidas personales) a fin (eficacia del proceso principal), por lo que deben cesar (o "transformarse en medidas ejecutivas" según el caso), cualquiera sean las razones que generen la finalización del proceso principal. Si estamos frente a un instrumento, este carece de razón de ser en el preciso momento en el que el fin perseguido es de imposible realización, porque estamos frente a una situación en donde la sentencia condenatoria no ocurrirá en ningún caso; o, porque es imposible asegurar una sentencia condenatoria en la medida que esta ya ha sido ejecutada (la medida cautelar se "transforma" en pena).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sin duda estamos ante una medida provisional, pero ello encuentra su fundamento en el carácter instrumental de la misma. Más que el análisis de la "utilidad" de la medida en el contexto procesal, lo que involucra su ausencia o transformación, es la desaparición del objeto al cual sirve (proceso principal). Situación que como veremos, no necesariamente ocurre en los demás casos donde opera el cese de la medida o su transformación.

[88] GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal…, cit.,* p. 484.

2. Provisionalidad en sentido estricto: obedecer a la regla *"rebus sic stantibus"*

Por provisionalidad debe entenderse que la medida cautelar no pretende convertirse en definitiva, en la medida que desaparece cuando deja de ser *necesaria* al proceso principal[89]. La palabra clave de esta afirmación parece ser el término *necesaria.* Si entendemos que una medida cautelar personal desaparece cuando deja de ser *necesaria* al proceso principal, advertimos entonces que la finalización del proceso principal no es el único *suceso ajeno a la medida* que obliga al cese de la misma[90].

De hecho, al estar la provisionalidad de una medida cautelar siempre en función de la finalidad que se pretende, su vigencia no puede hacerse depender exclusivamente de lo que dure el proceso principal"[91].

Es por esta razón que otra manifestación de la provisionalidad de las medidas cautelares encuentra su fundamento en lo que la doctrina define como "obediencia a la regla *rebus sic stantibus*"[92]. Esta regla supone que la adopción o el mantenimiento de las medidas cautelares, su contenido y alcance, están supeditadas a la subsistencia de las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto, y que las motivan y legitiman. Las medidas cautelares personales sólo deben mantenerse en la medida que permanezca inalterada la situación que constituye la base respecto de la

[89] BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional…, cit.,* p. 461.

[90] Es cierto que parece posible aplicar este mismo criterio en el caso de la conclusión del proceso principal, esto es, sería posible afirmar que con la conclusión también "deja de ser necesaria". Sin embargo, en este caso la medida cesa porque carece de un objeto al cual encontrarse subordinada (instrumentalidad), ya no es útil por cuanto el objeto al cual sirve como instrumento, ha desaparecido. En el caso de la variación de los presupuestos, la medida cesa o se transforma, porque las condiciones que las motivaron no son las mismas, o porque ya no existen. Es posible transformar una medida o extinguir sus efectos por la ausencia de presupuestos fácticos, y sin embargo, al mismo tiempo sostener que la misma podía aún ser útil para asegurar la eficacia del proceso. Podría darse el caso de ser útil, instrumental, más no necesaria. En el caso de la conclusión del proceso principal la medida nunca es útil, porque el objeto al cual sirve como instrumento, ha desaparecido.

[91] DAMIÁN MORENO, J., "La prisión provisional…", *cit.,* p. 97.

[92] ASENCIO MELLADO, J.M., *La Prisión…, cit.,* p. 45.

cual se adoptó[93].

si los presupuestos en orden a los cuáles se adoptó determinada medida cautelar varían, o por el contrario, se confirma en un determinado estadio procesal que la información hasta el momento obtenida demuestra que la base fáctica respecto de la cual se adoptó la medida ha quedado desvirtuada, no es la que se pensaba, es obligatorio que se disponga el inmediato cese de la medida cautelar impuesta, independientemente que se reemplace o no, con otra medida cautelar que responde a presupuestos menos exigentes[94].

3. Diferencia entre provisionalidad y temporalidad

Toda limitación de un derecho fundamental está condicionada a una duración temporal (establecida por la ley) que constituye una condición indispensable de su legitimidad. Temporalidad que además, tratándose de una medida cautelar, debe guardar una estrecha relación con los fines del proceso, la duración del mismo y la posible pena a imponer en la sentencia condenatoria.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[93] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 83.

[94] STC peruano 2434-2004-HC, de 4 de octubre. "*(…) la detención judicial preventiva [prisión preventiva] debe ser una medida provisional; es decir, que su mantenimiento solo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado (…). Las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula rebus sic stantibus; es decir, que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre en función de la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales se adoptó la medida, la misma sea variada*". En un sentido similar, STC 1091-2002-HC, de 12 de agosto y en la sentencia de fecha 23 de octubre de 2008 recaída sobre el expediente Nº 00287-2008-HC, donde señaló que "*Conforme este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia, la detención judicial preventiva debe ser una medida provisional; es decir, que su mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado. En efecto, las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula rebus sic stantibus, lo que significa que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, la misma sea variada*".

La temporalidad involucra que en muchos casos el ordenamiento exija el levantamiento de determinada medida una vez transcurrido determinado plazo de tiempo, que en muchas ocasiones ocurre con anterioridad a la finalización del proceso principal. En este sentido, sin duda es otra de las causas de extinción de las medidas cautelares de naturaleza personal.

Por esta razón, provisionalidad y temporalidad no son equivalentes, la primera implica la supeditación de la vigencia de la medida a la concurrencia de un determinado evento, mientras que la temporalidad supone que la misma no dura siempre, es decir, que pueda revocarse con independencia de que sobrevenga un hecho concreto[95].

Es esta la razón por la que en el proceso penal - especialmente en el caso de la prisión preventiva - la ley opta por el establecimiento de plazos cuya extensión no puede ser rebasada *en ningún caso*. De lo contrario, la sola nota de provisionalidad implicaría el mantenimiento de la medida a lo largo de todo el proceso[96].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

De acuerdo a lo señalado se puede establecer *a priori,* dos clases de terminación de la medida cautelar. La primera, una vez transcurrido el plazo que establece la ley como duración máxima de determinada medida cautelar (temporalidad); la segunda, estará determinada por la concurrencia de un determinado evento (provisionalidad), entiéndase, distinto al mero transcurso de un tiempo establecido en la ley.

Ahora bien, la extinción de determinada medida cautelar determinada por la concurrencia de un determinado evento, puede a su vez, dividirse en otras dos modalidades que preferimos denominar provisionalidad y provisionalidad en sentido estricto. La provisionalidad está

[95] CALAMANDREI, P., *Introducción…, cit.,* p. 36.
[96] ASENCIO MELLADO, J.M., *La Prisión…, cit.,* p. 45.

determinada por la extinción del proceso principal, que ya hemos analizado anteriormente y que constituye la consecuencia más genuina en orden a su naturaleza instrumental. La provisionalidad en sentido estricto ocurrirá como consecuencia de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus, que* involucra que existan otras dos formas de extinción de las medidas cautelares personales que pueden ser: el levantamiento de la medida cautelar; y, la variación de la misma, que algunos autores definen como una característica adicional de las medidas cautelares de naturaleza personal (variabilidad). Consideramos, en este último caso, que ya sea que estemos frente a una variación o levantamiento de la medida, estamos frente a formas de extinción de la medida primigenia. Ambas, como consecuencia de la aplicación al caso concreto de la regla *rebus sic stantibus.*

IV. Funciones

Como ya se señaló, la naturaleza cautelar de determinada medida procesal dependerá de las funciones que ésta realice. Es precisamente en el estudio de sus funciones donde se revela mejor que en ningún otro caso la *presencia* de las características esenciales de una medida que pretende custodiar el desarrollo y resultado del proceso principal, respetando el núcleo esencial de la libertad personal del individuo sometido a aquella con fines estrictamente procesales o instrumentales.

Por esta razón el principio de justificación teleológica es un presupuesto material que introduce uno de los términos en los que se basa el esquema medio – fin que subyace a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[97].

[97] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad…, cit.,* p. 99.

Los fines a los que pueden y deben responder las medidas personales, determinan las coordenadas en la que puede tenerse por legítima una limitación de libertad previa a la sentencia firme de condena. Por esta razón, no es sólo necesario que en su aplicación se verifiquen los presupuestos establecidos en la ley y que en ellos se adviertan las características derivadas de su naturaleza cautelar (instrumental, provisional y proporcionada), también, es necesario que a partir de esos presupuestos se procure fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza[98].

Cuando se predican las funciones que son susceptibles de ser asignadas a las medidas cautelares de naturaleza personal, suelen dividirse aquellas, entre cautelares y no cautelares. Aunque bien es cierto que aún cuando estemos frente a medidas de carácter cautelar, sobre todo en el caso de la prisión preventiva, existen funciones no esencialmente cautelares que el legislador también asigna a determinadas medidas. Es el caso de aquellas cuyo fin exclusivo carece de una auténtica naturaleza cautelar; o en su caso, medidas personales o coercitivas que, en la medida que se le asignan distintas funciones, pueden incluir algún o algunos fines estrictamente cautelares, y otro u otros que carecen de dicha naturaleza.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Siguiendo la doctrina mayoritaria, como funciones estrictamente cautelares, se encuentran la prevención de la fuga y la prevención del entorpecimiento de la actividad probatoria por parte del imputado. Dicha tesis parte de la asunción por algunos autores, de la distinción de lo que se conoce como función de cautela final, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de la condena, y una función de cautela instrumental o procesal, la cual iría básicamente dirigida, tanto a asegurar la presencia del imputado durante el proceso, como a la conservación del material probatorio[99].

---

[98] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, cit., p. 95.

[99] DAMIÁN MORENO, J., "La prisión provisional…", *cit.,* p. 103; MORENO CATENA, V., "En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980", *RDP (iberoamericana y filipina),* Nº 4, 1981, p. 645.

Un dato fundamental a tener en cuenta es que tanto la prevención de la fuga como la prevención del entorpecimiento de la actividad probatoria, se originan en un hecho fundamental: la necesidad de evitar determinadas actuaciones del imputado que se estiman perjudiciales para el proceso al cual se encuentra sometido.

Los fines cuya condición cautelar cautelares es discutible, son: el impulso de la instrucción sumarial (provocación de la incriminación); la satisfacción de las demandas sociales de seguridad y la mitigación de la alarma social (prevención general); la evitación de la reiteración delictiva y la protección de la víctima y sus allegados (prevención especial); y, la aplicación de las medidas cautelares personales con fines punitivos o de anticipación de la pena[100].

El pronunciamiento del TC español en torno a los fines atribuibles a la prisión preventiva como medida cautelar, ha sido muy similar a la posición de la doctrina mayoritaria, en la medida que incluye el propósito de conjurar ciertos riesgos *que parten del imputado,* y que son relevantes para el desarrollo del proceso y la ejecución del fallo. Además, incluye el riesgo de reiteración delictiva:

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

"(…) La prisión preventiva responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la Administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva. Por el contrario lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión preventiva son fines punitivos o de anticipación de la pena o fines de impulso de la instrucción sumarial,

[100] Aun cuando esto se predica de la prisión preventiva como "anticipo" de la pena de prisión, no es de descartar, al menos en este estadio, la posibilidad de que ello ocurra con otras medidas personales como puede ser el caso de las medidas procesales de protección en el ámbito de la violencia familiar con relación a las medidas penales del mismo ámbito.

propiciando la obtención de pruebas, de declaraciones de los imputados, etc. (…)"[101].

Un problema adicional que enfrenta este estudio, lo constituye el hecho que la discusión respecto de las finalidades que pueden ser asignadas a las medidas cautelares personales del proceso penal, en realidad se ha realizado desde la perspectiva de una de ellas: la prisión preventiva. Es en función de ésta que se ha originado un extenso debate doctrinal y jurisprudencial de larga data, a raíz del cual se discuten las distintas finalidades asignables a dicha medida, su legitimidad constitucional, y su naturaleza cautelar.

Ahora bien, ya hemos mencionado cómo el principio de proporcionalidad, en su manifestación del subprincipio "necesidad", es exigible a las medidas cautelares de naturaleza personal y constituye una manifestación de la excepcionalidad de la privación de libertad en el ámbito de la limitación de derechos fundamentales. Por lo que, como luego veremos, la medida cautelar del proceso penal más grave que prevé cualquier ordenamiento jurídico (prisión preventiva), debe ser adoptada sólo cuando en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias particulares del mismo, las medidas cautelares alternativas son insuficientes para la consecución del objetivo que se persigue (de ahí que el carácter excepcional de la prisión preventiva se manifiesta en su *necesaria* aplicación subsidiaria).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[101] STC español 128/1995, de 26 de julio.

Esto nos lleva a la conclusión de que si un ordenamiento jurídico procesal pretende configurar auténticas alternativas a la prisión preventiva, y por lo tanto, elegir en cada caso concreto la menos gravosa para el imputado, es evidente que las medidas cautelares personales del proceso penal comparten, en lo esencial, las mismas funciones. La prisión preventiva constituye el *último recurso*, precisamente, porque los demás instrumentos procesales alternativos que la convierten en una institución *subsidiaria*, son (o deben ser) capaces de cumplir, según el caso, los mismos fines o funciones[102].

A continuación se analizarán aquellos fines asignables a la prisión preventiva, y la discusión que la doctrina ha desarrollado con relación a su legitimidad constitucional y su naturaleza cautelar. El desarrollo de tales funciones se extiende a las medidas cautelares personales alternativas.

Se intentará ubicar cuáles de estos fines ostentan una naturaleza esencialmente cautelar, y cuando estamos frente a motivaciones no cautelares, con el propósito de delimitar una teoría cautelar general que configure la piedra angular tanto de las características comunes de la prisión preventiva, como de las demás medidas cautelares de naturaleza personal, como auténticas alternativas de la primera. O mejor dicho, de la prisión preventiva, como última alternativa en un régimen de medidas cautelares de naturaleza personal que apuntan a cumplir las mismas funciones de aseguramiento del resultado y desarrollo de un proceso penal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

[102] Esta parece ser la postura asumida por MÁLAGA DIÉGUEZ con relación al sistema cautelar penal español: "*Como es lógico, la evitación del riesgo de huida pasa necesariamente por la adopción de medidas de naturaleza personal. Sin embargo, estas medidas no tienen porqué ser necesariamente privativas o restrictivas de libertad (…). En nuestro ordenamiento, el riesgo de fuga también puede combatirse, al menos teóricamente, mediante la libertad provisional condicionada a la comparecencia periódica apud acta, acompañada o no de fianza*". MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.,* pp. 134 - 135. En el mismo sentido ATC 158/2000, 15 de junio, FJ 2º (citada por el autor): "*(…) la libertad bajo fianza constituye una medida cautelar destinada a asegurar que los acusados no se sustraerán a la Administración de Justicia y a la celebración del juicio y en su caso al cumplimiento de la sentencia condenatoria*".

IV.1 Funciones cautelares

1. Prevención de la fuga del imputado

1.1 La posición de la doctrina

De una lectura de las normas que regulan las medidas cautelares personales en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, se puede advertir que la principal función que se persigue con éstas es asegurar la disponibilidad física del imputado en el proceso penal, situándolo a disposición del órgano judicial para evitar su fuga.

A juicio de la doctrina, la finalidad de evitar la fuga del imputado, se concreta en dos funciones más específicas:

a) El aseguramiento de su disponibilidad física a lo largo del proceso penal; y,

b) Garantizar su sometimiento a la ejecución de la pena que pueda imponérsele en la posible sentencia condenatoria que ponga fin a dicho proceso[103].

La primera función específica es descrita por cierto sector de la doctrina como la necesidad de asegurar la *disponibilidad* física del imputado *a lo largo* del proceso declarativo (asegurar el desarrollo del proceso penal). Según las distintas posiciones doctrinales, el cumplimiento de esta función responde a la existencia de dos propósitos distintos: el de evitar

[103] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.,* p. 33; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 99.

que el proceso pueda suspenderse cuando esté excluido realizarlo en rebeldía, y el de asegurar la presencia del imputado con *fines probatorios*[104].

La segunda función específica tiene como propósito asegurar la presencia del imputado, para que en el momento que deba dictarse la sentencia firme, pueda procederse a la ejecución de una pena corporal (asegurar el cumplimiento de la condena).

La doctrina se encuentra dividida en el reconocimiento de estos aspectos. Para algunos, sólo el aseguramiento del desarrollo del proceso es un fin digno de ser considerado como cautelar; para otros, sólo el aseguramiento de la condena; y, existe una tercera línea doctrinal (mayoritaria) que aboga porque las medidas cautelares de naturaleza personal están al servicio de ambas funciones específicas ("tesis de la doble finalidad", en palabras de ORTELLS RAMOS[105]).

Entre quienes sostienen que el aseguramiento de la disponibilidad del imputado a lo largo del proceso penal, es la única función digna de ser considerara como un auténtico fin cautelar de la prisión preventiva, se encuentra CARNELUTTI: para quien *"la custodia preventiva no puede ser dispuesta a otro fin que no sea poner a disposición del juez la prueba constituida por la persona del imputado; y por eso, no puede definirse de otra manera que como una medida cautelar*"[106].

IBÁÑEZ GARCÍA - VELASCO descarta como finalidad constitucionalmente legítima, la de asegurar la "efectividad de una posible condena". Sostiene que la prisión preventiva no puede asegurar la ejecución de la pena, en tanto al momento de la adopción de la medida cautelar, el contenido de la

---

104 Algunos autores señalan que el propósito (o uno de los propósitos) de evitar el peligro de fuga es el de: "garantizar la obtención de la prueba", " poner a disposición del juez la prueba constituida por la persona del imputado", o simplemente, "asegurar la presencia del imputado con fines probatorios".

105 ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización… ", cit., p. 450.

106 CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal Civil y Penal II. Principios del Proceso Penal*, trad. SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1971, p. 189.

sentencia es incierto[107]. Una afirmación similar es la realizada por RUIZ - JARABO COLOMER, para quien la función de asegurar el cumplimiento de la ejecución de la pena, constituye un *prejuzgamiento* que vulnera el principio de presunción de inocencia[108].

La postura diametralmente opuesta la sostiene DE LUCA, para quien la función de asegurar la disponibilidad física del imputado a lo largo del proceso penal, por sí sola, no justifica la prisión preventiva. El sacrificio exigido al sujeto, a los meros efectos de lograr su disponibilidad respecto del órgano jurisdiccional, es muy superior a las ventajas que ello puede reportar. Para este autor, la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, *únicamente* se explica en virtud del fin de garantizar la ejecución de la pena[109].

La postura de la "doble finalidad" es asumida por la mayoría de autores. En la doctrina italiana, CALAMANDREI sostiene que la función radica en impedir el alejamiento del imputado, asegurando su presencia con finalidad probatoria y la disponibilidad física a efectos de la ejecución de la pena[110]. Del mismo modo, FERRANTE considera que la prisión preventiva se dirige a: i) garantizar la disponibilidad del imputado en todo el *camino procesal* como garantía de la obtención de prueba e impedir que la prueba dada pueda ser ocultada o falseada; y, ii) asegurar, en caso de condena, la ejecución de la pena[111]. Con ellos, la mayoría de autores italianos aceptan esta postura[112].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

107 IBÁÑEZ GARCÍA - VELASCO, M., *Curso de Derecho procesal penal*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1969, p. 198.

108 RUIZ - JARABO COLOMER, D., "La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo", *RDJud*, Nº 10, p. 153.

109 Citado por ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.,* p.35.

110 CALAMANDREI, *Introducción…, cit.,* pp. 145-146.

111 FERRANTE, *Brevi considerazioni in tema di libertá personale dell' imperato*, GP, 1967, III, pp. 787-788. Citado por BARONA VILAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* p. 21.

112 FOSCHINI, *Sistema del Diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, p. 526; LEONE, G., *Tratado de Derecho Procesal Penal II,* E.J.E.A, Buenos Aires, 1963, pp. 259 - 260; MANZINI, V., *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1970, p. 616; VASALLI, G., *"Observazioni sulla custodia preventiva", Scritti giuridici in onore de Vicenzo Manzini, Padova, 1954, p.486*

El criterio de la doble finalidad también es asumido por gran parte de la doctrina española. ASENCIO MELLADO menciona que, "la fuga y, por tanto, la declaración en rebeldía del sujeto[113] frustra no sólo el proceso, sino también la ejecución de la futura pena". "La *pena no es únicamente la consecuencia de la tramitación de un procedimiento penal, sino esencialmente, su finalidad más importante, de modo tal que el ejercicio del* ius puniendi *por parte del Estado encuentra su fundamento en el propio proceso penal, sin el cual los ciudadanos carecerían de toda garantía frente a la Administración*"[114].

BARONA VILAR sostiene que el fin primordial de la prisión preventiva es asegurar la persona del presunto culpable para llevar a cabo el proceso y ejecutar, en su caso, la pena que se imponga[115]. Mas recientemente, GUTIÉRREZ DE CABIEDES asume la tesis de la doble finalidad, al afirmar que la huida del imputado no sólo frustra la ejecución de la pena, sino antes, el desarrollo normal del propio proceso penal que es presupuesto *ontológico y material* de la sentencia: *el vehículo necesario mediante el cual se puede llevar a cabo* la imposición de penas[116]. De la misma opinión es DAMIÁN MORENO, para quien las medidas cautelares no sólo sirven para asegurar el cumplimiento de la pena impuesta, sino para garantizar el derecho a imponerla, mencionando además que el ejercicio de la acción penal implica el correlativo deber del sospechoso de tolerar la existencia del proceso y estar a disposición del Juez penal[117].

ANDRÉS IBÁÑEZ parece asumir la tesis de la doble finalidad, aunque bien es cierto que incluye ciertos matices en su concepción. Para este autor la

[113] Vid, arts. 746, 801 y 841 LECrim.
[114] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.,* p. 34. Cita como los autores más destacados que se inclinan por esta postura, entre otros, a: MORENO CATENA, V., "En torno a…", *cit.,* p. 640; ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización…", *cit.,* p. 448; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982, p. 262.
[115] BARONA VILLAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* p. 20.
[116] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 99.
[117] DAMIÁN MORENO, J., "La prisión provisional…", *cit.,* pp. 102 - 103.

diferenciación que suele hacerse doctrinalmente entre el supuesto de "aseguramiento de la eventual condena" y el "aseguramiento del desarrollo del proceso", si bien es admisible en "términos analíticos", no está llamada a desempeñar un gran papel en la experiencia procesal penal, "*donde ambos jugarán normalmente como un continuum en el que la eficacia del primero refuerza la conciencia de la necesidad del segundo*"[118].

ORTELLS RAMOS[119] parece adoptar una postura intermedia crítica frente a los autores que sólo admiten como función el aseguramiento de la ejecución de la pena, y aquellos que abogan por la tesis de la doble finalidad. Señala el autor que: "*si bien la tesis de la doble finalidad no es del todo errónea*"[120], su defecto radica en "*no jerarquizar los dos fines que se persiguen mediante la obstaculización de la fuga del imputado*". Para el autor existen razones fundamentales para afirmar que únicamente la función de garantizar la ejecución de la pena justifica la prisión preventiva, y que también solamente aquella función la justifica en *forma permanente* a lo largo de todo el proceso:

Primero; porque si pudiera asignarse a la prisión preventiva la función autónoma de mantener al imputado a disposición del órgano jurisdiccional para satisfacer necesidades probatorias, no habría motivo para restringir esa medida al imputado, mientras que los habría sobrados para extenderla a los testigos y a las personas que tuvieran el carácter de fuentes para la prueba pericial; y,

Segundo, la finalidad de mantener la presencia del imputado durante el proceso para evitar la suspensión de aquél por rebeldía, no

[118] ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Presunción de inocencia…", *cit.,* p. 29.
[119] ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización… ", *cit.,* p. 448 - 452.
[120] En la medida que si se asegura la presencia del imputado para el momento en que se deba dar paso a la ejecución de la pena, es evidente que se asegura la presencia del imputado durante todo el proceso.

justifica la prisión preventiva en todas las fases del proceso (como es el caso del mantenimiento de la medida en la fase de impugnación).

Por tanto, concluye el autor que la prisión preventiva no puede perseguir como función exclusiva, la de asegurar la presencia del imputado durante el proceso, y, que en tanto función accesoria del aseguramiento de la ejecución, carece de justificación por sí misma.

De similar parecer es MÁLAGA DIÉGUEZ, quien afirma que el aseguramiento de la disponibilidad física del imputado en el juicio oral, constituye una *función accesoria al aseguramiento de la ejecución del fallo.* Para este autor –al igual que en la opinión anterior- si la medida cautelar sólo respondiera al primer objetivo nunca podría mantenerse luego de finalizado el juicio oral, estando el juez obligado a dejar en libertad al imputado durante el periodo que se verifica entre éste y la firmeza de la sentencia. Por lo tanto, sostiene que el *objetivo característico* de toda medida cautelar es el aseguramiento o garantía de la eficacia del proceso en *general*, y de la eventual sentencia condenatoria en *particular*[121].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1.2 Aseguramiento de la ejecución de la pena

La primera conclusión que puede desprenderse de las distintas afirmaciones realizadas por la doctrina en relación con el peligro de fuga, es que es evidente que el aseguramiento de la ejecución de la pena, es una función de naturaleza cautelar, y constituye un fin constitucionalmente legítimo. Siempre que claro está, en su aplicación al caso concreto se respeten los demás elementos que permitan calificarla como una legítima limitación de derechos fundamentales (en especial, los principios de proporcionalidad y motivación).

[121] MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento… ", *cit.,* p. 131, Nota 27.

La crítica que se realiza a esta función, en relación con el desconocimiento del contenido de la futura sentencia en la fase procesal de su aplicación (IBÁÑEZ Y RUIZ - JARABO COLOMER), queda descartada desde que las medidas personales, por su propia condición de cautelares, no se fundan en la seguridad de una sentencia de condena, sino, en la *probabilidad* de la misma (presupuesto del *fumus boni iuris)*[122].

La utilización de una medida cautelar de carácter personal en un proceso penal (especialmente en el caso de la prisión preventiva) no debe constituir *a priori*, una violación del derecho a la presunción de inocencia, porque es precisamente ésta la que condiciona el régimen procesal de las medidas cautelares personales, mediante la exigencia de que sean adoptadas sobre la base de una imputación fundada en indicios racionales de criminalidad, y no de meras sospechas[123].

Constituye además el principio rector que introduce la exigencia de que las medidas cautelares de naturaleza personal se limiten a perseguir de forma *razonable,* fines imprescindibles para la eficacia de la actuación del *ius puniendi* del Estado. La prisión preventiva, y así evidentemente cualquier otra medida personal, no puede asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena, las únicas finalidades que se justifican son las estrictamente procesales[124]. Esta parece ser la postura del TC español cuando declara que: *(…)"La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al*

[122] ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización…", *cit.,* p. 452.
[123] STC español 128/1995, de 26 de julio.
[124] BACIGALUPO, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 139.

exceso" (…)[125]. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "*Al respecto este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y, legalmente, se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado. En tal sentido, tanto la resolución que decreta el mandato de detención como su confirmatoria deben cumplir con la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales"*[126].

1.3 Aseguramiento del *desarrollo* del proceso penal

La incógnita en torno a la validez de la tesis de la doble finalidad, entonces, se restringe al análisis de la función de "aseguramiento de la disponibilidad física del imputado *a lo largo* del proceso". Es en esa línea que debe analizarse en forma individual, los dos propósitos distintos ya apuntados, que a juicio de un sector de la doctrina lo justifican: evitar que el proceso deba suspenderse en el caso que esté excluido realizarlo en rebeldía, y asegurar que la disponibilidad física del imputado pueda servir a las necesidades probatorias.

1.3.1 Evitación de la suspensión del proceso cuando esté excluido realizarlo en rebeldía

Este es un peligro *específico* de fuga, que pretende evitar la ausencia del imputado en un estadio previo al pronunciamiento de la (posible) condena. Se verifica en la fase declarativa (fundamentalmente el juicio oral) de un proceso que en atención a sus características particulares, no puede

[125] STC español 108/1984, de 26 de noviembre.
[126] Fundamento 3 de la sentencia recaída sobre el exp. N.° 03741-2007-HC/TC, caso Victor Díaz Apaza.

desarrollarse si el imputado se encuentra ausente[127]. Al no ser posible una sentencia condenatoria del imputado en ausencia, es lógico que en caso de peligro de fuga se autorice a limitar la libertad del imputado para garantizar la realización del juicio oral[128]

Como ya se analizó, los autores que se oponen a considerar ésta como una función autónoma de las medidas cautelares personales (ORTELLS RAMOS y MÁLAGA DIÉGUEZ), lo hacen fundamentalmente, sobre la base de considerar que es una función subordinada a la necesidad principal de asegurar el cumplimiento de la posible condena, en la medida que *no justifica la prisión preventiva en todas las fases del proceso*. Sin embargo, lo que no se explica, es por qué si una función no justifica la prisión preventiva u otra medida cautelar a lo largo de todas las fases del proceso, debe ser descartada como una función genuinamente cautelar.

El aseguramiento del desarrollo del proceso, no es la única función que no es posible justificar en todas las fases del mismo, de hecho, en el caso de la necesidad de evitar el entorpecimiento probatorio, como se verá, también pueden existir fases procesales donde dicho propósito carece de sentido, como es el caso de la finalización de la instrucción –en casos concretos-, donde las fuentes de prueba se encuentran ya aseguradas para su actuación en el juicio oral. Asimismo, el riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, tampoco puede "justificarse" en sede de impugnación, y sin embargo, en estos casos la doctrina mayoritaria no descarta su naturaleza cautelar.

Porque es precisamente la existencia o inexistencia del peligro de fuga en un momento determinado, vinculada siempre al propósito que se persigue con la aplicación de la medida cautelar al caso concreto, lo que

[127] Arts. 746, 801 y 841 LECrim española. En el caso del NCPP peruano, la presencia del imputado para dictar condena es necesaria siempre.
[128] LLOBET RODRÍGUEZ, J. La Prisión preventiva (Límites constitucionales), UCI, San José de Costa Rica, 1996, p. 211.

permite que las medidas cautelares expresen su naturaleza procesal o instrumental a través de la manifestación de los principios de provisionalidad y variabilidad. Las medidas cautelares personales están sometidas a una revisión permanente, precisamente porque los presupuestos que la justifican pueden existir o estar acreditados en un momento procesal, y sin embargo, variar o "carecer de sentido" en otra fase o momento procesal, supuesto en el cual la medida aplicada debe cesar o ser modificada por otra que cumpla con los mismos objetivos (regla *rebus sic stantibus)*[129].

La provisionalidad de las medidas exige que la conjuración de ciertos riesgos que parten del imputado, se realice en un espacio temporal determinado, y no tiene porque sostenerse como regla general, que la causa concreta que las justifica permanezca - ya sea *in abstracto* o en el caso concreto - en todas las fases del proceso.

Es por ello que no coincidimos con la postura que exige considerar el "aseguramiento del desarrollo del proceso" (entendido con relación al propósito de asegurar la disponibilidad física del imputado a lo largo del proceso penal, cuando esté excluido realizarlo en rebeldía) como una función necesariamente subordinada al aseguramiento de la condena. Las medidas cautelares personales existen para preservar la eficacia del *ius puniendi,* y tanto la ejecución del fallo, como el normal desarrollo del proceso como presupuesto ontológico del primero, constituyen fines legítimos, siempre que claro está, la aplicación de la medida en el caso concreto sea razonable y proporcionada[130].

[129] Es perfectamente posible descartar la función de aseguramiento del proceso luego de la sentencia condenatoria, pero, mantener la medida a efectos de aseguramiento de la ejecución de la condena. Si bien no varía la medida, varían los presupuestos de su justificación. Si la proximidad del juicio oral constituye una causa para la aplicación de una medida personal, bien puede constituirla también, la sentencia condenatoria que se encuentra en sede de impugnación.

[130] Es interesante lo señalado por el TC con relación al arresto del quebrado, en la Cuestión de inconstitucionalidad motivada contra el art. 1335 de la LEC. Si bien estamos frente a una medida cautelar del proceso civil, está claro que la tesis del Tribunal se apoya en el aseguramiento del desarrollo del proceso como función genuinamente cautelar, en la medida que evidentemente, el "arresto del quebrado" en sede civil no es un medio idóneo

Ahora bien, es cierto que en la práctica, en la mayoría de casos el peligro de fuga vinculado al desarrollo del proceso, especialmente en la fase del juicio oral, va a estar estrechamente ligado a la intención del imputado de sustraerse, también, a la ejecución de la pena. Sin embargo, piénsese en un caso excepcional donde el imputado no tiene intenciones de incurrir en una fuga prolongada (padre de familia, empresario, pariente gravemente enfermo, etc.), y no obstante ello, pretende frustrar por un periodo menor de tiempo la realización del juicio oral previo a la condena.

Este supuesto, sobre todo, puede verificarse en los casos en los que el imputado persigue la extinción de la acción penal en virtud de un proceso penal muy extenso, y regulado por un ordenamiento procesal que establece un plazo de prescripción extraordinario de la acción penal[131].

Otro caso en el que puede existir un riesgo de fuga dirigido a frustrar el desarrollo del proceso, y no necesariamente la ejecución de la pena, lo constituye la hipótesis de un imputado que pudiera desear el atraso del juicio oral, y con él, el pronunciamiento de la condena, por razones ajenas a la previsión de una sentencia condenatoria. Piénsese en los casos en los que por razones de prestigio social, familiares, políticas etc., el imputado prefiere evitar su sometimiento al juicio oral (y la publicidad negativa que ello comporta) en un momento determinado (época de elecciones, cambio de gobierno, nacimiento de un hijo, acceso a cargos públicos, nombramiento a cargo privado, etc.).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

para el aseguramiento de la (posible) condena: *"La necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable, es una causa legítima para limitar su libertad. (…) El arresto carcelario es incompatible con el art. 17.1 de la Const., pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra*". Vid. STC español 178/1985, de 19 de diciembre.

[131] CP peruano. Art. 83.- (…) *"La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción". En virtud de este plazo extraordinario de prescripción, aplicable a los procesos en curso, puede ocurrir que se declare extinta la acción penal sólo unos días antes del juicio oral, durante su desarrollo, o al momento de emitir sentencia.* En el Perú es una práctica habitual la "desaparición" del imputado cuando la audiencia final o la lectura de sentencia se fija pocos días antes del vencimiento del plazo de prescripción.

Aquí puede incluso existir un cierto grado de "confianza" en el imputado de obtener una sentencia absolutoria, y en esa línea, lo que en realidad se quiere evitar es la "pena del banquillo", en una espacio temporal determinado y por circunstancias específicas. Porque no quiere acudir a la audiencia en un momento o día determinado, o porque sencillamente no quiere acudir a la audiencia como imputado en ningún caso; pero por el contrario, no tiene ninguna intención de frustrar el desarrollo del proceso: colabora, presenta pruebas a través de su abogado defensor y confía plenamente en una sentencia absolutoria, que además, puede ser decretada en su ausencia.

En ambos casos es posible verificar la existencia de un riesgo de fuga vinculado sólo a "frustrar" el desarrollo del proceso (el juicio oral, en el ejemplo), aún cuando no existen verdaderas razones para sustraerse a la acción de la justicia con el propósito de evitar la ejecución de la (posible) pena. Aquí la primera función no se encuentra necesariamente subordinada a la segunda, y constituye un fin constitucionalmente legítimo vinculado a preservar la eficacia del *ius puniendi*. Naturalmente, la viabilidad de determinada medida cautelar exige además, verificar cuál es la medida cautelar indicada en el caso concreto, para cumplir esa función respetando el principio de proporcionalidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1.3.2 Aseguramiento de la disponibilidad física del imputado para que pueda servir a las necesidades probatorias

Luego de arribar a la conclusión de que es legítima la función que persigue prevenir la fuga del reo para evitar que el proceso deba suspenderse en el caso que esté excluido realizarlo en rebeldía, es preciso analizar en los mismos términos, el segundo propósito que algunos autores asignan a la función específica de *asegurar el desarrollo del proceso:* la *necesidad* de asegurar la presencia del imputado con *fines probatorios*.

Tal cómo señaláramos anteriormente, un denominador común de las funciones genuinamente cautelares que son atribuibles a las medidas de carácter personal, es que se sustentan en el peligro de realización de *determinadas conductas que parten del imputado*, y que pueden ser perjudiciales tanto para la fase declarativa, como para la fase de ejecución del proceso penal[132]. Son dos las conductas que la doctrina mayoritaria estima que deben ser evitadas[133]; la primera, la (posible) fuga del imputado que analizamos en este punto; y, la segunda, las (posibles) conductas del imputado - distintas a la fuga - que se encuentren dirigidas a entorpecer la instrucción mediante la destrucción, ocultación o alteración de fuentes de prueba[134].

En el análisis de la prevención de la fuga, "la necesaria presencia del imputado, para servir a las necesidades probatorias en el desarrollo del proceso penal", se circunscribe, a los peligros que para la instrucción probatoria supone su posible huida, y sólo ella. Es decir, debe analizarse el peligro que involucra la ausencia del imputado, en el desarrollo de un proceso penal en el que ciertas actuaciones probatorias requieren de su presencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

[132] En el mismo sentido se pronuncia la STC español 128/1995 de 26 de julio, FJ Nº 3: (…) "*en cuanto al fin, (…) la prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso, y en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva*".

[133] La tercera función que a juicio de la Jurisprudencia del TC también constituye un fin constitucionalmente legítimo: la evitación de la reiteración delictiva, y con él, la protección de las víctimas y sus allegados (Vid. STC 128/1995, de 26 de julio), también se sustenta en la prevención de una conducta cuyo peligro de realización, es atribuible al imputado. Aunque bien es cierto que dicha característica no es suficiente para la verificación de su naturaleza cautelar.

[134]Aunque como se verá, la función de evitar la obstrucción probatoria requiere de la existencia de una conducta distinta a la (posible) fuga del imputado, ello no impide que en determinados casos, la conducta de entorpecimiento coexista con el peligro de fuga. Aquí normalmente, la decisión de aplicar cualquier medida cautelar personal se subordinará en la mayoría de casos al peligro de fuga, y en el caso de que además, se utilice la prisión preventiva para preservar las fuentes de prueba, normalmente será la modalidad incomunicada.

Cuando la fuga del imputado no pone en peligro la ejecución de la pena corporal, ni frustra la realización de un proceso que está excluido de realizarse en rebeldía, resulta difícil exigir la presencia del imputado "con fines probatorios" sin incurrir en una *función inquisitiva* o en una *provocación de la incriminación*. Si la medida cautelar de carácter personal tiene como fin obtener una concreta declaración del inculpado, o influir en un comportamiento que no se limite a abstenerse de interferir en el material probatorio, estamos ante una finalidad radicalmente ilegítima[135].

Es necesario establecer una diferencia entre la necesidad de impedir la alteración de las pruebas, y la exigencia de interrogar al imputado u obtener la confesión en el secreto de la instrucción. El interrogatorio no es una necesidad de la acusación ni tiene por objeto la adquisición de pruebas de cargo, sino que por el contrario, constituye un derecho del imputado y la defensa para oponerse a la imputación; y, la oportunidad para diseñar y ejecutar el derecho de defensa[136].

En el mismo sentido se ha pronunciado el TC español al describir las características de la prisión preventiva. Ha señalado que por imperio del principio de presunción inocencia - que además de operar como "regla de juicio", opera como "regla de tratamiento" - no se debe castigar al imputado a través de dicha medida cautelar, y con mayor razón, *proscribe* su utilización con la finalidad de *impulsar* la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad (y así también cualquier tipo de limitación de la libertad) excede los límites constitucionales[137].

Pero también es necesario diferenciar este supuesto del peligro de fuga vinculado a la necesaria disponibilidad física del imputado en un

[135] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 117.
[136] FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª Ed., Trotta, Madrid, 2004, pp. 556 - 557.
[137] STC español 128/1995, de 26 de julio.

proceso penal cuyo juicio oral no puede celebrarse en su ausencia, analizado en el apartado anterior. Éste exige la presencia del imputado para evitar la frustración del proceso y satisfacer las necesidades de inmediación, por *mor* del ejercicio del derecho de defensa en el juicio oral. La exigencia de su presencia se materializa en una función pasiva, no existe la necesidad de que aquél emita una declaración o participe activamente en el proceso, sino que basta su presencia para garantizar el ejercicio de su derecho de defensa en el momento que lo considere oportuno.

Existe una diferencia vital entre exigir la sola presencia del imputado durante el juicio oral, y que en él, desarrolle la estrategia de defensa que considere pertinente; con el hecho de exigir su presencia en la fase declarativa para la práctica de medios de prueba que se consideran imprescindibles para la actuación del *ius puniendi* del Estado.

En el primer caso se asegura la presencia del imputado para no incurrir en la prohibición de condenar o juzgar al inculpado en ausencia, en el segundo, se asegura su disponibilidad con un objetivo vedado en un ordenamiento procesal de corte acusatorio, que es el de propiciar a través de una medida cautelar personal el "impulso" de la instrucción. Se materializa una función del imputado como "*objeto de prueba*" que constituye en realidad una visión inquisitiva del proceso penal[138].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[138] Ello no quiere decir que no existan en el proceso penal, medidas limitativas de derechos destinadas a la obtención de medios de prueba relevantes para el proceso, como el caso de las intervenciones corporales. La diferencia radica que en este caso el imputado debe admitir una limitación de derechos fundamentales cuando en su cuerpo, existan vestigios indispensables para el esclarecimiento de la verdad. Se diferencia de las medidas cautelares personales en dos presupuestos esenciales: se trata de la obtención de una prueba, no de la cautela de un proceso. Y no se exige una acción positiva ni voluntaria del imputado que riña con su derecho a no autoincriminarse. Es un claro ejemplo de por qué la prisión preventiva y las demás medidas cautelares personales del proceso penal, no deben ser confundidas como una actividad destinada al aseguramiento probatorio, no es esa su función. Las medidas cautelares personales y las medidas restrictivas de derechos para la búsqueda de pruebas, comparten las mismas reglas asignables a toda limitación de derechos fundamentales, pero la noción instrumental en uno y otro caso, no es la misma.

1.3.3 Evitación de la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba relevantes

Otra de las funciones que la doctrina mayoritaria admite como genuinamente cautelar, es la de evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba[139] relevantes para el proceso.

Esta función pretende evitar que una conducta positiva (ilícita) del imputado, pueda ocasionar la desaparición de futuras fuentes de prueba, o en su caso, la alteración de su veracidad o genuinidad. Sin embargo, tal como se analizara en el punto anterior, queda descartada cualquier motivación que pretenda obtener la colaboración activa del imputado en el proceso[140] (vgr. forzar una declaración autoinculpatoria, o forzarle a estar presente en la práctica de los actos de investigación propios de su fase procesal)[141]. No estamos frente a una función que esté dirigida al impulso de la instrucción, y por lo tanto, no resulta preciso hablar de una finalidad de "aseguramiento de la prueba"[142].

Estamos frente a lo que la doctrina denomina "*protección pasiva*" de las fuentes de prueba y del proceso, dirigida a obtener la *abstención* del

[139] Coincidimos con GUTIÉRREZ DE CABIEDES en cuanto a que constituye un acierto la referencia al objeto de la medida como "fuentes de prueba", en lugar del de "prueba". Por que como señala el autor, en realidad lo que es objeto de protección es la obtención y traslación al proceso de lo que llegado el momento serán, en su caso, futuras pruebas. Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La Prisión…, cit.,* p. 101.

[140] El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída sobre el expediente Nº 3014-2006-PHC/TC, caso Raymundo Figueroa Lucana, ha señalado que *"De lo expuesto se colige que no existen motivos razonables y proporcionales que justifiquen el dictado de la medida cuestionada, toda vez, que atribuir el peligro procesal a la gravedad de los hechos imputados y exigirle al procesado la obligatoriedad de recabar con pruebas indubitables que no rehuirá o perturbara su juzgamiento -como señalan textualmente las resoluciones discutidas- supone invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad"*.

[141] ASENCIO MELLADO, J. M., "Los presupuestos de la prisión provisional", *Seminario sobre Detención y Prisión provisional,* Xunta de Galicia, 1995, p. 105

[142] GUTIÉRREZ DE CABIEDES menciona que sin duda existe cierta actividad de aseguramiento, pero sólo frente a una conducta activa que implique una ocultación, alteración o destrucción, ilícitos, de material probatorio o instructorio. Existen ciertas actuaciones procesales (prueba anticipada) claramente integradas en el concepto de aseguramiento de la prueba, pero el estudio de éstas escapa al ámbito de estudio de las medidas cautelares personales. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 102.

imputado respecto de esas posibles conductas (vgr. Evitar que destruya huellas del delito, que altere documentación que pueda relacionarle con el hecho ilícito, o que se concierte con terceros o los intimide, para que no declaren la verdad sobre los hechos o en su contra, etc.)[143].

Esta función ha sido calificada como la más ortodoxa de las llamadas a cumplir por las medidas cautelares personales, ya que distingue con mayor claridad que las otras, entre la condición de imputado y la de culpable[144]. No se opera con lucubraciones respecto de la cantidad de la pena que presumiblemente pueda imponerse, ni se produce una anticipación de la misma, sólo se manejan criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla[145].

Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES es preferible la referencia a la "ilícita obstrucción", "obstaculización" o "impedimento", que la de evitar la "ocultación" del material probatorio, en la medida que el imputado no tiene el deber u obligación de descubrir las fuentes de investigación y de prueba que puedan incriminarle: puede verlas o dejarlas perderse - o destruirse - no estando obligado a "allanar" el terreno a los órganos jurisdiccionales ni a las partes actoras, o a reconducirles en una actuación de investigación o prueba, que se tuerce o desvíe de la dirección correcta[146].

Coincidimos con el autor en el hecho de que el imputado no se encuentra obligado a contribuir al impulso de la investigación. Y desde luego, es de admitir que es correcto describir la obstrucción como una de

[143] Ibídem., p. 103.
[144] CHIAVARIO, M., *Commento al nuovo Codice di Procedura penale*. Vol. III. Torino, 1990, pp. 51- 53. Citado por ASENCIO MELLADO, J. M., "Los presupuestos…", *cit.,* p. 105.
[145] ASENCIO MELLADO, J. M., "Los presupuestos…", *cit.,* p. 105.
[146] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, *cit.,* p. 103. Realiza estas afirmaciones en el análisis de la LO 13/2003, art. 501, que se circunscribe a la prisión preventiva. No obstante ello, la terminología empleada para definir dicha función es sumamente útil en el análisis de las finalidades que se pueden asignar como regla general, en el marco de una teoría cautelar de las medidas personales.

carácter ilícito[147], en la medida que permite diferenciarla de las conductas "omisivas" del imputado, que no podemos definir como tal en función del derecho que tiene toda persona a no autoincriminarse. Aun cuando la ausencia de colaboración por parte del imputado no favorezca la instrucción, o en un sentido amplio, la obstruya, es imposible exigirle a aquél que "colabore" activamente en el esclarecimiento de un hecho que pudiera someterlo a una condena a pena privativa de libertad.

No obstante ello, es importante insistir en la consideración de esa "ilícita obstrucción" a través de una definición expresa de sus tres modalidades: ocultación, alteración y destrucción de fuentes de prueba. Estos son términos que indican claramente la realización, o peligro de realización por parte del imputado, de determinadas acciones positivas (ilícitas). Existe en realidad una obligación de no hacer, un "deber de abstención" que prohíbe una actividad positiva del sujeto, dirigida a entorpecer (voluntariamente) la actuación del *ius puniendi* del Estado. Y de ello no se infiere obligación alguna de contribuir al desarrollo de la instrucción ni al esclarecimiento de los hechos. Tampoco tiene porque verificarse en el alcance de la interpretación de los términos "ocultamiento", "alteración" o "destrucción", una conducta omisiva.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por el contrario, sí es de considerar que los términos "obstrucción", "obstaculización" o "impedimento"[148] acarrean una pesada carga valorativa, en la medida que no definen con precisión las acciones positivas que se pretenden evitar. En tales términos puede incluirse cualquier actividad del imputado en el proceso que no contribuya al esclarecimiento de los hechos, mientras que en las conductas definidas como alteración, destrucción e incluso ocultamiento de las fuentes de prueba, se define con mayor precisión cuál es el ámbito de las posibles conductas que deben ser evitadas, sin

[147] En el mismo sentido, GIMENO SENDRA. V., *Derecho procesal…, cit.,* p. 543.
[148] Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 103.

afectar el derecho de defensa del imputado, ni exigirle que colabore en el impulso sumarial.

Por ejemplo, en el caso de una falsa declaración del imputado *("derecho a mentir)",* es perfectamente posible describir tal conducta como *"obstruccionista", como un obstáculo, o como un impedimento* al desarrollo de un proceso penal, donde el esclarecimiento del hecho objeto de imputación, recordemos, constituye su razón de ser. Lo mismo ocurre en el caso del "derecho de no - auto incriminación" o la potestad del imputado de no declarar, si es que lo estima necesario.

Ahora bien, las fuentes de prueba que se pretendan asegurar, mediante la evitación de su (posible) ocultamiento, destrucción o alteración, deben ser relevantes para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, por lo que quedan excluidas las fuentes de prueba dirigidas a acreditar las responsabilidades civiles. A su vez, el peligro de la actividad ilícita debe ser concreto y fundado y debe atenderse a la capacidad del sujeto pasivo de la medida, para influir a los imputados, testigos peritos o quienes puedan serlo"[149].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Un criterio fundamental a tener en cuenta en la valoración de esta función, además, lo constituye el hecho que se está frente a conductas que también pueden ser realizadas por terceras personas, a solicitud del imputado (o sin ella). De hecho, para algunos autores es un fin que peca de ingenuidad[150], al punto que en muchos casos la realidad constata que muchos imputados en prisión ostentan plena capacidad para organizar su estrategia de defensa utilizando incluso, conductas obstruccionistas concertadas con terceros. Ello involucra que en la mayoría de casos la única medida cautelar que pueda cumplir con esta función sea la prisión preventiva en la modalidad *incomunicada.*

[149] GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal…, cit.,* p. 543.
[150] PISAPIA, G. D., *Compendio di procedura penale*, Padova, 1982, p. 249.

Tal situación exige que en el análisis de la proporcionalidad (en sentido estricto) de la medida, no sólo se analice el equilibrio entre la gravedad o intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y el peso de las razones que la justifican por otro, sino que además debe constatarse que dicha limitación no afecte innecesariamente el derecho de defensa del imputado. Porque es evidente que no es lo mismo diseñar una estrategia de defensa en libertad, que hacerlo recluido en un centro penitenciario. La aplicación de la prisión preventiva por este motivo, entonces, debe ser objeto de una aplicación sumamente restrictiva y sólo en supuestos especialmente graves, únicamente por el tiempo imprescindible para salvaguardar las fuentes de prueba[151].

2. Funciones no cautelares

2.1 Prevención general y alarma social: satisfacer demandas sociales de seguridad

Cuando a través de una medida cautelar se persigue la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad, entonces la limitación del derecho fundamental se encuentra dirigida a la consecución de un fin que se integra en el concepto de prevención general.

Se pretende dar ejemplaridad a la acción de la justicia, tanto para tranquilizar a la sociedad, como para amedrentar a los potenciales delincuentes"[152]. El primer caso es lo que se ha denominado una función *sedativa,* que apacigua el ansia vindicativa que toda acción delictiva de cierta entidad genera en el ciudadano[153] (prevención general positiva: percepción social de la funcionalidad del ordenamiento penal). El segundo

[151] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 106.
[152] BARONA VILAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* p. 23.
[153] FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Detención y prisión provisional", *Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos*, Hacer, Barcelona, 1986, p. 79.

caso actúa como intimidación general en el *posible delincuente*, que se le desmotiva en función de la *expeditiva* reacción del Estado (prevención general negativa: disuasión de la delincuencia mediante la intimidación)[154].

Lo primer que hay que apuntar en el análisis de esta función es que en este caso la medida coercitiva se adopta con base a circunstancias por completo ajenas al imputado, lo que las priva de toda justificación[155], y ello fundamentalmente en función del principio de proporcionalidad (en sentido estricto). Resulta dudosa la legitimación constitucional de una función que limita la libertad de un imputado sobre la base de aspectos no relacionados con su conducta.

Además, el fin de prevención general es privativo de la pena y no de la prisión preventiva u otra medida cautelar personal. Para calmar la alarma social[156] se hace necesaria una sentencia rápida sobre el fondo, condenando o absolviendo al imputado (o los imputados). Solamente una resolución judicial dictada luego de la realización de un proceso, puede determinar la culpabilidad, y con ella, la sanción penal que merece determinado hecho[157].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Ni la prisión preventiva, ni ninguna limitación de derechos fundamentales puede utilizarse en sede cautelar, para cumplir una función de ejemplaridad que es un fin propio y exclusivo de la pena. No pueden cumplir con dicho criterio, por la sencilla razón que se impone a una persona de quien no se sabe aún si es culpable o no[158]. No pueden cumplir fines sancionatorios, en la medida que no existe posibilidad legítima de pena o

---

154 JORGE BARREIRO, A., "La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Detención y prisión provisional,* Cuadernos de Derecho Judicial Nº XVIII, CGPJ, 1996, p. 67.
155 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.,* pp. 143-144.
156 Por alarma social se entiende la reacción que produce en la sociedad ante el delito, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos. ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.,* p. 37.
157 MORENO CATENA, V. (dir.), (con A. Coquillat Vicente, A. Juanes Peces, A. de Diego diez, y E. de Llera Suárez Bárcena) *El Proceso Penal*, Vol. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1666.
158 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 116.

sanción, sin un delito o infracción (*nulla poena sine reato),* ni tampoco pueden existir éstos, sin una resolución condenatoria previa que así lo establezca[159].

Lo contrario significa ceder a la satisfacción inmediata de un sentimiento social, real o manipulado, que no sólo debe rechazarse desde una perspectiva ética, sino que además, presupone la imposición de una medida que en su contenido equivale a una pena, y en la que se encuentra ausente cualquier necesidad estrictamente procesal. Ello implica una pena anticipada que conculca los principios de presunción de inocencia y de punición fundada exclusivamente en una probada culpabilidad[160].

En el mismo sentido se ha pronunciado el TC español en la STC 47/2000 que planteara la cuestión de inconstitucionalidad de la anterior redacción de los artículos 503 y 504 de la LECr[161]. Dicha sentencia descarta la alarma social, y por consiguiente, la supuesta "necesidad" de satisfacer las demandas sociales de seguridad, como funciones atribuibles a la prisión preventiva: *(…) "La genérica alarma social presuntamente ocasionada por el delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena - la prevención general - y (so pena que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuricidad y culpabilidad*

[159] *Ibídem.*, p. 115.

[160] FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. "El sentido de la prisión provisional y la ley orgánica 10/1984, de 26 de diciembre", *La Ley*, 18 de octubre de 1985.

[161] La sentencia se dictó en el Pleno del TC, que aboca para sí la resolución de la demanda de amparo formulada contra las resoluciones de una audiencia provincial y juzgados de instrucción por las que se decretaba la prisión preventiva del encausado. En ella, el tribunal no sólo estima el amparo, además plantea la autocuestión de inconstitucionalidad. Naturalmente, con la LO 13/2003 de 24 de octubre y la LO 15/2003 de 25 de noviembre, como señala la propia exposición de motivos de la primera, se crea una nueva regulación de la prisión preventiva de acuerdo con la "imperiosa necesidad de adecuar la ley procesal *penal a las exigencias constitucionales*". La inconstitucionalidad de la anterior regulación (de la prisión preventiva) no fue expresamente declarada. Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* pp. 44 - 45; y, STC 47/2000, de 17 de febrero.

del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa"[162]*(…)*.

En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Europa, que a través de la Recomendación 11 (65); recomienda a los Estados miembros que la prisión preventiva "*en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos*".

Por lo tanto, al descartar los fines de prevención general, en realidad queda descartada cualquier posibilidad de que la prisión preventiva pueda ser definida, como acertadamente sostuvo un sector de la doctrina en el análisis de la regulación anterior de la prisión provisional en la LECr española, como una "pena anticipada"[163].

2.2 Prevención especial: evitación de la reiteración delictiva

Con la aplicación de una medida de carácter personal para impedir la reiteración delictiva, lo que en estricto se pretende, es prevenir la comisión de futuros delitos durante la tramitación del proceso hasta que recaiga la sentencia firme (ejecución)[164]. Estamos frente a una función que descansa sobre las ideas de peligrosidad y que pretende cumplir una función de *prevención especial.*

Son dos las modalidades utilizadas por los diversos ordenamientos jurídicos para introducir la función de prevención especial en el ámbito de las medidas personales. Una primera, con carácter general, que supone evitar el riesgo de que el imputado cometa ("*otros*") hechos delictivos durante el desarrollo del proceso[165]. Y otra que considera un supuesto

[162] SSTC español 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5; 66/1997, de 7 de abril, FJ 6; 98/1997, de 20 de mayo, FJ 9.
[163] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?", *La Ley*, 1984, pp. 1056 - 1057; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, cit., p. 108.
[164] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 108.
[165] Vid. 503.2 LECr.

particular de actuación ilícita del imputado mientras está pendiente el proceso, y que supone la actuación por aquél contra bienes jurídicos de la víctima[166]. Ambas son manifestaciones de la prevención especial: el primero supone un alcance más amplio de la medida, la prevención de una futura comisión delictiva; y el segundo, uno mas concreto, persigue la protección de la víctima[167].

Se está frente a un criterio cimentado sobre el concepto de peligrosidad, en virtud del cual se hace un juicio de *prognosis* en el que, partiendo de la conducta delictiva (previa) que se le imputa en el proceso, así como de las circunstancias del inculpado, se especula acerca de cual puede ser la conducta esperada en un futuro inmediato[168].

En el caso que determinado ordenamiento jurídico procesal admita este motivo como justificativo para la adopción de una medida cautelar personal, se estaría posibilitando que ésta actué como un medio que pretende asegurar el orden social y la tranquilidad ciudadana, ya que de no decretarse la medida, podría sufrir las consecuencias de una posible reiteración delictiva por parte del imputado[169].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Lo determinante para evaluar la legitimidad constitucional de esta función es su naturaleza jurídica. Un sector de la doctrina sostiene que estamos frente a una *medida de seguridad encubierta,* y que por tanto, constituye un fin ilegítimo por cuanto carece de una naturaleza cautelar compatible con la esencia de un instrumento procesal[170]. Para otro, si bien se reconoce que estamos frente a una función no cautelar, se le califica como

[166] Vid. 503.1.3 LECr. La LO 13/2003 de noviembre, que reformó la LECr en materia de prisión preventiva, se refiere en forma específica a la necesidad de "evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando este sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código penal" (Violencia doméstica).
[167] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 107.
[168] JORGE BARREIRO, A., "La prisión…, *cit.,* p. 69.
[169] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.,* p. 37.
[170] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La prisión…", *cit.,* p. 1059.

un fin constitucionalmente legítimo en el ámbito de las medidas personales, que se sustenta ya sea en su naturaleza preventiva o provisional[171].

2.2.1 Medida de seguridad

Señala un sector de la doctrina que cuando una medida personal persigue esta función, en realidad estamos frente a una medida de seguridad[172], en tanto ya no se fundamenta en que el imputado se sustraiga a la acción de la Justicia, ni en que haya aparentemente delinquido, sino en la evitación de *futuros* delitos en una fase previa al juicio y a la imposición de la (posible) pena correspondiente. En el caso de la prisión preventiva, en realidad *"se busca la implantación de una prisión preventiva con naturaleza real de medida de seguridad, pero oculta en una naturaleza aparente de medida cautelar"*[173].

La relación medida de seguridad - prevención especial, es algo que se establece claramente, desde que las primeras son la respuesta a la peligrosidad, en contraposición con la pena que responde al ideal de la culpabilidad, y tiene antes, una función retributiva y de prevención general. Es de resaltar que ambas finalidades se distinguen de las medidas cautelares, destinadas en realidad, a preservar las necesidades del proceso y la tutela que dispensa (conjurar los riesgos de inefectividad del proceso y de la sentencia con la cual aquél finaliza)[174].

Sin embargo, es evidente que no es posible calificar la aplicación de una medida personal con el propósito de evitar la reiteración delictiva

[171] Málaga Diéguez, F., "El fundamento…", *cit.,* p. 137; GUTIÉRREZ DE CABIEDES. P., *La prisión…, cit.,* p. 114

[172] De hecho, en el análisis del proceso penal francés (Controle judiciaire y détention provisoire), sostiene este autor que en realidad estamos ante una categoría inmediata entre las medidas predelictuales y las posdelictuales, en cuanto a que se dictan tras una al menos apariencia de delito y no ante una probabilidad y juicio de pronóstico.

[173] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La prisión…", *cit.,* p. 1059.

[174] Gutiérrez de Cabiedes, P., *La prisión…, cit.,* p. 56.

(durante el transcurso del proceso penal), como una medida de seguridad. En el caso concreto del ordenamiento jurídico español, porque las medidas de seguridad predelictuales fueron expulsadas en un primer momento por la jurisprudencia constitucional, y luego, por la propia redacción del CP (arts. 3 y 95). En el mismo sentido, el art. 71 CP[175] que regula taxativamente las medidas de seguridad, no contiene la medida de prisión preventiva, lo que descarta la utilización de tal limitación de un derecho fundamental, por imperio del principio de legalidad exigible en cualquiera de sus manifestaciones.

Asimismo, porque en estos casos es imprescindible para que opere una medida de seguridad, la inimputabilidad o semimputabilidad configuradora del estado peligroso[176]; supuesto este último que no constituye una condición de la aplicación de la prisión preventiva con motivaciones de prevención especial, en los ordenamientos que la incluyen.

2.2.2 Medida *preventiva*

Una vez descartada la posibilidad de calificar a la prisión preventiva (o cualquier medida alternativa) como medida de seguridad, en los supuestos que ésta se aplique con la motivación de evitar la comisión de futuros delitos, interesa analizar si, una medida cautelar aplicable en un ordenamiento procesal con el objeto de impedir la comisión de nuevos delitos, cumple con las características inherentes a cualquier medida de naturaleza personal, y en su caso, si estamos frente a una función o finalidad constitucionalmente legítima.

Quienes defienden la inclusión del peligro de reiteración delictiva, lo hacen sobre la base de considerar que en un proceso penal democrático, jueces y fiscales han de procurar la protección de la víctima y la obtención

[175] Lo mismo sucede con el Código penal español, en su Art. 96.
[176] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 59.

de la reinserción del imputado, contribuyendo a solucionar, mediante la aplicación del Derecho penal y civil de daños, los dos conflictos que encierra el proceso penal: el conflicto social generado entre el delincuente y el Estado, y el intersubjetivo existente entre el agredido y su agresor[177]. Sostienen también que dicha función no está desvinculada totalmente de la efectividad de la actuación jurisdiccional penal, y como consecuencia de ello, del descrédito de la justicia que esa inefectividad comporta[178].

El caso de MÁLAGA DIÉGUEZ constituye una defensa que va un poco más allá. Para este autor evitar la reiteración delictiva no tiene naturaleza cautelar sino tuitiva, y si bien constituye un juicio previo o intermedio de culpabilidad que colisiona con la presunción de inocencia, en todo caso es un prejuzgamiento consustancial a la imputación y concurre por igual en todas las medidas provisionales. Afirma que no se aprecia diferencia alguna entre acordar una medida para evitar la reiteración delictiva y hacerlo para impedir la fuga del imputado. Ambos casos parten de la presunción de que éste ha delinquido, en el primero se teme que reincida durante el proceso, y en el segundo que pueda intentar eludir el cumplimiento de la condena[179].

Este es el razonamiento que lleva a considerar que cuando la prisión preventiva es utilizada para evitar futuros delitos durante el desarrollo del proceso, constituye una *medida preventiva* de significado y finalidad más amplios que una medida cautelar. No responde a necesidades del proceso, sino a necesidades sociales y desarrolla una función sustantiva, material, no ceñida al proceso en curso. La prisión preventiva pasa a ser una medida de policía al servicio de otros fines de política criminal y seguridad ciudadana.

---

[177] Sin duda la prevención especial no sólo se predica respecto de la prisión preventiva. En diversos ordenamientos procesales existen medidas alternativas a la prisión preventiva, a las cuáles se les puede asignar entre otras, la función de impedir la reiteración delictiva. En determinadas circunstancias idéntica función puede cumplir la prohibición de acudir a determinados lugares, la detención domiciliaria, la libertad provisional, entre otras.

[178] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 112.

[179] Málaga Diéguez, F., "El fundamento…", *cit.,* p. 137.

Pero es evidente que éste análisis no advierte la naturaleza instrumental inherente a cualquier medida cautelar de naturaleza personal, la *presunción* que se establece en función de indicios de criminalidad que develen la *necesidad* de preservar el proceso de posibles conductas dañosas para su desarrollo y fin, es diametralmente distinta a la presunción que recae sobre la *peligrosidad* de un individuo entendida como la posibilidad de que éste cometa un acción delictiva en el futuro (la primera es una *preocupación* de orden procesal, la segunda, un criterio esencialmente sustantivo: pretende la *modificación* de conductas de los individuos y regula la convivencia social).

Como se ha sostenido anteriormente, la proporcionalidad de una medida cautelar personal, debe estar estrechamente relacionada, a la característica instrumental que la complementa.

Cuando se sostiene que la presunción en la que se sustenta la prevención especial (peligro de comisión de futuros delitos) y la presunción en la que se sustenta el peligro procesal (peligro de fuga y de entorpecimiento probatorio), afectan *por igual* a la presunción de inocencia del imputado, es evidente que se realiza un análisis que no incorpora al análisis un presupuesto fundamental: el momento y contexto en que se utiliza ésta limitación de derechos fundamentales, también condiciona su legitimidad, fundamentalmente, el principio de proporcionalidad.

Porque por loables y necesarios que sean los motivos con los que se pretende limitar determinado derecho fundamental, para prevenir la afectación de otros igualmente legítimos, ello no se justifica en la utilización de instrumentos en sede preliminar cautelar, so pretexto de la imposibilidad de una administración de justicia rápida y eficiente. Al no evaluarse la noción instrumental de la utilización de esta medida (necesaria desde que estamos en una fase previa a la decisión jurisdiccional), ello comporta una equiparación entre el imputado en un proceso penal y la persona cuya

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

peligrosidad social hubiera sido declarada[180], situación que no es admisible si se tiene en cuenta que la prisión preventiva (y cualquier medida cautelar personal) no se adopta tras un procedimiento con todas las garantías (especialmente la contradicción), más si tal enjuiciamiento de peligrosidad lo realiza un órgano no especializado[181].

Nadie discute la *obligación* de que jueces y fiscales deban necesariamente, en un proceso penal democrático, procurar ciertos objetivos sobre la base de la solución de un conflicto previo, un hecho antijurídico que debe ser llevado a proceso en aras de determinar responsabilidades penales y civiles. Tampoco se discute que el resultado de un proceso penal, deba procurar la resocialización del individuo y proteger a la víctima de aquél hecho histórico. La incógnita radica en la existencia de ese hecho previo que es objeto del proceso, el límite a la *presunción de culpabilidad* que necesariamente acarrea el inicio de un proceso penal, y, fundamentalmente, la posibilidad de realizar una prognosis sobre *hechos futuros* ajenos al hecho que constituye el objeto del proceso.

Sobre todo si se toma en cuenta que el uso de los conceptos de *víctima* y *resocialización,* para justificar la utilización de una medida personal, constituyen un serio inconveniente para establecer reglas que sean admisibles en la teoría cautelar, toda vez que, sólo existe el deber de resocializar a aquél cuya responsabilidad penal o peligrosidad ha sido previamente declarada en un proceso penal. Lo mismo ocurre con el concepto de reiteración delictiva, sólo se puede hablar de reiteración en los casos en los que el hecho antijurídico previo (*conditio sine qua non* de la *reiteración)* ha sido cabalmente demostrado, y su certeza declarada en un proceso penal.

[180] DE LUCA, G., "Custodia preventiva", *Enciclopedia del Diritto XI*, Varese, 1962, p. 588.
[181] ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización…", *cit.,* p. 456.

Las reglas de aplicación del derecho sustantivo exigen entre otros, garantizar el resultado y eficacia que se pretende con la finalización del proceso. Pero es sólo el derecho sustantivo, el encargado de regular en su cuerpo normativo las consecuencias jurídicas que permitan la "solución de los conflictos" intersubjetivos de orden social. El Derecho procesal no puede arrogarse funciones propias del derecho sustantivo, puede sólo regular medidas para garantizar la función de éste, pero esa garantía responde respecto de las consecuencias jurídicas aplicables al hecho histórico y no respecto de un hecho futuro.

La crítica que se realiza a la prevención general como función constitucionalmente legítima de la prisión preventiva, es exactamente la misma que cabe realizar a la prevención especial. Primero, en la medida que ésta también es una finalidad de las medidas penales (ya sea de la pena privativa de libertad o de las medidas de seguridad), y constituye también un concepto de anticipación de pena. Pero sobre todo, porque no sólo estamos frente a un fin privativo de la pena, sino, de las consecuencias jurídicas que regula el derecho sustantivo. Tanto la prevención general como la prevención especial, no son fines asignables a las medidas procesales que regulan sólo el ámbito de aplicación del derecho sustantivo, y es por tanto, esencialmente instrumental. Por ello no se explica porque los autores que rechazan la prisión preventiva que cumple funciones de prevención general, sobre la base de este mismo razonamiento, sin embargo, acogen la prevención especial como un fin constitucionalmente legítimo[182].

La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto del derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de un peligro de reiteración, la integración normativa o los fines resocializadores, solo pueden ser ejecutados contra persona declarada judicialmente culpable. Quien lucha contra la

[182] Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 114; MÁLAGA DIÉGUEZ. F, "El fundamento…", *cit.,* p. 137; GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal…, cit.,* p. 543.

criminalidad prematuramente, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de presunción de inocencia, le quita el valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico[183].

En consecuencia, debe quedar claro que aquí no se discute el hecho que un ordenamiento jurídico determinado pueda aplicar medidas de prevención respecto de sus ciudadanos, sino, que tales medidas puedan integrar la tutela cautelar, o incluso, que operen en cualquier diseño que las materialice como medidas procesales.

Quienes son de la opinión que un Derecho procesal penal moderno, debe incluir la tendencia a la tutela de los derechos fundamentales de la persona en sede penal, realizan un paso en falso cuando consideran que dicha tutela (concretamente: suprimir la reiteración delictiva y proteger a la víctima) se justifica aplicando medidas procesales que no aseguran la aplicación de Derecho sustantivo alguno, cuando se aplican en sede cautelar (con una mínima actividad probatoria, si es que puede calificársele de probatoria); y lo que es más grave, utilizando una expresión tan etérea, confusa y antitécnica, como la de *medidas provisionales.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una medida de prevención de hechos que no influyen necesariamente en la eficacia de la aplicación del *ius puniendi,* es una que en definitiva, no cautela el resultado del proceso. Cautela a la víctima, la convivencia social, a la sociedad. Es por tanto, una medida de derecho sustantivo, o en todo caso ingresa en el ámbito de la jurisdicción constitucional de *tutela de derechos fundamentales.* En el ámbito criminal solo puede inscribirse en la regulación de la seguridad ciudadana y de las funciones estrictamente policiales[184]. Puede ser una medida legítima, cuyo análisis en ningún caso constituye una medida procesal.

---

[183] HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal de hoy*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 118 – 119.
[184] Resulta interesante la postura de MORENO CATENA, para quien el art. 5.1 c) del CEDH, si bien

En todo caso, una solución posible es asignar al proceso penal en vía de acumulación de pretensiones, la de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando el conocimiento de determinados hechos relevantes del proceso penal explica la necesidad de disponer una medida tuitiva, que proteja derechos de la víctima como la vida, salud, integridad corporal y psíquica, etc. Pero debe quedar claro que ese camino, si acaso requerirá de instrumentos procesales, lo será en virtud de la necesidad de tutelar determinado derecho fundamental de la víctima, cuya cautela no guarda ninguna relación con la acción penal del proceso[185]; en tanto no existe una cautela del desarrollo del proceso ni de la ejecución de la pena.

2.2.3 *Medida cautelar*

Un sector de la doctrina alemana ha pretendido darle un fundamento procesal – cautelar a la causa de peligro de reiteración

---

al parecer permite la privación de libertad de una persona cuando se considera necesario para impedirle que comenta una infracción o por haber huido tras cometerla, en realidad la norma hace referencia, en forma exclusiva, a la figura de detención, en la medida que el CEDH no se está refiriendo a la prisión preventiva sino a las medidas de seguridad predelictuales, y respecto de las medidas cautelares como mucho a la detención, más no a la prisión preventiva. Concluye el autor que las acciones encaminadas a la prevención criminal corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y no a los órganos jurisdiccionales, son actos de policía (art. 104 CE) y no actos encomendados constitucionalmente a los órganos del Poder Judicial. MORENO CATENA, V., *El Proceso Penal…, cit.,* pp. 1661-1665.

[185] O en todo caso es una vinculación indirecta. En los procesos penales en los que se acumula la acción civil derivada del hecho punible, existe cierta vinculación, pero las medidas procesales –entre ellas las cautelares patrimoniales destinadas al aseguramiento de la ejecución de la reparación civil-, sólo existen en el proceso penal en función de una acumulación de pretensiones. En los ordenamientos jurídicos que no acumulan ambas pretensiones en el proceso penal, las medidas cautelares de carácter patrimonial no tienen ningún sentido en el proceso penal, independientemente de la aparente vinculación (que la indemnización es consecuencia de un posible hecho delictivo). Lo mismo ocurriría si la acción tutelar –habeas corpus o amparo- se acumula al proceso penal. Puede suceder que en un proceso penal, determinado material probatorio, permita demostrar que existe el peligro de lesionar un derecho fundamental de la víctima o sus allegados y por lo tanto hay un cierto grado de vinculación. Pero lo lógico es que esa tutela pueda dispensarse, solo, si el ordenamiento prevé al juez penal la competencia para pronunciarse sobre hechos futuros o peligros potenciales (jurisdicción constitucional). De lo contrario, a pesar de la vinculación –en realidad, aparente- la tutela de derechos fundamentales se tendrá que solicitar en sede constitucional, independientemente de que en la misma además, puedan aplicarse medidas cautelares (de la prevención del aseguramiento del desarrollo y ejecución de un proceso donde el objeto lo constituye la existencia un peligro para un derecho fundamental, no la existencia de un delito).

delictiva, al sostener que la misma persigue una función de aseguramiento procesal, en la medida que la comisión de nuevos delitos por el imputado produce un retardo en el proceso, porque la investigación tiene que abarcar los nuevos hechos[186].

Sin embargo, la regulación de una causal que propugne el "aceleramiento procesal" constituiría una medida desproporcionada. Si lo que está en juego es el retardo en la tramitación del proceso, todo indica que en realidad –en aplicación del principio de necesidad- esta es una situación que puede evitarse por otras vías que no constituyen una privación de la libertad del imputado antes de la condena, o lo que es peor, antes de la propia comisión del [nuevo] delito.

Es difícil pensar que esta "reformulación" del peligro procesal evite la consideración de esta causal como una medida que en realidad apunta a una función preventiva especial que se asigna de forma excluyente a las penas. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La prisión preventiva solo puede perseguir funciones de aseguramiento del procedimiento y la ejecución, esto es, solo puede intentar evitar la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de averiguación de la verdad. Porque quien lucha contra la libertad prematuramente, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de presunción de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona una persona sin fundamento jurídico[187].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[186] SCHMIDT, E., "*Represion und Prävention in Strafprozeßrecht",* en J.R., 1970, p. 207. Citado por LLOBET RODRÍGUEZ J., *La prisión…, cit.,* p. 560. En un sentido similar, BARONA VILAR sostiene que la única opción que puede considerarse acertada es la de que no se trate de un fin en sí mismo sino que sea considerado como un fin derivado de los anteriores, vinculado a la postre, por ejemplo, a un riesgo de fuga. BARONA VILAR, S., "¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?", *Revista del Poder Judicial,* Nº XIX, 2006, p. 249.

[187] HASSEMER, W., *Crítica…, cit.,* pp.118-119.

Además, la introducción de criterios, como éste, que no forman parte de un análisis riguroso del imputado y del peligro que éste constituye para la realización de la justicia, dista mucho de lo que debe entenderse por una medida limitativa de derechos fundamentales en un Estado de Derecho. Limitar la libertad sobre la base de causas ajenas al imputado, o como en este caso, parcialmente imputables al imputado, esto constituye una violación del principio de proporcionalidad, que debe considerar: 1) que el medio empleado no supere –en intensidad- a la consecuencia jurídica que se pretende asegurar; y, 2) que la medida limitativa se justifique por razones que involucran, con carácter exclusivo, al sujeto pasivo de la medida.

Y debe quedar claro que lo que aquí se pretende descartar es la concepción de las medidas preventivas –en tanto evitan la reiteración delictiva en general, o protegen a la víctima de la comisión de "nuevos" delitos-, como medidas cautelares personales del proceso penal. Nótese que las medidas de protección –vgr. la medida de alejamiento- disfrutan de la característica de provisionalidad.

Cuando finaliza el proceso –también- dejan de ser una medida provisional para desaparecer o para convertirse en una sanción penal. Pero es evidente que no son instrumentales al proceso, sino que cumplen sus funciones –preventivas- sirviéndose del proceso que se halla en marcha y en el que el sujeto pasivo está afectado. Por lo tanto, lo importante para esta investigación es que esto, en todo caso, constituye una manera provisional de ejecución de la condena previsible, pero nunca pueden ser consideradas como una medida cautelar[188].

El control de la legitimidad, constitucionalidad, eficiencia y necesidad de medidas de este tipo, requiere necesariamente, un estudio específico, pero además –y esto es lo fundamental- una regulación legal y un tratamiento específico. Lo peligroso, más allá de su legitimidad, es cubrir bajo

[188] BARONA VILAR, S., ¿Una nueva…, *cit.,* p. 251.

el manto cautelar medidas que no guardan intrínseca relación con el proceso penal, ni tienen pretensión alguna de garantizar su efectividad[189].

V. Presupuestos

Hasta aquí hemos podido demostrar que las medidas cautelares personales del proceso penal constituyen por un lado, una limitación del derecho fundamental a la libertad, que como tal, debe respetar ciertas reglas vinculadas a la limitación de derechos fundamentales. Por otro, que una medida cautelar debe contener ciertas cualidades que demuestran su auténtica naturaleza procesal. La definición de esos instrumentos como *limitación de un derecho fundamental con fines cautelares*, no puede apuntar a otro fin que no sea el aseguramiento del proceso y su ejecución.

Pero tales características sólo pueden llegar a comprenderse cabalmente, en el análisis de sus presupuestos. Por éstos deben entenderse las condiciones, reglas o requisitos necesarios para adoptar una medida cautelar personal, de lo que se desprende que es precisamente en su evaluación donde se advierte qué características cautelares respeta dicho sistema, cuáles son las funciones asignadas a las medidas personales, y si éstas respetan los elementos que son imprescindibles para ser concebidas como una limitación legítima de la libertad personal con fines cautelares.

A continuación evaluamos los dos presupuestos generales aplicables a toda medida cautelar de naturaleza personal: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*[190].

---

[189] *Ibídem*, p. 256.

[190] Vid. Cap. III y IV. Toda medida cautelar personal del proceso penal debe partir de la existencia de dos presupuestos básicos, el periculum in mora y el fumus boni iuris. Es esta la razón por la cual analizamos estos en el apartado de medidas cautelares personales. No obstante ello, la manifestación de estos presupuestos, su regulación específica, varía según la medida de que se trate. A aquellos, los denominamos presupuestos generales, a éstos, presupuestos específicos.

V.1 *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho

El *fumus boni iuris*[191] o apariencia de buen derecho es el primer presupuesto material de una medida cautelar personal del proceso penal. Significa que para adoptarla, debe llevarse a cabo un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia definitiva[192]. En el proceso penal, ese derecho es el *ius puniendi* del Estado respecto del imputado, lo que significa que se debe valorar cuál es la *probabilidad*[193] de que el fallo que pone fin al proceso sea uno de carácter condenatorio.

Esta valoración no constituye una referencia a una situación de *certeza* sobre la responsabilidad criminal de una persona, porque a esa situación se llega sólo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio[194]. Por esta razón la característica de instrumentalidad guarda una estrecha relación con el *fumus boni iuris*, una vez dictada, la medida cautelar no adquiere un valor de declaración de certeza, sino de hipótesis: *solamente cuando se dicte la resolución principal* (definitiva) *se podrá observar si la hipótesis corresponde a la realidad*[195].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[191] GUARRINIELLO propone denominar a este presupuesto fumus comissi delicti. Vid. "La discrecionalità del giudice in tema di mandato de cattura e di libertà provvisoria", *Riv. Dir. Proc.,* 1966, p. 523. Término que en el Perú también es asumido por SAN MARTÍN CASTRO. Vid. *Derecho..., cit.,* p. 1130. Sin embargo, coincidimos con la postura de ORTELLS RAMOS, quien sostiene que esta terminología no es adecuada si se tiene en cuenta que "sólo denota la idea de probabilidad de comisión de un delito y no la de que ese delito ha sido probablemente cometido por una determinada persona". ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización…", *cit.,* pp. 472 – 473 y nota 109.

[192] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 125.

[193] Para CARNELUTTI, la diferencia entre probabilidad y posibilidad es puramente estadística. Existe posibilidad cuando las razones favorables o contrarias a la hipótesis son equivalentes. CARNELUTTI, F., *Lecciones sobre el proceso penal* (trad. SENTÍS MELENDO), Ediciones jurídicas Europa – América, Buenos aires, 1950, Vol. I y II, p. 181. Por probabilidad debe entenderse el predominio de unas razones sobre las otras, y la certeza sólo se alcanza una vez que es posible rechazar racional y fundadamente, los motivos divergentes, contrarios a la hipótesis en cuestión. BONET NAVARRO, A., "Posibilidad, probabilidad y certeza en el proceso penal", *Estudios sobre la jurisdicción y su actividad*, Fernando el católico, Zaragoza, 1981, pp. 385 y ss. Vid por todos: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La prisión…, cit.,* p. 126. Nota 264.

[194] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.,* pp. 108-109.

[195] CALAMANDREI, *Introducción…, cit.,* p. 78.

Cuando la apariencia del derecho se transforma en certeza jurídica, la medida cautelar ha agotado definitivamente su función, pero ello en ningún caso quiere decir que la resolución principal "convalida" la medida cautelar. Si aquella declara la existencia del derecho (sentencia condenatoria definitiva), la medida cautelar debe dar paso a los efectos definitivos de la resolución, si por el contrario se descarta la hipótesis inicial (sobreseimiento o sentencia absolutoria definitiva), la medida cautelar deja de ser útil al proceso y deben cesar sus efectos[196].

La propia hipótesis en la que se sustenta la medida cautelar puede variar durante el transcurso del procedimiento sin necesidad de que ello implique una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal de una persona. Es el caso de la sentencia de primera instancia, la misma que si bien no constituye una resolución con efectos definitivos sobre la imputación (en los casos en que exista un recurso impugnatorio) influye decididamente en su concepción. Una sentencia condenatoria refuerza la apariencia del *ius puniendi,* lo que puede originar el mantenimiento de la medida adoptada, o incluso, su agravación cuando fuere necesario y cuando además exista un peligro en la demora, cuya base fáctica también puede verse modificada por dicho acto procesal. Una sentencia de instancia absolutoria en cambio, es un importante indicio favorable a la inocencia del imputado y, constituye una referencia clave para la evaluación de la hipótesis en la que se sostiene la imposición de la medida cautelar[197].

Finalmente, un dato estrechamente vinculado a la necesidad de una imputación delictiva, lo constituyen los casos en los que existe la posibilidad de que el objeto del proceso penal lo constituya una acción (u omisión) sobre la que recae una causa de justificación, exención o extinción de

[196] *Ibídem. cit.,* p. 78.
[197] MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.,* p. 169. Además menciona que el *fumus boni iuris*, al estar estrechamente ligado a la imputación judicial, está dotado de una estabilidad mayor que el *periculum in mora.*

responsabilidad penal (art. 20 del CP peruano). La probabilidad de condena queda descartada en los casos que se acredite la concurrencia de un elemento que impida sancionar penalmente al imputado[198], y es evidente que en estos casos tampoco procede la prisión preventiva, en tanto no sólo se requiere una imputación judicial, sino una que se sustente en suficientes elementos para calificar de *probable* la responsabilidad penal del imputado[199]. Pero si en sede preliminar se *acredita* uno de estos elementos, ello no sólo descarta la medida limitativa, sino la propia existencia de un proceso que no puede cumplir con su objetivo. Lo que en realidad debe valorarse en estos casos son los indicios y elementos reveladores de la existencia de una de las causas reguladas por el art. 20, donde si bien no se acredita con absoluta *certeza* la ausencia de responsabilidad penal del individuo, sí existe una *probabilidad* de que ello pueda ser demostrado en el proceso. Deben valorarse como *contraindicios* o *razones divergentes* que influyen en la verificación del fumus boni iuris.

V.2 Existencia de *periculum in mora*

Si existiese un ordenamiento procesal donde la resolución definitiva pudiese ser siempre instantánea[200], donde el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del proceso, no sería necesario disponer durante su desarrollo de ninguna medida limitativa de derechos con motivación cautelar[201]. Pero el proceso no es un instrumento perfecto, su principal imperfección es una que está en su esencia y de la cual el proceso jamás se podrá librar: el tiempo[202].

198 GIMENO SENDRA, V., "La prisión... ", *cit.,* p. 439.
199 La LECr española lo menciona expresamente: art. 502.4.- "no se adoptará en ningún caso la prisión preventiva cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación".
200 CALAMANDREI, *Introducción…, cit.,* p. 44.
201 GIMENO SENDRA, V., *Derecho…, cit.,* 481.
202 PRIORI POSADA, G., "La tutela cautelar…", *cit.,* p. 238.

En el caso de la jurisdicción penal el ordenamiento procesal impone que precedan una serie de actos, a través de los cuáles y en contradicción de las partes, se proporciona al órgano jurisdiccional el material necesario para dictar una sentencia acertada y justa[203], acelerar el proceso o perseguir su inmediatez a los meros efectos de evitar la pendencia del mismo y la aplicación de medidas limitativas, constituye una "solución" que coloca al imputado en una circunstancia más desventajosa que la que habría de tener en circunstancias normales.

Ni la ausencia de celeridad procesal debe justificar la limitación indiscriminada de derechos fundamentales, ni la necesidad de "resolver" la lentitud de la solución de causas penales debe privar al imputado de un proceso rodeado de unas garantías que requieren un espacio temporal (inevitable) para su correcto y eficaz ejercicio. En este orden de ideas, el proceso penal es también un escenario donde debe primar la máxima, de que *"la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien"*[204].

Por esta razón en el presupuesto de *periculum in mora* se advierte mejor que en ningún otro elemento de las medidas cautelares de naturaleza personal, las funciones que están llamadas a cumplir[205]. No en vano se califica el peligro procesal (*periculum in mora)* como el elemento más importante para evaluar la validez de una medida cautelar[206].

El peligro en la demora constituye entonces el núcleo esencial de cualquier medida cautelar. La sola presencia del *fumus boni iuris* no justifica

[203] ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, Ed. La Ley, Madrid, 2000, p. 35.
[204] CALAMANDREI, P. *Introducción…, cit.,* p. 43.
[205] (...) "El peligro en la demora nos remite a los riesgos relevantes [para el desarrollo y eficacia del proceso], y éstos, a las finalidades constitucionalmente legítimas de estas medidas". GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión..., cit.,* p. 131. Cabría añadir a su vez, que las finalidades constitucionalmente legítimas que persigue conducen a su valoración como una medida procesal esencialmente instrumental (o cautelar).
[206] SSTC peruano 1091-2002-HC, 1565-2002, 2268-2002-HC y 376-2003-HC. En el mismo sentido, ORÉ GUARDIA, A., "Las medidas…", *cit.,* p. 163.

la aplicación de una medida cautelar en la sustanciación de un proceso. Sobre todo en el proceso penal, en la medida que si una medida cautelar personal se sustenta sólo en la presencia del *fumus boni iuris,* en la alta probabilidad de condenar al imputado a una medida privativa de libertad, ello acarrearía una definición de la medida cautelar del proceso penal –sobre todo de la prisión preventiva- como un auténtico anticipo de la pena.

Ahora bien, si nos situamos en el escenario de un proceso penal que pretende ser eficaz, bien es cierto que el peligro en la demora procesal si podría constituir desde un plano estrictamente utilitarista, una justificación suficiente para aplicar una medida limitativa de la libertad personal. Lo que sucede es que en realidad, es posible sostener que el *fumus boni iuris,* a su vez, constituye un requisito del *periculum in mora.* El principio de proporcionalidad obliga a evitar solo aquél peligro procesal que involucra un hecho respecto del cual: 1) existen altas probabilidades de condena; y 2) existen serios indicios para entender que esa condena, implicará una pena privativa de libertad (grave) de carácter efectivo. La búsqueda de la eficacia sólo se justifica en los casos en los que existe un alta probabilidad de condena; y siempre que la medida cautelar no se convierta en un "mal superior" a la propia pena que se pretende con la condena.

Además, no cualquier demora constituye un presupuesto de las medidas cautelares personales del proceso penal, sino, sólo aquella que constituye un peligro para el proceso. El presupuesto no se limita a la verificación del transcurso de un determinado lapso de tiempo entre el inicio del proceso y su conclusión, sino a la existencia de un *peligro* que se materializa en ese transcurso de tiempo, a la probabilidad de que sobrevenga un daño jurídico, derivado del retardo de una resolución jurisdiccional definitiva[207].

[207] CALAMANDREI, P., *Introducción…, cit.,* pp. 145-146.

Quiere decir que podrá verificarse el peligro en la demora respecto de un imputado, cuando del sumario pueda apreciarse la existencia de dos peligros concretos: el peligro de fuga y/o de entorpecimiento de la actividad probatoria. Los mismos que cómo ya pudo verse, dotan cuando son evitados, de contenido a las funciones que pueden ser perseguidas en forma legítima por las medidas cautelares personales del proceso penal. Pero siendo este un análisis de los presupuestos generales aplicables a cualquier medida cautelar personal del proceso penal, conviene determinar a modo de análisis preliminar, como es que la existencia del peligro en la demora puede condicionar la utilización de una u otra medida en el ámbito concreto de un ordenamiento jurídico que prevé diversas alternativas para el aseguramiento del desarrollo del proceso penal.

La existencia del *periculum in mora*, presupuesto elemental de cualquier medida personal, podría justificar la aplicación de cualquiera de ellas si no se realiza un análisis crítico que permita elegir aquella que sea idónea, necesaria y proporcional al caso concreto.

Si bien es cierto que todas las medidas personales tienen como presupuesto un genérico *periculum in mora,* también es cierto que éste viene integrado, en el caso concreto, por una determinada finalidad.

Como ya se advirtió, una característica esencial de las medidas cautelares es su instrumentalidad, en ella se manifiesta la subordinación de estos actos jurisdiccionales a la resolución principal, porque no persiguen como finalidad actuar el derecho, sino que procuran una *finalidad accesoria*: asegurar la eficacia de la resolución definitiva que actúa el derecho.

Por ésta razón, el *periculum in mora* guarda una estrecha relación con aquella. Cualquier resolución que motive las razones que llevan a aplicar una medida cautelar personal del proceso penal, ubicará la finalidad

(instrumental) que persigue, en la fundamentación del peligro en la demora que se aprecia en el caso concreto. *Periculum in mora* y finalidad se funden en un mismo presupuesto, en tanto la primera concurre exclusivamente cuando lo hace la segunda[208].

Esto quiere decir que si la función instrumental de las medidas personales es asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva o principal, entonces lo que debe evitarse mediante su imposición son los factores que imposibiliten su ejecución. Ya hemos dicho que esos factores se traducen, en el proceso penal, en evitar la fuga del reo, y/o aquellas conductas del imputado que puedan entorpecer las fuentes de prueba.

VI. Medidas cautelares personales, presunción de inocencia y proporcionalidad

Proporcionalidad y presunción de inocencia son criterios indispensables en la aplicación de las medidas cautelares personales, y también lo es, su necesaria individualización, en la medida que ello permite que una resolución cautelar establezca –con claridad- cuáles son las razones que motivan la medida y por qué esta es legítima en el caso concreto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Gran parte del problema en la aplicación de las medidas cautelares personales reside en que no existe una clara definición en relación con estos conceptos. Ello muchas veces resta rigor a la regla de aplicación creada por el juez, en el caso concreto, para justificar: ¿Por qué la medida cautelar personal resulta necesaria?; ¿Cuál es la razón por la cual se entiende que no afecta a la presunción de inocencia?; ¿Por qué es constitucionalmente legítima?; y, ¿Cuándo es proporcional en sentido estricto?

La ausencia de una clara diferenciación entre la aplicación del principio de proporcionalidad –así como la diferenciación de sus tres

[208] MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.,* pp. 171-172.

manifestaciones-; y, el respeto al derecho a la presunción de inocencia, conduce muchas veces, a una falsa concepción de las medidas cautelares.

Muchas veces la medida cautelar se considera legítima por tratarse de una "mínima intervención" en el derecho fundamental, y sin embargo, no se advierte que esa medida –en su concepción- es una que afecta la presunción de inocencia. En otras ocasiones se reputa la medida como procesal, cautelar, constitucionalmente legítima, y sin embargo, no se advierte que su utilización es desproporcionada en el caso concreto[209].

Tal confusión comporta importantes consecuencias prácticas, tanto desde la postura de la formulación legal de la medida por el legislador,

[209] Los ejemplos podrían ser abarcados en un estudio específico. La discusión acerca de la inclusión de la reiteración delictiva en la LECr española es una muestra clara: ¿es una medida procesal, preventiva, final, temporal, provisional? Es difícil comprender que la utilización de la prisión provisional para evitar la reiteración delictiva durante la sustanciación del proceso penal, sea una medida constitucional, respetuosa del derecho a la presunción de inocencia. Básicamente es esta la crítica de la doctrina, pero quienes la admiten tímidamente, la admiten por constituir un "instrumento excepcional". Pero eso puede justificar su carácter proporcional (en sentido estricto), no su constitucionalidad. La presunción de inocencia siempre se ha visto afectada. Pero un caso mucho mas claro es el caso latinoamericano, donde un "lamentable" principal exponente es el Poder Judicial peruano. El CPP de 1991, entre las pocas reglas que entraron en vigencia, una de ellas fue la regulación de la prisión preventiva. EL NCPP regula las mismas funciones que aquél. El CPP de 1991 no era un código desfasado en ese sentido, no regulaba una medida que importe una "naturaleza de pena anticipada", sino solo objetivos estrictamente cautelares. Lo mismo ocurre con casi todas las medidas cautelares personales de los procesos latinoamericanos. Sin embargo, la situación real, en la práctica, el resultado es desolador. El limite penológico, que como veremos, constituye un requisito indispensable de la prisión preventiva, ha sido utilizado como "único justificante" de la prisión preventiva en la mayoría de países, en un atroz razonamiento que analiza en una línea continua el límite penológico y el abono de condena. Los medios de comunicación han favorecido una postura, también lamentable, donde siempre se ha considerado que la puesta en libertad de un "preso preventivo" significa la puesta en libertad de un delincuente (una "injusticia"). En estos casos no existe, no necesariamente, una legislación defectuosa, sino, un pésimo entendimiento de la misma. La presunción de inocencia solo se entiende afectada cuando "no existen pruebas del delito", o, cuando no existen probabilidades de aplicar [en el futuro] una pena efectiva, cuando en realidad ello es consecuencia del principio de proporcionalidad. Que sólo opera, si antes se ha analizado, cabalmente, el absoluto respeto de una presunción de inocencia que debe ser incluida tanto en la formulación de la ley como en el razonamiento judicial al momento de su aplicación. La ausencia de un discurso jurídico que permitiera establecer que las pautas de proporcionalidad y las pautas del necesario respeto al derecho a la presunción de inocencia son necesarias y distintas. Concebir ambos como límites diferenciados indispensables y dotarlos de contenido, ha sido quizá, la gran "culpable" de una práctica judicial que convierte a América Latina en un escenario en el que en décadas recientes la prisión preventiva ha sido la "reina" del proceso penal.

como desde la perspectiva de la crítica al razonamiento judicial utilizado para ser aplicada.

Aquí se intenta un pequeño ejercicio de diferenciación. Se entiende, que pese al desarrollo anterior, es indispensable entender y plasmar en este trabajo, la evidente interrelación que existe entre los tres conceptos: medidas cautelares, presunción de inocencia y proporcionalidad. Del significado, de su puesta en práctica, de su diferenciación, depende en gran parte el éxito de un sistema cautelar coherente, justo y eficiente.

El proceso penal involucra o necesita de medidas limitativas de derechos fundamentales para un funcionamiento eficaz. Las medidas cautelares personales del proceso penal no son las únicas, también acude a la restricción de derechos fundamentales para adquirir medios de prueba, asegurar la pretensión resarcitoria (medidas cautelares patrimoniales) y algunos ordenamientos establecen medidas de carácter preventivo o anticipatorias.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Todas ellas son limitaciones de algún derecho fundamental que ocurren en el desarrollo de un proceso penal, pero no todas son medidas cautelares personales, no aseguran el desarrollo y resultado del proceso a través de la limitación de la libertad del imputado.

Es por eso que para calificar todas ellas, la doctrina muchas veces utiliza el concepto de medidas de coerción personal[210] -o el de medidas provisionales- que es uno más amplio que el de medidas cautelares personales. Todas estas medidas tienen dos características comunes: son medidas limitativas de derechos fundamentales; y, ocurren en un proceso

[210] Para ARAGONESES, los actos de coerción personal incluyen, por un lado, las medidas encaminadas a asegurar la presencia de las partes, principalmente del acusado, y por otra parte, las medidas encaminadas a recoger la prueba del delito, con el fin de asegurar el desarrollo del proceso. ARAGONESES ALONSO, P., *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p. 259.

penal. Por lo tanto, deben respetar las características aplicables a las medidas limitativas de derechos fundamentales en general, un Estado de Derecho no concibe una limitación de un derecho fundamental si ésta no esta previamente determinada en una ley, no existe motivación suficiente, si la medida no es proporcional, etc.

Por otro lado, la limitación de derechos fundamentales constituye siempre, en un Estado de derecho, la expresión de un conflicto. Si se limita un derecho fundamental sin motivo, sin una función específica, o en su caso, si la limitación responde a un fin que no es constitucionalmente legítimo, es éste un Estado autoritario, o por lo menos la medida es una expresión autoritaria. Para limitar derechos fundamentales es necesario se respete el contenido esencial, la proporcionalidad es una regla de aplicación necesaria, que regula el control de la legitimidad de la medida.

Una medida inconstitucional, innecesaria o excesiva, es una que viola el principio de proporcionalidad. Afecta el contenido esencial del derecho limitado, y por lo tanto, es una limitación injustificada. Pero en el caso de las medidas cautelares personales del proceso penal, existe una característica que a mi juicio, no es predicable de las demás medidas limitativas de derechos fundamentales. Las medidas cautelares personales constituyen una limitación de derechos fundamentales que opera en un escenario específico que responde a la siguiente fórmula: presencia de un proceso penal, inexistencia de una sentencia firme de condena y necesidad de asegurar el desarrollo y resultado del proceso.

Pero además, existe un dato adicional, todas las medidas cautelares del proceso penal son limitaciones de un derecho fundamental cuyos efectos se identifican –de una u otra forma- con las medidas penales que constituyen su objeto de aseguramiento, es por esa razón que algunos autores atribuyen a las medidas cautelares personales la característica de homogeneidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Si el principio de proporcionalidad constituye la regla que opera para entender que una medida limitativa de un derecho fundamental, es propia de un Estado de derecho. La presunción de inocencia constituye un límite adicional configurado por la existencia de un proceso, la inexistencia de una condena y la presencia de efectos (casi) idénticos al de aquellas medidas penales que sólo se justifican –o sólo deberían justificarse- luego de una condena firme.

El legislador entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva, la realización del *ius puniendi* del Estado, requiere limitar derechos antes de la condena. De ahí que todas las medidas cautelares personales del proceso penal deben respetar la presunción de inocencia y ésta solo se respeta cuando se limita un derecho fundamental con fines procesales. No se está frente a una ponderación entre la necesidad de afectar un derecho fundamental y el respeto a su contenido esencial; sino, ante la necesidad de afectar un derecho fundamental y el derecho la presunción de inocencia. Y esto se justifica en que el derecho a la presunción de inocencia, es también una garantía.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El título de condena es un requisito inevitable para restringir derechos fundamentales a través de las penas. Si no existe un proceso previo, justo, que verifique y compruebe la existencia de un delito, no puede existir una consecuencia penal. Y en esa misma línea, solo pueden existir medidas limitativas de derechos fundamentales que se *asimilan* a aquéllas, cuando estas se aplican con el único propósito de *proteger* proceso.

Es cierto que la doctrina ha defendido esta postura fundamentalmente, en el marco de la prisión preventiva. Al punto que muchas veces pareciera que la presunción de inocencia es una garantía vinculada a la privación de libertad. Pero ello es así por una lógica que guarda estricta relación con la intensidad de la medida -¡es la más grave que prevé el ordenamiento jurídico: encerrar a alguien que jurídicamente es

inocente! Pero la mayor gravedad o intensidad de la prisión preventiva, no importa que las demás medidas limitativas de derechos fundamentales no encuentren en la presunción de inocencia también un límite necesario para su plasmación legal y su utilización en el proceso penal.

Sin ánimo de adelantar las características esenciales atribuibles a las demás medidas cautelares personales del proceso penal, las medidas alternativas a la prisión preventiva que serán revisadas más adelante, podemos señalar, por la sola verificación de sus efectos, que dichas medidas limitativas constituyen también -¡siempre sólo en sus efectos, nunca deben serlo en su justificación!- un anticipo de lo que se puede esperar de una consecuencia jurídico penal aplicable sólo luego de la sentencia condenatoria.

La comparecencia es una medida restrictiva de libertad que surte los mismos efectos que las reglas de conducta vinculadas a; la reserva del fallo condenatorio (art. 64 CP peruano) y a la suspensión de la ejecución de la pena (art. 58 CP peruano). Recuérdese que ambas instituciones configuran un modelo de ejecución de una consecuencia jurídica –la pena privativa de libertad- que regula el CP y que solo puede ser aplicada luego de una sentencia firme. Lo mismo ocurre con el impedimento de salida regulado por el art. 295 NCPP peruano (arts. 58.2 y 64.2 CP peruano). El internamiento preventivo (art. 293 NCPP peruano) reproduce los efectos de la medida de seguridad de internación regulada por el art. 71 CP peruano. La suspensión preventiva de derechos (art. 297 NCPP), los de la inhabilitación regulada por los arts. 31.3 y 34 del CP peruano. Finalmente, es evidente que la detención domiciliaria, reproduce por un lado, casi idénticos efectos a la pena privativa de libertad. Y por otro efectos muy similares a la limitación de días libres (art. 35 CP peruano)[211].

[211] Aquellas medidas como el embargo, cuyo objeto es el de cautelar el pago de la reparación civil, son medidas cautelares patrimoniales del proceso penal, que no tienen por

Es por esta razón que la presunción de inocencia constituye un límite para todas las medidas cautelares personales del proceso penal. Es un derecho inalienable. Lo que significa que el proceso penal responde a una fórmula principal: la imposición de una pena requiere la realización de un proceso penal (*nulla poena sine iudicio)*. Y esto significa que para la aplicación de una pena es necesario comprobar la culpabilidad del imputado en una sentencia firme de condena. La compatibilidad entre medidas cautelares personales del proceso penal y el derecho a la presunción de inocencia, entonces, limita su utilización al estricto propósito de proteger el proceso; si se pretende que cumplan una función de prevención general o especial, antes de la sentencia firme de condena, entonces se desconoce la presunción de inocencia, y se "trata" al imputado como culpable.

Un tratamiento del imputado en el proceso penal compatible con la presunción de inocencia, involucra analizar cuándo es legítimo aplicar medidas limitativas de derechos fundamentales. Evidentemente la posición de la doctrina se extiende en un abanico de opiniones que incluye desde la propuesta de abolición de la prisión preventiva (lo que justificaría, sobre la base del mismo razonamiento, la abolición de cualquier medida cautelar personal), hasta la justificación de cualquier limitación de derechos fundamentales que persiga evitar cualquier conducta dañosa del imputado que se sustente en una imputación judicial razonable.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

objeto asegurar el resultado de la condena penal, sino, de la condena al pago de una reparación civil que ocurre en una sentencia del proceso penal. Por lo tanto, se rige por la reglas del derecho civil y se asimila a los criterios utilizados en él. La presunción de inocencia en estos casos no constituye una garantía ni límite, porque no existe una identificación de los efectos de la medida limitativa en sede cautelar, con los efectos de alguna de las consecuencias jurídico penales contenidas en el CP. Estas medidas deberán ser proporcionales, como cualquier medida limitativa de derechos (en este caso el patrimonio), pero no ingresan en conflicto con la presunción de inocencia. Sin embargo, es interesante analizar aquellos ordenamientos jurídicos que prevén una medida de contenido patrimonial para asegurar la pena de multa. Al ser, ésta una de las penas reguladas en el CP, y por lo tanto, solo aplicable luego de una sentencia condenatoria, entonces también opera el límite de la presunción de inocencia. Sin embargo, en el ordenamiento procesal peruano no existe una medida cautelar específica para asegurar el resultado del proceso penal cuando este puede ser el pago de una multa.

Sin duda existe una posición intermedia, que es la que defendemos y que establece que es posible aplicar medidas cautelares del proceso penal siempre que éstas no constituyan un anticipo de la pena y por lo tanto, que sólo respondan a una función que como ya se dijo, pretenda el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso. Por la sencilla razón, que si esto no fuera posible, la eficacia del derecho procesal penal sufriría en forma alarmante y el derecho penal sería impracticable.

En dicha línea, el derecho a la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, surten efectos distintos según sea el caso. Si por ejemplo analizamos el presupuesto de *fumus boni iuris,* aplicable a cualquier medida cautelar personal del proceso penal, es evidente que éste constituye una manifestación del principio de proporcionalidad.

La necesaria verificación de una imputación delictiva respecto de la cual, exista un alta probabilidad de condena, involucra que el legislador impone un límite específico a la actuación de las medidas cautelares con el único objetivo de evitar que se limite un derecho fundamental de un imputado mientras sea posible que el proceso concluya con una absolución o sobreseimiento (o con la aplicación de una pena mínima).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Es importante justificar este presupuesto a la luz del principio de proporcionalidad, porque lo contrario, en la práctica, ha arrojado efectos que han constituido un lastre en sistemas jurídicos latinoamericanos. Porque si no se analiza este presupuesto como una "manifestación normativa" de la proporcionalidad en sentido estricto, se incurre en el fatal error de concebir una presunción de inocencia de naturaleza psicológica y no normativa. Se entiende, que la "alta probabilidad de condena" "justifica" la adopción de la prisión preventiva y se acude a una nefasta asunción de una presunción de inocencia que se relativiza en función de los indicios que se van aportando al proceso. Esta es la razón fundamental por la que, como veremos más adelante, en el Perú se ha utilizado el instrumento de la prisión

preventiva sin acudir a una motivación suficiente del riesgo procesal que se pretende evitar.

Ha bastado la sospecha de culpabilidad y una sanción superior a los 4 años de pena privativa de libertad (que evita la suspensión condicional de la pena) para aplicar la prisión preventiva. Una clara manifestación de un derecho anclado en la "seguridad ciudadana" que justifica el encarcelamiento de sujetos potencialmente peligrosos y que legitima la aplicación del abono de la condena, al entender, al menos en forma indirecta, que el imputado cumple una privación cautelar de libertad que se abona a la consecuencia jurídica que, "en cualquier caso", en su caso aplicará la sentencia condenatoria.

Un cabal entendimiento de ambos límites: la presunción de inocencia y la proporcionalidad, involucra un tratamiento mucho más riguroso en la aplicación de la prisión preventiva y cualquier otra medida cautelar. Exige una construcción dogmática que advierta dos condiciones primordiales en la aplicación de una limitación de derechos fundamentales con fines cautelares: 1) que esta nunca puede suplantar una pena, ni constituir un anticipo de la misma, ni en suma, procurar un objetivo distinto al de cautelar el proceso (presunción de inocencia); 2) que además, debe ser proporcional. No basta con respetar el principio de inocencia y perseguir un fin legítimo, además, debe evaluarse que determinada medida es la necesaria, porque constituye el menor acto lesivo capaz de cumplir con su objetivo, y porque la utilización del instrumento no configura un perjuicio más grave que la limitación de derechos fundamentales que prevé la propia consecuencia jurídica que se pretende asegurar (proporcionalidad en sentido estricto).

Por lo tanto, la necesidad de una imputación, es una necesidad proporcional. Es cierto que el principio de proporcionalidad debe aplicarse en cada caso concreto. Que opera en la regla específica que construye el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

juzgador en el proceso para motivar la resolución que aplica determinada medida cautelar. Pero ello no significa que el legislador no puede sustituir, en parte, el razonamiento judicial. Por ejemplo, como se verá en el análisis específico de la prisión preventiva- si no se exigiera la existencia de una imputación delictiva respecto de la cual exista una alta probabilidad de condena cuya pena a imponer (límite penológico) sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad, ello no significa que la autoridad judicial estuviere obligada a aplicar la prisión preventiva en supuestos donde la prognosis es inferior a 4 años.

Es perfectamente posible que el juez realice una ponderación de intereses y concluya que no puede imponer una privación cautelar de libertad a un proceso respecto del cual existen altas probabilidades de sentenciar a una pena suspendida condicionalmente. Es tan sencillo como la obediencia a una lógica de la razón, ¿en qué orden de cosas puede existir un instrumento más lesivo que la consecuencia que con él se pretende asegurar?

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VI.1 El "test" de proporcionalidad y el "test" de presunción de inocencia

Es interesante analizar un ejemplo que constituye materia obligada en los capítulos siguientes, pero que nos puede dotar de una idea inicial en relación al contenido de una regla tan importante como lo es la proporcionalidad.

Analicemos una norma A del país B que dispone lo siguiente: " El Juez podrá dictar mandato de prisión preventiva, cuando sea posible determinar: a) Que existen elementos fundados que permiten estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) Que la sanción a imponer será superior a 4 años de pena privativa de libertad; c) Que las circunstancias del proceso y las personales del

imputado permitan inferir que éste tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad.

Como se verá la doctrina suele interpretar la mayoría de las veces la limitación de un derecho fundamental en un proceso penal sobre la base de la incidencia de la misma en los derechos a la presunción de inocencia y la libertad personal. Esto es correcto, en la medida que es cierto, que estamos frente a una suerte de limitación pluriofensiva.

Sin embargo, muchas veces este razonamiento conduce a la conclusión que determinada medida cautelar "viola" el derecho a la presunción de inocencia porque es "punitiva en cuanto al exceso", "porque sus efectos se identifican con la pena" o porque ocurre esto mismo con su duración. Esta investigación no discute ese riesgo, pero considera que dogmáticamente, resulta más acertado dividir dos análisis que denominaremos "test de la proporcionalidad" y "test" de la presunción de inocencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El interés en la eficacia de la realización de la justicia penal, que podemos entender como el derecho a la tutela judicial efectiva en un sentido amplio, obliga a considerar que cualquier medida limitativa de derechos fundamentales que se realice en el marco de un proceso penal y antes de la sentencia, esto es, las medidas cautelares personales del proceso penal; solo pueden perseguir objetivos procesales, de aseguramiento del proceso penal. Si lo que se pretende es proteger el desarrollo del proceso penal y su resultado, entonces solo medidas que justifiquen la neutralización de ese peligro son admisibles en un proceso penal que se desarrolla en un Estado democrático de Derecho.

Como ya se dijo, cualquier medida que persiga fines penales, de anticipo de la pena; fines de resocialización, prevención general o especial, prevención de la reiteración delictiva, preservación de la seguridad

ciudadana, etc. Son inconstitucionales por cuanto incompatibles con la presunción de inocencia.

Ahora bien, admitida esta situación, cuando una medida sea compatible con el derecho a la presunción de inocencia que consagra la Constitución, considero que es el test de la proporcionalidad el que debe regular la legitimidad de la medida. Tanto desde la perspectiva de su plasmación legal, el ejercicio del legislador, como desde la perspectiva de la decisión jurisdiccional, el razonamiento utilizado por el Juez en el caso concreto. A mi juicio, ello admite reconducir la discusión jurídica a ámbitos correctamente definidos y que permiten una argumentación mucho mas clara en el ámbito de la ejecución de medidas cautelares.

Lo que sucede, es que se debe reconocer que ambas figuras, en un determinado caso concreto, se yuxtaponen. Pero ello no significa que el test de la presunción de inocencia y el test de la proporcionalidad no respondan a una naturaleza autónoma y a una argumentación específica.

Analicemos el ejemplo propuesto. ¿Es ésta una medida compatible con el derecho a la presunción de inocencia? Todo indica que sí. La norma A admite que a través de la prisión preventiva sólo puede perseguirse objetivos estrictamente cautelares, evitar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización.

¿Qué sucedería, si la norma incluye una función adicional, evitar la reiteración delictiva? Sería una norma inconstitucional porque lesiona el derecho a la presunción de inocencia del imputado. Lo que ocurre, y aquí se verifica la yuxtaposición anunciada, es que si esta norma existe, y no ha sido declarada su inconstitucionalidad, al momento de realizar el "test de proporcionalidad"; no ya en el ámbito de justificación de la norma sino en el de justificación de la decisión, es perfectamente posible que el Juez establezca en el análisis de la *idoneidad* de la medida (subprincipio de la

proporcionalidad) que esta es desproporcionada, por cuanto afecta el contenido esencial de un derecho fundamental[212]. Pero esto no debe conducirnos a una confusión del análisis de ambos límites.

Es una expresión natural del Estado de Derecho, que cualquier medida limitativa de derechos fundamentales que persiga un fin contrario a la Constitución, afecte el principio de proporcionalidad, que significa –entre otras cosas- que toda medida limitativa debe perseguir un objetivo coherente con el pacto social en el que se desenvuelve.

Cosa distinta es que aquí proponemos que el test para analizar la plasmación legal de una medida debe realizarse en el siguiente orden: primero el test de la presunción de inocencia, analizar si una medida persigue fines distintos a los de naturaleza estrictamente cautelar. Segundo, el de la proporcionalidad en sentido estricto, que evalúa también su constitucionalidad (tanto con la presunción de inocencia como con cualquier derecho fundamental) y luego su legitimidad en el caso concreto.

Un dato fundamental radica en que el análisis de la idoneidad de la medida rechaza cualquier fin inconstitucional, no solo aquél que viole la presunción de inocencia. ¿Que sucede si la norma A es una norma que establece que el universo de imputados a los que se puede imponer la prisión preventiva sólo incluye a las personas nacidas en Sudamérica? Aunque pueda advertirse un cierto riesgo con la presunción de inocencia –el considerar que si eres sudamericano existen más probabilidades de haber cometido un delito- considero que en este caso el derrotero es –como no podía ser de otra forma- el principio de igualdad.

[212] Cosa distinta es cómo se resuelve esta situación según nos encontremos frente a un ordenamiento que regula un control concentrado o control difuso. En el Perú se regulan ambos controles, por lo que es posible para el Juez no aplicar la ley por considerarla inconstitucional.

Porque la norma sigue exigiendo que la medida se utilice en un proceso penal en el que existe una imputación y solo con el objetivo de preservar el proceso. Es cierto que podría ser una norma con una tendencia oculta –ingresar a un mayor número de sudamericanos a prisión con el absurdo objetivo de "preservar" la seguridad ciudadana- pero resulta claro que podría seguir admitiéndose su compatibilidad con la presunción de inocencia, nunca, con el derecho a la igualdad.

Ejemplos mucho más complejos y en todo caso, reales, pueden analizarse en el ámbito de la ejecución de las medidas cautelares en relación con el derecho al trabajo, derecho de los extranjeros, a la asistencia médica, etc. Determinada regulación de la prisión preventiva puede afectar derechos diversos, además de la libertad personal y la presunción de inocencia, y estas circunstancias también deben ser evaluadas en el análisis de la idoneidad.

Pero si seguimos el análisis del ejemplo original, podemos advertir que en dicho caso, no existe una afectación de la presunción de inocencia: la medida persigue fines estrictamente cautelares.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una vez en el test de la proporcionalidad, tampoco podemos, *a priori,* considerar que la medida sea inconstitucional. No afecta en principio, sin motivación alguna, el derecho a la presunción de inocencia u otro derecho fundamental contenido en la Constitución. Si afecta, por supuesto, la libertad personal, pero en principio esa afectación se corresponde con un fin constitucionalmente legítimo. Lo que debe analizarse es si en el caso concreto, una limitación tan grave se justifica. Se debe pasar al análisis de los otros dos componentes de la proporcionalidad, la *necesidad* y la proporcionalidad en sentido estricto, solo así se respeta el contenido esencial del derecho a la libertad personal.

Analicemos un caso que ocurre en el país B, y al que puede ser aplicable la norma A del ejemplo. Juan es un padre de familia tiene trabajo y domicilio conocido y no tiene antecedentes penales. Se encuentra imputado por un delito de hurto. La prognosis de la pena a imponer es de 1 año, una pena que además –si se aplica- será suspendida condicionalmente.

Si a Juan se le impone la prisión preventiva, ello no supone una afectación a la presunción de inocencia. Porque Juan no es más o menos inocente, es tan inocente como Pedro, que no tiene domicilio conocido, es indigente y ostenta una prognosis de pena de 10 años. Lo que ocurre con Juan es que la medida no es necesaria en el caso concreto. Si se evalúan las medidas contenidas en el catálogo que ofrece la regulación del proceso penal del país B, es perfectamente posible lograr el mismo objetivo que persigue la prisión preventiva, pero mediante una medida menos intensa: principio de mínima intervención. Incluso, es posible entender que no se requiere una medida en el caso concreto porque no existe un peligro que deba ser neutralizado, la medida limitativa solo se justifica para evitar un peligro en la realización de un objetivo prioritario del Estado de derecho: la realización de la justicia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Pero además existe un dato fundamental: la prisión preventiva del país B exige una prognosis de pena superior a los 4 años. Y esto explica un dato fundamental, la norma general que regula la prisión preventiva contiene reglas y principios. Existen casos en los que el juez debe valorar que la medida es innecesaria o que no cumple con el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, sobre la base de principios y reglas de experiencia. Pero también es posible que el legislador construya una regla, un mandato al juzgador, que guía su decisión. En este caso, el ordenamiento excluye la posibilidad de aplicar la medida a personas que estén sometidas a un proceso penal en el que la prognosis de pena sea inferior a 4 años. Esta es una regla que obedece al análisis de la proporcionalidad en sentido

estricto: ¿En una relación de medio a fin, es posible que el instrumento sea más violento que el fin que se pretende lograr? Todo indica que no. Y el legislador puede establecer una regla para excluir esas situaciones. Aunque ello no implica que en un ordenamiento jurídico determinado que no regula un límite penológico específico, no sea perfectamente posible que el juzgador arribe -a través del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, de una ponderación de los intereses en juego- exactamente a la misma conclusión.

Y lo anterior se explica mejor con un tercer ejemplo. Sigamos con la norma A y con el país B. Pero en este caso Juan es un indigente, no tiene domicilio conocido, su conducta procesal en procesos penales anteriores ha sido lamentable. Ahora bien, Juan ha cometido un hurto, cuya prognosis de pena es la de 1 año, que puede ser suspendida condicionalmente. El problema de Juan ahora, no es si la medida es idónea: esta persigue un fin constitucionalmente legítimo. Tampoco existe un problema con la necesidad de la medida: es perfectamente posible asumir que la única medida que asegura la presencia de Juan en el proceso es la prisión preventiva, la comparecencia, el impedimento de salida etc., no serán medidas eficaces para asegurar el desarrollo del proceso. Pero aquí, otra vez, el problema radica en la proporcionalidad en sentido estricto. La norma A establece un límite, porque considera desproporcionado aplicar a una persona una medida limitativa cautelar de mayor gravedad que la que se espera como resultado del procedimiento. Lo mismo ocurriría si sobre Juan, indigente, recae una imputación judicial de asesinato, pero sin embargo, no existe suficientes indicios que permitan establecer un alto grado de probabilidad de sancionarlo penalmente.

Entonces, ¿El problema del *fumus boni iuris* es un problema vinculado a la presunción de inocencia? no, eso sería asumir una noción psicológica de la presunción de inocencia, inadmisible en un proceso penal que sólo puede "dejar de considerar inocente a un condenado", y siempre que la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

sentencia que declaró su responsabilidad penal sea firme. El *fumus boni iuris* es también, como el límite penológico, una expresión –reglada- de la proporcionalidad en sentido estricto. Si no existe la más mínima garantía de que Juan será sancionado penalmente, si ni siquiera existe una probabilidad razonable en ese sentido, entonces aplicaremos una medida instrumental a Juan violentísima, cuando no existe ni siquiera un grado serio de sospecha de una futura sentencia condenatoria. Y esto es desproporcionado. Tan sencillo como pensar en un proceso penal que se instaura sobre la base de una denuncia anónima que señala que Juan mató a María, pero en el que no existe ningún indicio adicional que confirme, siquiera la probabilidad, de que estemos frente a una imputación razonable.

Este pequeño ejercicio debe guiarnos en este trabajo. Se ha anticipado muchas de las cosas que luego se analizarán detenidamente, pero lo he considerado esencial para el entendimiento de lo que esta investigación propone. El problema latinoamericano, ha sido muchas veces el de obviar alguno de los tests propuestos. Se ha aplicado la prisión preventiva por considerar "suficiente" el análisis de la prognosis de pena. Se ha considerado que determinada medida limitativa se justifica –aún cuando persigue un fin de anticipo de la pena- por ser menos lesiva que la prisión preventiva, etc. Ninguno de esos razonamientos es coherente.

Incluso, como se verá, una actitud común de la dogmática latinoamericana ha sido la de condenar –sobre la base de un supuesto discurso "garantista"- la utilización del criterio penológico para evaluar el *fumus boni iuris* o el peligro procesal, sobre la base, sostienen, de considerar que tal criterio afecta la presunción de inocencia del imputado. Tales postulados, como lo es también aquél que pretende negar el abono de la prisión preventiva en la condena sobre la base del mismo razonamiento, es uno que bien analizado, no constituye ninguna garantía para los ciudadanos. El retiro del límite penológico no reduce la aplicación de la prisión preventiva, la aumenta. Porque es un límite, un presupuesto en sentido

negativo. Si la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar se restringe a los delitos graves, se reduce su ámbito de aplicación. ¿Por qué retirar un límite que optimiza el derecho a la libertad personal?

El problema, para evitar la confusión extendida – que lamentablemente se reduce en el silogismo x pena = prisión preventiva- es utilizar un razonamiento correcto, y no, evitar cualquier instrumento que pudiera confundir al operador jurídico. Mucho menos, cuando es un instrumento que bien entendido, luego de una correcta valoración, brinda mucho más ventajas que perjuicios.

Entender que la presunción de inocencia constituye un límite, pero que la proporcionalidad también es un límite necesario y que ambos responden a una optimización de los derechos fundamentales. Nótese que el principal problema de Latinoamérica no ha sido la plasmación legal de la prisión preventiva en los distintos ordenamientos, ha sido su aplicación judicial, la motivación de la decisión de aplicar la prisión preventiva y otras medidas cautelares.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En esencia, la mayoría de ordenamientos procesales regulan una prisión preventiva estrictamente cautelar. Y el problema de la motivación, aquellas que han sido insuficientes, o que han justificado la prisión preventiva en el propósito de preservar la seguridad ciudadana, hubiera podido ser mucho mejor "atacado" con un correcto entendimiento del principio de proporcionalidad, que es el genuino instrumento para perseguir la legitimidad de las medidas "caso por caso".

Lo que aquí se describe ha sido defendido por la Doctrina en torno al correcto entendimiento de la presunción de inocencia y la proporcionalidad y su relación con la prisión preventiva [aunque insistimos, lo mismo se predica de las medidas cautelares personales en general]:

"La prohibición de que la prisión preventiva sea una pena anticipada lleva a la diferenciación entre prisión preventiva y pena de prisión. Sin embargo, no se puede distinguir entre ambas de acuerdo con la intensidad de la privación de libertad, sino solamente podría partirse de los fines que se persiguen con una y otra. Por ello, como consecuencia de la presunción de inocencia la prisión preventiva no puede perseguir fines de naturaleza penal (prevención general y especial), sino solamente de carácter procesal (el aseguramiento del proceso y de la prueba) […]. Ello tiene importancia con respecto a las causales para el dictado de la prisión preventiva, no así en lo relativo a la sospecha de culpabilidad [fumus boni iuris] y al principio de proporcionalidad, como requisitos para el dictado de la prisión preventiva, los que nada tienen que ver con los fines de la prisión preventiva, sino con la determinación de los supuestos en los cuales una prisión preventiva compatible con la presunción de inocencia de acuerdo con los fines perseguidos por ella, no sería de acuerdo con el principio de proporcionalidad razonable".[213]

VII. Medidas limitativas de derechos fundamentales: marco general aplicable a las medidas cautelares personales del proceso penal en el NCPP

En este Capítulo se han desarrollado los elementos que componen la naturaleza de toda medida cautelar personal del proceso penal. Partiendo de un análisis de las principales normas constitucionales e internacionales referidas a la limitación de derechos fundamentales y a la naturaleza cautelar de las medidas personales destinadas a asegurar el desarrollo y resultado del proceso, se ha podido construir un marco general que permite introducirnos en el estudio de un ordenamiento jurídico determinado para establecer si éste, mediante la regulación de las medidas cautelares personales del proceso penal en su Código adjetivo, incluye sus principales

[213] LLOBET RODRÍGUEZ, J., *La prisión…, cit.,* p. 556-557.

características. Lo que desde luego, permite elaborar una crítica a la forma y sustancia de dicha regulación.

Ha llegado el momento entonces de "aterrizar" el análisis, por lo que ahora es necesario realizar un "salto a la inversa", del "*deber ser*" al "*ser*". En éste se realiza un análisis específico de cómo es que un ordenamiento jurídico determinado regula las medidas personales y, si cumple con los postulados básicos establecidos en aquél.

El cuerpo legal elegido para este estudio es el Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004 (en adelante NCPP). El último análisis de este Capítulo desarrolla aquellas normas que constituyen el marco general aplicable a todas las medidas cautelares personales del nuevo proceso penal peruano. Tan sólo constituye un paso previo para que, en las líneas siguientes, donde se realizará un análisis individualizado de cada medida cautelar personal regulada en el Código (prisión preventiva y medidas alternativas), se desarrolle además, la totalidad de sus características, funciones y presupuestos específicos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VII.1. Título Preliminar

La primera mención a las medidas limitativas de derechos fundamentales (dentro de las que se incluyen las medidas cautelares personales) que realiza el NCPP, la ubicamos en el art. VI del *Título Preliminar. Art. VI.- "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 en la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad*".

Esta norma reúne las características esenciales que requiere una legítima limitación de derechos fundamentales: jurisdiccionalidad, legalidad, motivación y proporcionalidad. Al ubicarse en el Título Preliminar, ostenta una especial relevancia porque inspira la posterior redacción de sus presupuestos, y de conformidad con el art. X del propio TP[214], es una norma que prevalece sobre cualquier otra disposición del Código. Tiene nivel de desarrollo constitucional y constituye un fundamento de interpretación que privilegia un criterio finalista o teleológico[215].

Al utilizar la expresión "limitación de derechos fundamentales" se entiende que esta regulación es aplicable tanto a las medidas cautelares personales, como a las demás medidas limitativas de derechos fundamentales que ocurren en un proceso penal. Si bien es cierto que todas las medidas cautelares personales del proceso penal, son además de un instrumento cautelar, una medida limitativa de un derecho fundamental (la libertad personal); también es cierto que no toda medida limitativa de derechos fundamentales que ocurre en un proceso penal configura una medida cautelar personal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

VII.2. Medidas de Coerción Procesal

Las medidas cautelares del nuevo proceso penal peruano se encuentran reguladas en la Sección III del Libro Segundo (La actividad procesal)[216] del NCPP, pero bajo una definición, *medidas de coerción procesal,* que engloba un concepto más amplio de medidas procesales[217].

---

[214] Art. X.- "Las normas que integran el presente Título [Preliminar] prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación".

[215] SAN MARTÍN CASTRO, C. "Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal", *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales* (Coords. CUBAS VILLANUEVA, DOIG DÍAZ Y QUISPE FARFÁN), Palestra, Lima, 2005, p. 13.

[216] El NCPP se divide en siete Libros. Los libros a su vez están divididos en Secciones, que se dividen a su vez en Títulos, los que finalmente, se encuentran divididos en Capítulos.

[217] Antes de arribar a la definición de medidas de coerción procesal, en contraposición a su calificación como medidas cautelares [personales] del proceso penal, es preciso diferenciar ambas, de las medidas limitativas. Las medidas coercitivas o cautelares constituyen un subconjunto de las medidas limitativas. El art. VI del TP antes expuesto es aplicable a todas

La razón por la cuál el Código denomina a las medidas contenidas en la Sección III, de coerción procesal, y no simplemente medidas cautelares, parte de una concepción más amplia que viene dada fundamentalmente en los ordenamientos que regulan un catálogo de medidas de coerción –también llamadas provisionales- que no sólo cumplen funciones de aseguramiento del proceso y su resultado.

Estas funciones han sido descritas por SAN MARTÍN CASTRO, y es posible que su definición haya motivado la regulación del NCPP: "*las medidas provisionales (o de coerción) se estructuran sobre la base de tres funciones: cautelares, que persiguen garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria impidiendo la fuga del imputado, su insolvencia y la desaparición de bienes delictivos; de aseguramiento probatorio: que persigue evitar actuaciones obstruccionistas del imputado que perturben la investigación o la práctica de medios de prueba; y una finalidad tuitiva coercitiva, que persigue impedir que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles [reiteración delictiva]*"[218].

La postura que viene siendo defendida es que tanto la función de evitar el peligro de fuga, como la función de evitar la obstrucción de la actividad probatoria (ambas conductas atribuibles siempre al imputado), son funciones estrictamente cautelares. Simplemente lo que en este trabajo se define como dos finalidades que persiguen una función cautelar, el autor las define como una función cautelar y una función de aseguramiento de la prueba. Ahora bien, también consideramos –con SAN MARTÍN- que impedir la insolvencia y desaparición de bienes delictivos constituyen funciones

las medidas limitativas de derechos fundamentales del proceso penal, dentro de las cuales, se incluyen los actos de investigación y las medidas cautelares o de coerción.

[218] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho..., cit.,* pp. 1073-1074. En la Doctrina procesal penal española similar postura es defendida por MÁLAGA DIÉGUEZ, quien no sólo utiliza la expresión "medidas provisionales", además a partir de dicho concepto (pues no sólo es una cuestión terminológica) defiende entre otras cosas, la reiteración delictiva como presupuesto legitimante de la prisión preventiva (que califica como medida provisional). MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.,* 148-149.

cautelares, esta vez, vinculadas al aseguramiento de la pretensión civil acumulada al proceso penal (es decir, funciones atribuibles a las medidas cautelares reales del proceso penal, y no, a las medidas personales).

En este sentido, según la perspectiva que aquí se sigue, la única función "no cautelar" que justificaría en este caso una denominación como la de "medidas de coerción procesal" en la Sección III del NCPP[219], sería la de impedir la reiteración delictiva (en palabras de SAN MARTÍN, "impedir que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles"), y bien es cierto que el Código atribuye esa "finalidad", con carácter general, a las medidas de coerción procesal (art. 253.3).

Sin embargo, casi todas las medidas incluidas en la Sección III son estrictamente cautelares (personales y patrimoniales). Sólo se encuentran dos excepciones: la suspensión preventiva de derechos (Título VII de la Sección III) puede cumplir tanto una función cautelar ("*peligro concreto que el imputado "obstaculizará la averiguación de la verdad" – peligro de obstaculización*), como una función tuitiva (peligro de que cometerá delitos de la misma clase). Éste último es el único supuesto en el que una medida coercitiva del NCPP persigue como función impedir la reiteración delictiva.

La otra excepción la constituye el impedimento de salida. Al igual que en la suspensión preventiva de derechos, también persigue una función estrictamente cautelar personal cuando se dirige contra el imputado; pero cuando la misma puede ser aplicada a un "testigo importante"; a mi juicio, configura –ahora sí- una función de aseguramiento de la prueba que bien pudo ser incluida en el Título III (La búsqueda de pruebas y restricción de derechos) de la Sección II (La prueba) del NCPP. Estos instrumentos

[219] El NCPP no incluye todas las medidas limitativas de derechos fundamentales en la sección III (medidas de coerción procesal). Sólo incluye las medidas cautelares personales, las medidas cautelares patrimoniales, y las denominadas medidas provisionales o tuitivas. Existen otras limitaciones de derechos fundamentales como las incluidas en el título III (La búsqueda de pruebas y restricción de derechos) de la sección II (La prueba) a las que obviamente se aplica el art. VI del TP.

procesales se podrán estudiar en el Capítulo referido a las Medidas Alternativas a la prisión provisional.

El Título I (Preceptos Generales) de la Sección III desarrolla los Preceptos Generales aplicables a *todas* las medidas de coerción procesal (arts. 253 a 258)[220], por lo tanto, es aplicable también a las medidas cautelares personales del proceso penal. La regulación de un marco general constituye un acierto del legislador, porque permite un tratamiento integral de la prevención de los riesgos capaces de frustrar el desarrollo y resultado del proceso penal. Si se pretende regular un sistema cautelar con diversas alternativas que persigan los mismos objetivos, es necesario que su tratamiento, al menos en lo esencial, responda a las mismas reglas de principio. Las diferencias no radican en sus características esenciales ni en las funciones que desempeñan, sino en los presupuestos o condiciones para ser aplicadas al caso concreto.

Sobre esta base, el art. 253 regula una serie de reglas aplicables a las medidas cautelares personales del proceso penal, que revelan su naturaleza de auténtica limitación de derechos fundamentales y su naturaleza cautelar.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El numeral 1 establece que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos en el marco de un proceso penal (jurisdiccionalidad), y siempre que la ley lo permita (legalidad). La mención a la Carta Política reconoce que las normas de Derecho procesal penal relativas a la limitación de derechos fundamentales suponen un desarrollo constitucional. La alusión a los Tratados constituye el correlato de lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de

[220] Los demás Títulos contenidos en la Sección III regulan cada medida coercitiva del proceso penal peruano, entre las que se encuentra la regulación específica de las medidas cautelares personales: la detención (Título II), la prisión preventiva (Título III), la Comparecencia (Título IV), la internación preventiva (Título V), el impedimento de salida (Título VI), y la suspensión preventiva de derechos (Título VII) y que serán objeto de análisis en los siguientes capítulos, salvo la detención, que es en realidad una medida precautelar.

1993, que establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidos en ella, deben ser interpretadas de conformidad con los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú.

El numeral 2 menciona que la restricción de un derecho fundamental requiere además de una autorización legal, que se imponga con el necesario *respeto* al *principio de proporcionalidad.* Su referencia constituye un hito fundamental, porque reconoce en forma expresa[221] una regla de principio de carácter vital aplicable a toda limitación de derechos fundamentales. Una medida que respete este principio, como ya se dijo, debe ser *idónea*: su adopción debe conducir a que se alcance o favorezca el fin perseguido legítimamente por el Estado; *necesaria*: no puede ser utilizada cuando su finalidad pueda ser alcanzada por otro medio menos gravoso pero igualmente eficaz; y, debe ser *proporcional en sentido estricto*: que supone llevar a cabo un juicio de ponderación en el caso concreto, entre la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican[222].

El numeral 3 menciona que la restricción de un derecho fundamental en el proceso penal, sólo tendrá lugar cuando fuera *indispensable*, y en la medida y por el tiempo estrictamente *necesario*. Es obvio que en el contexto que la norma utiliza el término indispensable, equivale al de *necesario* (subprincipio de proporcionalidad), se desarrolla una característica básica de la proporcionalidad en virtud de la cual, debe entenderse que una medida sólo puede ser utilizada cuando las demás medidas menos gravosas que también prevé el ordenamiento procesal son incapaces de configurar el objetivo que se pretende. Asimismo, cuando ordena que debe durar el *tiempo estrictamente necesario*, específica su característica provisional, en el

[221] Aunque el CPP de 1991 no utiliza el término proporcionalidad en forma expresa, el art. 132 si incorpora dicho principio cuando establece que la libertad personal y los demás derechos fundamentales, sólo podrán ser restringidos cuando fuera absolutamente indispensable y en la medida y el tiempo necesario. A diferencia de los arts. 135 y 136, sin embargo, esta norma nunca entró en vigencia. Vid. San Martín Castro, C., Derecho..., cit., p. 1078.
[222] BOROWSKI, M., *La estructura…, cit.,* pp. 130 – 131.

sentido que sólo puede mantenerse en el tiempo si persisten los motivos que justificaron su adopción. La medida debe cesar en el mismo momento que no cumple ninguna utilidad, porque desparece (o se desvirtúa) la base fáctica de la imputación delictiva o aquella que permitía establecer un peligro procesal.

Es por eso que los términos "indispensable" y "necesario" del art. 253.3, no sólo obligan al análisis de las medidas alternativas (menos gravosas) en el momento de evaluar la procedencia de una medida cautelar personal, obligan también al análisis del *mantenimiento* de la medida adoptada *durante* el transcurso del procedimiento. Este artículo debe interpretarse en relación con el art. 255.2, que dispone que los autos que se pronuncien sobre las medidas limitativas son *reformables*, cuando varíen los presupuestos que motivaron su imposición o rechazo (obediencia a la regla *rebus sic stantibus)*. Aquí se manifiesta la característica de *provisionalidad*, lo que significa que una vez adoptada la prisión preventiva puede cesar o ser reformada en cualquier estado de la causa[223], sin perjuicio de que también pueda levantarse la medida o convertirse en ejecutiva según el caso, al momento de la conclusión del proceso (cuando la medida es *necesaria* hasta su culminación, y siempre que antes no transcurra el límite temporal establecido).

En el marco general de las medidas limitativas aplicable a la prisión preventiva, se ubica también el art. 254, que desarrolla el principio de

[223] El art. 283 del NCPP regula la cesación de la prisión preventiva, que reemplaza a la antigua libertad provisional. Menciona que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución, las veces que lo considere pertinente y que procede cuando nuevos elementos demuestren que no concurren los motivos que determinaron su adopción y resulte necesario sustituirla por la comparecencia. Ocurre que el art. 255.2 del NCPP no limita la variación o cese de cualquier medida limitativa a la presencia de "nuevos elementos", lo que quiere decir que permite más opciones y permite integrar la interpretación del art. 283. En todo caso lo ideal hubiese sido regular la "variabilidad" de la prisión preventiva en forma expresa, sin necesidad de condicionar su reforma o levantamiento a la existencia de "nuevos elementos de convicción". Es el caso del art. 504.1 de la LECr española.- "La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar los fines previstos del artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción".

motivación aplicable a las resoluciones que limitan derechos fundamentales. Dispone que la resolución judicial debe estar *especialmente motivada,* mediante una descripción sumaria del hecho con la indicación de las normas penales transgredidas; la exposición de las específicas finalidades perseguidas; los *elementos de convicción* que justifican la medida dispuesta y la fijación del término de duración.

Como ya se dijo, la motivación es un requisito ineludible en la imposición de la cualquier medida cautelar personal del proceso penal, porque condiciona la validez del presupuesto de proporcionalidad. Porque sólo puede verificarse su existencia, cuando una adecuada motivación de las razones que la justifican confirma la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No basta sólo que la medida cautelar personal se sustente en una causal legal específica. Es necesario, además, evaluar la pertinencia de la causa que la motiva, y esa evaluación sólo puede realizarse luego de la exteriorización de las razones que la justifican por el sujeto que la lleva a cabo[224]. La ausencia o insuficiencia de dicha motivación convierte a la medida en ilegítima *prima facie,* impide un juicio en el que se pueda analizar la razonabilidad de la decisión.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El art. 255 NCPP, además de regular la *variabilidad* de las medidas cautelares personales ya comentada (numeral 2), menciona que éstas solo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal[225] (numeral 1). Esta norma introduce un importantísimo cambio de postura en el ordenamiento jurídico peruano en la medida que obliga a que las medidas cautelares personales sean adoptadas en el proceso penal, solo si son solicitadas por el Ministerio Público y luego de un debate contradictorio. Esta norma se engarza en la

[224] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión..., cit.,* p. 85.
[225] Establece dos excepciones al criterio de "postulación del Fiscal": el embargo y la ministración provisional de posesión, medidas cautelares reales que también pueden ser solicitadas por el actor civil. Su condición de medidas cautelares de carácter patrimonial o real, escapa al objeto de nuestro análisis.

concepción de un modelo acusatorio, donde el Juez se aleja de una postura inquisitiva y en la que prevalece el principio de contradicción como principio rector a cualquier limitación del derecho a la libertad personal del imputado[226].

El numeral 3 menciona que el Ministerio Público y el imputado pueden solicitar al juez la reforma, sustitución o revocatoria de las medidas de carácter personal, la misma que debe ser resuelta en el plazo de tres días, previa audiencia con citación de las partes. Se insiste entonces en la variabilidad de las medidas cautelares de naturaleza personal, y se regula en forma expresa el derecho al recurso del imputado para cuestionar la legalidad y procedencia de la resolución que dispone la limitación de su libertad personal[227].

El art. 256 dispone que la infracción de una medida impuesta por el Juez, determine de oficio o a solicitud de la parte legitimada, la sustitución o la acumulación con otra medida más grave, teniendo en consideración la entidad, los motivos y las circunstancias de la trasgresión y la entidad del delito imputado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El art. 257 regula la impugnación de los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas de coerción procesal. Según el art. 257.1 estas medidas son impugnables por el Ministerio Público y el imputado. El art. 257.2 del NCPP, a su vez, establece claramente

---

[226] Evidentemente este presupuesto (como ocurre con todos los regulados por los preceptos generales del Título I de la Sección III de Libro II) será analizado con mayor detalle en el análisis de cada medida cautelar personal en concreto. A primera vista, por ejemplo, es posible sostener que la "comparecencia simple" no requiere una solicitud previa del Ministerio Público.

[227] En lo referente a la medida de prisión preventiva, esta norma sigue lo dispuesto por la CADH en su art. 7.6: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido".

que el actor civil y el tercero civil solo podrán recurrir las medidas patrimoniales que afecten su derecho en ordena la reparación civil que pueda dictarse en el proceso.

Finalmente, el art. 258 autoriza a los demás sujetos procesales, a intervenir ante el Juez de la Investigación Preparatoria y en el procedimiento recursal, presentando escritos e informes o formulando cualquier requerimiento luego de iniciado el trámite [por un sujeto distinto] y siempre que no peligre la finalidad de la medida. Esta norma autoriza entonces, la participación de los sujetos procesales que careciendo de la facultad de impugnar las medidas limitativas, tengan interés en la imposición y posible reforma o revocatoria de la medida, en la medida que dicha resolución puede afectar su interés en el resultado del proceso.

Estos postulados son esenciales para entender el procedimiento y las reglas elementales en la aplicación de las medidas cautelares personales reguladas por el NCPP. Un análisis más detallado de su operatividad en el marco del proceso penal peruano, se realizará en el análisis individual de cada de una de las medidas estipuladas en el Código.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRISIÓN PREVENTIVA

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

I. Una medida cautelar excepcional y subsidiaria

La prisión preventiva es una medida cautelar personal dispuesta por una resolución jurisdiccional en un proceso penal, que produce una privación provisional de la libertad personal del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena, mediante la evitación de los riesgos de huída y la obstaculización de la actividad probatoria.

Tanto el CPP de 1940 como el CPP de 1991, denominaron a esta medida de privación cautelar de libertad, con el término *detención*[1], pero el NCPP, siguiendo la nomenclatura que utiliza el PIDCP (art. 9.3) ha optado por denominarla *prisión preventiva,* lo que es correcto si se tiene en cuenta que permite diferenciarla de la detención imputativa en todas sus modalidades[2].

La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal, porque mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[1] Inicialmente el CPP de 1940 la llamó "detención definitiva" al establecer como medida previa la "detención provisional", institución indebidamente eliminada por la reforma operada por la Ley 24388.

[2] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p. 1113. La expresión "detención" se utiliza en el NCPP, efectivamente, sólo para calificar la detención preliminar y sus diversas modalidades: Detención Policial (art. 259), Arresto Ciudadano (art. 260) y Detención Preliminar Judicial. Ésta última debe diferenciarse expresamente de la prisión preventiva, fundamentalmente, porque tiene un carácter preliminar, responde a distintos presupuestos, y puede decretarse antes de la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (art. 336). Por lo tanto, la utilización del término detención o prisión preventiva en el ordenamiento procesal penal peruano no es una cuestión meramente terminológica, si se tiene en cuenta que resulta muy útil para evitar confusión en la denominación de dos medidas que responden a distintas características y presupuestos. La elección del término prisión preventiva en lugar de prisión provisional, si es más bien, una cuestión meramente terminológica y no existe aquí una cuestión de contenido. [Vid. MUÑOZ CONDE F. y MORENO CATENA, V., "La prisión provisional en el derecho español", *La reforma penal penitenciaria*, Universidad Santiago de Compostela, 1980, p. 351]. Sin embargo, es interesante la postura de BARONA VILAR: "(…) debería desaparecer el término prisión preventiva, y referirse a la misma siempre como prisión provisional, o todavía mejor como prisión cautelar. El empleo del primero está otorgando a una naturaleza a la misma que no debe corresponderse con la esencia de la medida cautelar". BARONA VILAR, S., "¿Una nueva…", *cit.,* p. 265.

que por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia[3]. Por esta razón la prisión preventiva encuentra uno de sus principales obstáculos en el derecho a la presunción de inocencia [arts. 2.24.e) de la Constitución peruana[4] y II.1 del TP NCPP[5]] que obliga a que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible, sea considerada inocente y tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario mediante una sentencia *firme* debidamente motivada.

La doctrina vincula el contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia, con la disciplina del tratamiento del imputado sometido a prisión preventiva durante el proceso penal, estableciendo tres exigencias específicas: 1) *Criterio rector del ordenamiento procesal penal;* mediante el cual se establecen garantías para el imputado frente al *ius puniendi* del Estado, que obliga a partir siempre de la inocencia y no de la culpabilidad, hasta que una u otra esté establecida con certeza jurídica firme; 2) *Regla de juicio;* que exige que la prisión preventiva recaiga en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable; y, 3) *Regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal;* que obliga que la medida de prisión preventiva no adquiera carácter retributivo, ni sea impuesta como una pena anticipada[6].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[3] GIMENO SENDRA, V. "Prólogo" a la obra de ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión..., cit.* p. 21.
[4] Art. 2.24.e Constitución.- "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".
[5] Art. II.1 TP NCPP.- "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada (...)".
[6] SANGUINÉ, O. Prisión *Provisional…, cit.,* p. 432.

En la regulación de la prisión preventiva, adquiere una especial importancia el derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado como regla de tratamiento en el proceso penal, en la medida que comporta la *prohibición* de que pueda ser utilizada como castigo. La contradicción material consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, solo puede salvarse mediante su consideración como una medida cautelar, y no como una pena[7]. La persecución de fines vinculados al aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal, se encuentra estrechamente vinculada a una privación cautelar de libertad dotada *necesariamente,* de las características de *instrumentalidad* y *provisionalidad[8]; y a su consideración como una medida excepcional y subsidiaria[9].*

[7] RODRÍGUEZ RAMOS, L. "La Prisión Preventiva y los Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos,* Nº 2, marzo, Madrid, 1983, p. 484.

[8] Incluso en el caso de una regulación de la prisión preventiva que apunte a fines esencialmente cautelares y asuma las características de instrumentalidad y provisionalidad, es necesario además, una correcta valoración y motivación judicial de los presupuestos que justifican la aplicación de la institución en el caso concreto. Como señala ANDRÉS IBÁÑEZ con relación al ordenamiento jurídico español, "(...) se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones (...) ello obedece en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia (...)". [Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Presunción de inocencia…", *cit.,* pp. 40 – 41]. Lo mismo ocurre en el sistema procesal peruano, aun cuando antes han existido presupuestos específicos para justificar la aplicación de la prisión preventiva (como es el caso del CPP de 1991, si tenemos en cuenta que la regulación de la prisión preventiva de dicho cuerpo normativo sí entró en vigencia), la escasa motivación de las resoluciones y la pendencia de éstas a la prognosis de la futura pena a imponer, han convertido la medida en una auténtica pena anticipada. Una correcta valoración de los presupuestos y una debida justificación de la resolución que impone la prisión preventiva son decisivas para que la aplicación de este instrumento procesal funcione como una auténtica medida cautelar.

[9] STC peruano 1091-2002-HC, de 12 de agosto. "Aparte de tratarse de una medida excepcional, el principio favor libertatis impone que la detención judicial preventiva [prisión preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional (…). El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito (…) se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado (…). La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de detención judicial preventiva".

Porque como se dijo en el Capítulo I, si la medida cautelar ha sido definida como un *instrumento del instrumento*[10], es porque su propósito consiste en asegurar la eficacia del proceso, que constituye a su vez, un instrumento de aplicación del Derecho sustantivo. Esta definición, traducida al proceso penal, significa que éste procura la determinación de hechos y responsabilidades (supuesto de hecho) que justifican (o no) la aplicación al caso concreto de la consecuencia jurídica que prevé la norma penal. El proceso principal es el instrumento para aplicar el Derecho penal, que se sirve de otro, la medida cautelar personal, para asegurar su eficacia. Por esta razón se considera a la prisión preventiva como una medida instrumental, porque viene siempre asociada a un procedimiento de tramitación, y se extingue cuando termina el proceso principal o cuando varían o se descartan las circunstancias que justificaron su adopción[11].

El Derecho procesal penal no constituye un instrumento de política criminal, no opera en forma directa en el ámbito de control social, ni puede arrogarse funciones que forman parte del Derecho sustantivo -puede solo regular las disposiciones que garanticen una aplicación (*justa)* de las disposiciones del Código penal en un escenario neutral-, por lo tanto, si las instituciones procesales en general no pueden ni deben cumplir con los fines asignados con carácter exclusivo al Derecho penal sustantivo, ello se aplica con mayor razón al catálogo de medidas cautelares personales, que no apuntan siquiera a la actuación *directa* del Derecho penal, sino, que cumplen una función que es *instrumental,* incluso, a los fines del proceso principal.

Si se admite que la prisión preventiva pretende fines distintos de los de índole procesal, y que se asienta en razones de derecho penal sustantivo, u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su

[10] CALAMANDREI, P. *Introducción…, cit.,* pp. 44 – 45.
[11] BARALLAT LÓPEZ, J. "Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional", *Régimen jurídico de la prisión provisional* (coord. Alberto Dorrego de Carlos), Sepín, Madrid, 2004, p. 113.

finalidad y naturaleza[12]. Su utilización para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena, o impulsar el desarrollo de la instrucción[13], *carece de justificación* en un Estado democrático de Derecho, cualquier función que se aleje de una noción estrictamente procesal - cautelar, es ilegítima[14]. En ese mismo sentido, también será contraria a la Constitución la aplicación de una prisión preventiva automática u obligatoria, o su adopción sin la concurrencia de concretos motivos que la justifiquen en el caso concreto[15].

El NCPP regula un sistema cautelar que sitúa a la prisión preventiva en *su lugar preciso,* autorizando la privación de libertad únicamente cuando es absolutamente *necesaria*, solo cuando –en el caso concreto- el resto de disposiciones cautelares menos gravosas que prevé –también- nuestro ordenamiento procesal, no puedan cumplir adecuadamente con la función que se les asigna[16]. Además, regula una prisión preventiva esencialmente cautelar, cuyos objetivos se limitan a cumplir una función instrumental a través de la evitación de los riesgos de huída y obstaculización probatoria.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[12] MACÍA GÓMEZ, R. Y M. ROIG ALTOZANO, "El nuevo sistema de adopción de la medida cautelar de prisión provisional", *Actualidad penal*, núm. 5, 29 de enero – 4 de febrero de 1996, p. 76.

[13] Como podrá apreciarse en el análisis que se realiza más adelante en relación con el "peligro de obstaculización", debe diferenciarse éste de la utilización de la prisión preventiva con el fin de "impulsar" el proceso. Ninguna medida cautelar puede ser utilizada con el objeto que el imputado declare, diga la verdad, o colabore con la instrucción. Esto es una consecuencia natural del principio de presunción de inocencia, del derecho a guardar silencio y del derecho a la no - auto incriminación.

[14] Así lo declara la CIDH cuando afirma que, del art. 8.2 de la CADH: "*se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del imputado más allá de lo estrictamente necesario, para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*". [Vid. SCIDH de 12 de noviembre de 1997, Asunto "Suárez Rosero", párr. 77]. Lo mismo sostiene el TC peruano: "*la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No es una medida punitiva sino cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional*". [Vid. STC 1567-2002-HC, de 5 de agosto. F.J. Nº 3 (Asunto "Alejandro Rodríguez Medrano"). En el mismo sentido SSTC 1091-2002-HC, de 2 de agosto (Asunto "Vicente Silva Checa") y 1730-2002-HC, de 8 de agosto (Asunto "Blanca Nélida Colán Maguiño")].

[15] SANGUINÉ, O., *Prisión provisional..., cit.,* p. 96.

[16] ASENCIO MELLADO, JM., "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú", *El nuevo proceso penal*, Palestra, Lima, 2005, p. 494.

Es por esta razón que cuando el art. 253.3 NCPP señala que la restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuera *indispensable* y, en la medida y por el tiempo *necesario* para prevenir el riesgo procesal -en un Código donde confluyen la regulación del principio de proporcionalidad y un sistema cautelar que regula una pluralidad de medidas de aseguramiento del imputado (prisión preventiva, comparecencia, impedimento de salida, detención domiciliaria)-, la prisión preventiva se traduce en una institución *subsidiaria*[17]. Sólo será *indispensable* (proporcional), cuando la aplicación al caso concreto de las demás medidas restrictivas -que cumplen los mismos fines-, resulten insuficientes (necesidad), y cuando la intensidad de la intervención no sea desproporcionada frente al peso de las razones que la justifican (proporcionalidad en sentido estricto). Una correcta interpretación del principio de necesidad, exige considerarla como la *última ratio* entre los instrumentos cautelares que afectan los derechos fundamentales del imputado.

Esto significa que la actual regulación de la tutela cautelar personal del NCPP, brinda las herramientas para superar una errada concepción en la aplicación de la prisión preventiva.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[17] Si bien considero que el NCPP es respetuoso con la consideración de la prisión preventiva como una institución subsidiaria, hubiese sido preferible la construcción de un sistema de medidas cautelares personales, que lejos de empezar por la detención y la prisión preventiva, se construyera a partir de las medidas menos gravosas, para regular en último lugar la limitación más intensa de la libertad. Desde una perspectiva dogmática, ésta es la opción elegida por REYNA ALFARO: "Aunque el Código Procesal Penal (1991) y el nuevo Código Procesal Penal en implementación han construido el sistema de medidas cautelares personales a partir de la detención preventiva, entiendo que siendo la libertad la regla y la restricción de libertad la excepción, un análisis consistente y coherente con esta idea matriz exige iniciar con el estudio de las medidas de coerción personal menos gravosas para arribar finalmente a las que suponen las más intensas limitaciones de libertad. REYNA ALFARO, L.M., El proceso penal aplicado, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 399.

Es el caso de la STC peruano 1091-2002 que afirma lo siguiente:

"El sólo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial (...) exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente (...) la exigencia de que el Juez busque una alternativa distinta a la [prisión preventiva] sólo es lícita cuando no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria (...), eludir la acción de la justicia o evadirse del cumplimiento de la posible sentencia condenatoria (...)"[18].

Sentencia que conduce a REYNA ALFARO a sostener que *"los actos de perturbación de la actividad probatoria son elementos que –cuando concurren con los de suficiencia probatoria y prognosis de pena privativa de libertad superior a cuatro años- exceptúan la necesidad de buscar una alternativa menos gravosa que la detención [prisión preventiva]"*[19].

Universitat d'Alacant

[18] SSTC 1091-2002-HC, de 2 de agosto (Asunto "Vicente Silva Checa"). Lo sorprendente es que la sentencia es abiertamente contradictoria. La propia resolución destaca, con carácter previo a esta cita, las características de la prisión de libertad en sede cautelar: "(...) Su aplicación [se refiere a la prisión preventiva] no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que sólo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal. En este sentido, la regla general debe ser que los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física (...). El principio de favor libertatis impone que la detención judicial [prisión preventiva] tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional (...). El carácter subsidiario de la medida impone que antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva [prisión preventiva] se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado (...). La existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar [de prisión preventiva]". El fundamento 12 de la Sentencia es muy preciso. Se debe evaluar si otra alternativa cumple los mismos objetivos que la prisión preventiva en el caso concreto, si esto ocurre, la prisión cautelar de libertad es inválida. No se explica cómo luego señala (último párrafo del fundamento 12), que verificados los presupuestos, "se exceptúa" la necesidad de buscar una alternativa menos gravosa. De hecho, si ello ocurre no se puede considerar la prisión preventiva como subsidiaria, algo que está en abierta contradicción con lo declarado por propio tribunal en párrafos anteriores.

[19] ALFARO, LM., *El proceso..., cit.,* pp. 413 – 414.

No comparto esta postura porque se sustenta en una argumentación incompatible con los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia reconocidos en nuestra Carta política. En un Estado de Derecho la prisión preventiva debe ser considerada como una institución subsidiaria, frente a las demás medidas cautelares personales del proceso penal.

El análisis para su imposición debe realizarse en dos niveles distintos: Primero, es necesario verificar si el caso concreto cumple con los requisitos exigidos por el art. 268 para aplicar la privación cautelar de libertad solicitada; y segundo, verificar si aun cuando se cumple con dichos requisitos, no existe una medida cautelar menos intensa pero igualmente eficaz para lograr el objetivo que se persigue. *Sólo* así se respeta la naturaleza excepcional y subsidiaria de la medida, cualquier duda en este sentido ha sido resuelta por los numerales 2 y 3 del art. 253 NCPP, que como ya se dijo, disponen que la limitación de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando se imponga con el necesario respeto al principio de proporcionalidad y siempre que sea *indispensable*[20].

No puede sostenerse que una vez que se ha verificado el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el Código para la aplicación de la prisión preventiva, luego, deban descartarse *a priori* las demás alternativas de aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal[21]. Es una concepción que considera a la prisión preventiva como la

[20] Si bien es cierto que el término indispensable utilizado en la redacción del art. 253.3 del NCPP obliga a considerar la prisión preventiva como una institución subsidiaria, es mucho más específica en este sentido la LECr española: Art. 502.2.- "La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria (...), y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional".

[21] Es importante aclarar que este análisis se realiza con relación al CPP de 1991, por lo tanto, es uno que se limita al análisis de los artículos que entraron en vigencia. El art. 131 del CPP de 1991, por ejemplo, nunca entró en vigencia y es éste el que determinaba en dicho Código el carácter indispensable de las medidas cautelares personales como presupuesto de aplicación y mantenimiento. No obstante, la prisión preventiva debe ser considerada como un instrumento cautelar de carácter excepcional por la sola presencia del principio de presunción de inocencia, la consagración del derecho a la libertad personal y la necesaria proporcionalidad de cualquier limitación de un derecho fundamental, elementos que se

regla general, una herramienta de control social, un mecanismo de prevención que debe imponerse al imputado en forma automática y por razones de "*merecimiento*". Criterios éstos, ajenos a la concepción procesal que debe tener una medida limitativa que persigue fines estrictamente cautelares, no pueden concebirse en un escenario en el que el imputado aún no ha sido declarado penalmente responsable.

La resolución del Tribunal carece de lógica, porque señala que la obligación del juez de buscar una alternativa distinta a la prisión preventiva, *sólo es lícita cuando no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria, eludir la acción de la justicia, o evadirse del cumplimiento de la posible sentencia condenatoria*. Esta afirmación "*vacía*" de contenido la función de las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva, en tanto esos son precisamente los objetivos que están llamados a cumplir en el proceso (¡por eso son alternativas!).

La consideración de la prisión preventiva como un instrumento excepcional y subsidiario, es un dato fundamental de la nueva normativa y, debe constituirse en el instrumento central de la generación de un cambio en el modo de entender el proceso penal en el Perú. Toda vez que en un Estado de Derecho, la conciliación entre la libertad individual y las exigencias de justicia social o seguridad no es un problema de tesis o antítesis, sino de conseguir la adecuada síntesis entre ambas funciones[22].

encontraban y se encuentran (en los distritos judiciales donde aún no se encuentra vigente el NCPP) presentes a partir de una lectura de la Constitución Política de 1993 (que es además, el instrumento de análisis en el que se fundan las sentencias del TC). La sola exigencia de las funciones cautelares –peligro de fuga y obstaculización probatoria- ya obligaban a una concepción de la prisión preventiva como una institución esencialmente instrumental y subsidiaria. Es cierto que el NCPP y la vigencia total de sus normas, ofrecen una regulación mucho más clara y específica en ese sentido, pero ello no quiere decir que estos argumentos no fueran perfectamente aplicables a la regulación anterior. De hecho, ello se desprende claramente de los argumentos anteriores de la propia STC comentada.

[22] Para CLAUS ROXIN, en un Estado de Derecho 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. ROXIN, C., *Derecho…, cit.,* p. 258.

Una solución de esta situación conflictiva debe ser buscada a través del mejor equilibrio posible, entre los intereses colectivos y los intereses individuales, que deberá orientarse según la concepción liberal *in dubio pro libertate* o *favor libertatis*[23]. Respecto de ésta ha dicho el TC español lo siguiente:

"*(…) como consecuencia de la excepcionalidad de la medida, hemos afirmado que rige el principio* favor libertatis *o* in dubio pro libertate*, formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad [que] restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad (…)*[24].

Así lo prevé expresamente el art. 9.3 del PIDCP: "*(…) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general*". En el mismo sentido, la regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de libertad (Reglas de Tokio): "*Sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso*"; y la CoIDH: "*la detención preventiva* [prisión preventiva] *es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa*"[25].

Históricamente no parece haber sido esta la elección del sistema judicial peruano si se tiene en cuenta que la distribución de la población

[23] SANGUINÉ, O., *Prisión provisional..., cit.,* p. 380.
[24] SSTC español 88/1988, de 9 de mayo, F. 1; 98/2002, de 29 de abril, F. 3; 81/2004, de 5 de mayo, F. 5; y, 95/2007 de 7 de mayo, F. 4.
[25] Informe de la CoIDH Nº 12/96, párr. 84.

penitenciaria en el Perú al mes de enero del año 2007, era la siguiente: 61.8 % son hombres procesados, 31.3% hombres sentenciados, 4.8% mujeres procesadas y 2.1% son mujeres sentenciadas[26]. Quiere decir que el 66.6 %, dos terceras partes de la población penitenciaria, está sometida a una privación cautelar de libertad, lo que no sólo constituye una estadística alarmante que revela una notoria lentitud en la tramitación de las causas penales por parte del Poder Judicial, sino que además demuestra que en el Perú la prisión preventiva constituye la regla general y no un instrumento excepcional ni subsidiario.

II. PRESUPUESTOS

El NCPP sigue un modelo procesal coherente con las reglas de aplicación de la prisión preventiva en los ordenamientos de nuestro entorno, en la medida que exige tanto el requisito de *fumus boni iuris* como *el periculum in mora.*

Art. 268.1.- "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)".

[26] Instituto Nacional Penitenciario - Oficina de Estadística. Informe Estadístico Enero 2007. vid. [www.inpe.gob.pe]

Los dos primeros presupuestos (literales a y b) desarrollan el *fumus boni iuris o* apariencia de buen derecho*;* el tercero (literal c) integra el *periculum in mora* o peligro procesal. Un dato a tener en cuenta para la valoración de los presupuestos contenidos en el art. 268.1, es que se exige su *concurrencia*. La ausencia de uno de los requisitos fijados por la norma, invalida la aplicación de la prisión preventiva[27].

Por otro lado, el art. 268.2 del NCPP señala lo siguiente: "*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*".

II.1. *Fumus boni iuris*

Como se dijo en el análisis del Capítulo I, el *fumus boni iuris* es un presupuesto material de toda medida cautelar, que importa un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia definitiva y, en el proceso penal, ese derecho es el *ius puniendi* del Estado respecto del imputado.

[27] Así lo sostiene la STC 0808-2002-HC/TC, de 8 de julio (asunto "Tello Díaz"), en relación con el art. 135 del CPP de 1991: "El art. 135 CPP señala los requisitos que deben concurrir a efectos de que el mandato de detención [prisión preventiva] no sea considerado arbitrario. Estos requisitos son: que exista prueba suficiente (fumus boni iuris), peligro procesal y que la pena probable a imponer sea superior a los cuatro años (periculum in mora)". Lo declarado en esta sentencia es aplicable, en los mismos términos, para el NCPP, la concurrencia de estos tres elementos sigue siendo una exigencia: existencia de fundados elementos de convicción acerca de la comisión de un hecho punible + gravedad de la pena a imponer (mayor a 4 años) + peligro procesal. Verificados el fumus boni iuris y una pena a imponer superior a los 4 años; el peligro procesal puede representarse sólo a través del riesgo de fuga, solo a través del riesgo obstaculización; o por la presencia de ambos.

Es por esta razón que el NCPP establece un régimen probabilístico a partir del cual, la prisión preventiva –la medida cautelar procesal más grave que prevé el ordenamiento jurídico- pueda ser aplicada. El nuevo proceso penal exige –en forma muy similar al modelo regulado en el CPP de 1991- una imputación delictiva y elementos que arrojen un alto grado de probabilidad en relación con la responsabilidad del imputado en aquélla.

En el caso de la prisión preventiva la valoración, además, requiere la existencia de fundadas razones que permitan suponer que –en un futuro- el imputado podrá ser condenado a una pena privativa de libertad superior a los 4 años.

II.1.1. Necesidad de una imputación delictiva

El primer requisito que integra la figura del *fumus boni iuris* en el NCPP, lo constituye la exigencia de que al momento de imponer la prisión preventiva, se valore la existencia de un hecho previo, lo que quiere decir que es materialmente imposible decretarla en previsión de la realización de un evento futuro[28].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La necesidad de una imputación delictiva garantiza la instrumentalizad de la prisión preventiva en el proceso penal. Si esta tiene por único objetivo servir al resultado del proceso, asegurando la presencia del imputado y evitando cualquier acto que obstaculice la función probatoria a desarrollarse en el mismo, entonces, es necesaria la existencia de una imputación penal que certifica la existencia del proceso al cual sirve. Esto garantiza además que la medida sólo pueda ser adoptada por un juez y luego del previo ejercicio de un debate jurisdiccional. Si no existe imputación no existe un proceso y tampoco puede ejecutarse una medida que es accesoria, instrumental, que sólo existe para asegurar una decisión

[28] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión..., cit.,* p. 110.

jurisdiccional en un debate plenamente contradictorio y distinto al debate que promueve una resolución cautelar que no ostenta un fin en sí misma.

Por expresa mención del NCPP, la imputación exigida corresponde *siempre* a la de un delito[29], por lo que una correcta interpretación del art. 268 NCPP, indica que se encuentra proscrita la utilización de la prisión preventiva en los procesos por faltas. Por este motivo, llama la atención la redacción del art. 485.2 NCPP que permite la aplicación de la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia del *proceso por faltas*, cuando el imputado *no se presente voluntariamente a la misma y siempre que fuera necesario*[30].

Si se interpreta el art. 485.2 como una remisión expresa a la regulación del art. 268, entonces la medida es inaplicable, toda vez que por expresa mención de éste la prisión preventiva está reservada para una imputación delictiva. Por el contrario, si lo que persigue su redacción es regular una medida cautelar personal específica, un supuesto excepcional, también deviene en inaplicable, si se tiene en cuenta –tal como señala el TEDH[31]- que el principio de legalidad exige que las medidas limitativas estén contenidas en una ley redactada con la suficiente precisión y claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad en la que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[29] El NCPP no exige que el delito materia de imputación sea un delito doloso. Sí era ésta una exigencia en la redacción original del artículo 135º del CPP de 1991, hasta su supresión por la modificatoria incorporada por el art. 2 de la Ley 27753 de 09/06/02. No obstante ello, Cáceres Julia insiste en considerar que una interpretación restrictiva favorable (¿?) exige que el elemento pena privativa de libertad superior a un año [CPP 1991 modificado], solo puede ser aplicado para los delitos dolosos, en donde existe la posibilidad concreta de que la pena sea efectiva.

[30] Art. 485.2.- "Cuando el imputado no se presente voluntariamente a la audiencia [se refiere a la audiencia del proceso de faltas, regulada por el art. 484], podrá hacérsele comparecer por medio de la fuerza pública, y si fuera necesario se ordenará la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia, la cual se celebrará inmediatamente". Lo curioso es que la propia norma, en el numeral 1 menciona lo siguiente: "El juez sólo podrá dictar mandato de comparecencia sin restricciones contra el imputado". El art. 485 se ubica en la Sección VII ("El proceso por faltas") del Libro Quinto ("Los procesos especiales").

[31] Vid. SSTEDH de 26 de abril de 1979, "Caso Sunday Times"; 25 de marzo de 1993, "Caso Silver"; 2 de agosto de 1984, "Caso Malone"; 24 de abril de 1990, "Caso Kruslin y Huvig"; 30 de julio de 1998, "Caso Valenzuela"; 15 de noviembre de 1999, "Caso Domenichini"; entre otros.

puedan incurrir los poderes públicos, y esto, definitivamente no ocurre con el art. 485[32].

Si lo que pretendía el legislador era obligar al imputado a asistir a la audiencia para impedir que se frustre la realización del proceso por faltas y, en su caso, asegurar el éxito de la sentencia, hubiera bastado con la detención preliminar judicial, instrumento que también prevé el art. 485[33].

El propio art. 485.2 requiere que la prisión preventiva "sea *necesaria* en el caso concreto", situación de muy difícil concreción en un proceso por faltas. Porque -si como se analiza más adelante- ésta sólo procede cuando la pena a imponer es superior a cuatro años de pena privativa de libertad (límite penológico), además de la imposibilidad material de ubicar una sanción de esa entidad en la regulación del Libro III del CP peruano, el NCPP no puede establecer un límite para los casos en los que se imputa un delito, y por el contrario, obviar el establecimiento de un límite penológico cuando se trata de la persecución de una falta, ello constituye una violación del principio de proporcionalidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[32] Esta norma no sólo viola lo dispuesto en el art. 268 en relación con los presupuestos materiales de la prisión preventiva (imputación de un delito y principio de proporcionalidad), también su trámite procesal, sobre todo en lo concerniente al requerimiento fiscal y audiencia previa (art. 271), y en consecuencia, los derechos a la imparcialidad judicial, defensa y contradicción.

[33] El art. 485.2 regula junto a la prisión preventiva la posibilidad de hacer comparecer al imputado por medio de la fuerza pública. Esta medida es suficiente si lo que se pretende es no frustrar la realización de la audiencia y la eficacia del proceso de faltas. Así ocurre con las medidas regulados por el art. 463.2, para el proceso por delito de ejercicio privado de la acción. De hecho, es desproporcionado que para este caso sólo se regule la conducción compulsiva del imputado y que, sin embargo, en el proceso por faltas (conductas de inferior dañosidad social) se permita además, aplicar la prisión preventiva. En cualquier caso, tanto la conducción compulsiva para los procesos por delito de ejercicio de acción privada, como la conducción por la fuerza pública en los procesos por faltas, si son entendidos como supuestos de detención judicial, debieron regularse en forma específica en el art. 261; o de lo contrario, su aplicación también es incompatible con el principio de legalidad. De hecho, el peligro de fuga que se exige para la aplicación de la detención judicial preliminar (art. 261 NCPP) también exige razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años, y como ya se dijo, no existe una pena de dicha entidad en el Libro III del CP (Libro de faltas).

La utilización de la prisión preventiva en el proceso por faltas es incompatible con el principio de proporcionalidad, porque éste exige que en la aplicación de la medida en el caso concreto, se realice un análisis de ponderación entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y, el peso de las razones que la justifican. Y es evidente que esta relación de "medio a fin" es una que proscribe la utilización de la prisión preventiva [instrumento] cuando el resultado que se pretende asegurar [consecuencia jurídico penal] es menos intenso que el propio recurso que lo asegura[34]. Esto responde a la propia lógica de un Estado democrático de Derecho, al respeto al principio de proporcionalidad y a la preservación del derecho a la dignidad de la persona humana.

Lo que ocurre es que en la construcción de las reglas cautelares del proceso penal en un Estado de Derecho existen dos vías para la salvaguarda del contenido esencial de la libertad personal. Es posible que si el legislador no hubiese establecido la regla de que la prisión preventiva sólo puede ser aplicada a una imputación *delictiva*, el juzgador arribe a ese mismo razonamiento sobre la base de la aplicación al caso concreto de la regla de proporcionalidad en sentido estricto. Pero en el caso peruano el legislador sustituye ese razonamiento por una regla expresa, es una regla que considera que existe un universo de conductas sometidas a la jurisdicción penal: las faltas, a las que no se puede aplicar la prisión preventiva por constituir un medio desproporcionado. Se apoya en la proporcionalidad en sentido estricto, porque considera que es la consecuencia natural a la que deberá arribar el juez cuando analice todas las imputaciones posibles en los procesos por faltas.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[34] En un sentido similar ARMENTA DEU, que señala lo siguiente: "La exigencia de que penda un proceso penal por delito elimina la posibilidad de dictar prisión provisional en los casos de faltas, lo que por otra parte, iría en contra de las más elementales exigencias del principio de proporcionalidad". ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 203.

Por otro lado, el art. 268 del NCPP alude a la comisión de *un* delito, y no prevé en forma expresa la posibilidad de valorar la existencia de varios hechos delictivos, cuando éstos conforman la imputación en un proceso penal[35]. Esto se explica si se tiene en cuenta que al momento de la redacción y posterior publicación del NCPP, el CP peruano establecía como regla de tratamiento, tanto para el concurso real como para el concurso ideal de delitos, que la pena aplicable era la prevista para el delito más grave.

Sin embargo, mediante Ley Nº 28730 de 13 de mayo de 2006, el legislador modificó la redacción de los arts. 48 y 50 CP peruano, que regulan el tratamiento del concurso de delitos. En la actualidad el art. 50 CP dispone que *cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena prevista para el delito más grave*[36].

Algo similar ocurre en el caso del concurso ideal de delitos, si bien en este caso no existe una "suma de penas privativas de libertad", *cuando varias disposiciones sean aplicables al mismo hecho, "se reprimirá con el máximo de la pena más grave"*, e incluso, se puede incrementar ésta hasta en una cuarta parte. Es evidente entonces que con dicha modificación de la ley penal, actualmente el juez está obligado a considerar la pluralidad de delitos que configuran la imputación y no sólo la pena conminada para el delito más grave (la imputación de *un delito)*[37], lo que conlleva importantes consecuencias prácticas para la valoración del *limite penológico*[38].

---

[35] Sí es este el caso de la LECr española: art. 503.1.1° ("la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito").

[36] Ley Nº 28730 de 13/05/2006. Nótese que es una modificación del CP peruano, posterior a la publicación del NCPP.

[37] Es importante mencionar en todo caso, que si bien la Ley 28730 es posterior a la publicación del NCPP, la alusión a una imputación delictiva con pluralidad de tipos penales era necesaria. Por que si bien el concurso ideal y real de delitos anterior involucraba valorar sólo la pena del delito más grave (lo que afecta la interpretación del límite penológico que analizamos más adelante), ello no implica que el juzgador debiera obviar la existencia de

II.1.2. Fundados y graves elementos de convicción

Si bien es cierto que la existencia de una imputación delictiva constituye un requisito de la prisión preventiva, también lo es que ello no involucra cualquier imputación, sino solo aquella respecto de la cual existan *fundados y graves elementos de convicción* que vinculen al imputado con su realización. No basta con la constancia del hecho punible, sino que ese hecho ha de poder atribuirse a quien se pretende que sea el sujeto pasivo de la medida. Y ello involucra la *probabilidad* de que en la sentencia, no sólo se declare la existencia del hecho, además deben existir fundadas razones para que se declare la responsabilidad penal del imputado por su participación en aquél en calidad de autor o partícipe[39].

El NCPP exige, para establecer el nexo entre la (probable) existencia de un delito y la (probable) responsabilidad criminal del sujeto pasivo de la medida, la existencia –en los primeros recaudos[40]- de *fundados* y *graves elementos de convicción*. No parece adecuada la utilización de la frase "*elementos de convicción*", en la medida que ello importa que el Juez, en un momento anterior al enjuiciamiento, ostente la *certeza* de que el proceso culminará con una sentencia condenatoria[41], y es imposible arribar a dicho

una imputación por una pluralidad de delitos (tanto desde la perspectiva del fumus boni iuris, como del periculum in mora).

[38] Por esta razón no debe descartarse una modificación del art. 268 NCPP en dicho extremo que incluya, como lo hace la LECr española, la necesaria valoración según el caso, de uno o varios delitos.

[39] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 129.

[40] La referencia a los primeros recaudos, es legítima si se tiene en cuenta que en un gran número de casos la prisión preventiva se adoptará en el mismo momento en que se formalice la investigación o cuando formalizada ésta, se ponga al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria. Pero como se analizará en el apartado de Procedimiento, es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva en un estadio procesal avanzado. Y es evidente que en este caso se evalúa lo desarrollado durante el proceso y no sólo los primeros recaudos.

[41] El Diccionario de sinónimos de la Universidad de Oviedo considera que los términos convicción y certeza, son sinónimos. Vid. http://tradu.scig.uniovi.es/sinon.cgi. En la Doctrina procesal peruana, MONROY PALACIOS también utiliza estos términos en un sentido equivalente: *"(...) encontramos una etapa radicalmente distinta ubicada en el momento en que el juez expide sentencia. En este caso (...) el juez ha formado convicción (certeza) y expide un pronunciamiento que concluye con el grado de jurisdicción (...).* MONROY PALACIOS, J.J., *Bases para la formación de una teoría cautelar,* Comunidad, Lima, 2002, pp. 171-172.

nivel de certeza o convicción cuando es obvio que a tal situación solo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas del contradictorio[42].

Si la prisión preventiva debe cumplir con el objetivo de asegurar el desarrollo del proceso y la ejecución de la pena que pudiera dictarse en la sentencia condenatoria, es evidente entonces que por regla general, ésta deberá ser interpuesta por un juez en un estadio anterior al pronunciamiento jurisdiccional en el que se declare la responsabilidad penal del imputado[43]. Esta contradicción se intensifica en el momento en que la propia norma señala que es en virtud de dichos *elementos de convicción* que el Juez puede "*estimar razonablemente*" la comisión del delito. Alguien que se encuentra convencido de la constatación de los hechos que configuran la imputación, luego, no *estima*[44] tal situación.

El adjetivo "*graves*" tampoco ofrece muchas luces en la interpretación del requisito, en la medida que es verdaderamente *oscuro* si se le sitúa en el contexto de interpretación de una norma procesal. No se está frente a una evaluación del grado de responsabilidad penal del imputado, sino ante la necesidad de verificar la fundabilidad de la pretensión. Un medio de prueba puede ser más o menos útil (pertinente)

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[42] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión..., cit.,* pp. 108 – 109.

[43] Sin embargo, es necesario señalar algunos matices. Es posible aplicar la prisión preventiva en sede recursal. El NCPP autoriza la prolongación de la prisión preventiva en la medida que de conformidad con el art. X del TP, la presunción de inocencia alcanza al procesado hasta que no exista una sentencia firme que demuestre lo contrario. Y esa firmeza se vincula con la decisión que asuma el superior en sede recursal. Cuando la sentencia de primera instancia es condenatoria, se ve reforzada su presencia y puede aplicarse o prolongarse la prisión preventiva, en aras de asegurar la ejecución de la pena, cuando la sentencia sea firme. Existe una imputación delictiva que refuerza su apariencia con la sentencia condenatoria impugnada, y desde luego, pueden existir razones para presumir la fuga del imputado durante el procedimiento recursal (siempre que concurran los supuestos establecidos en el NCPP, nunca se aplica la prisión preventiva de forma automática). No obstante ello, nada de esto se explica si acudimos al art. 402 NCPP que regula –al parecer de forma automática- la ejecución provisional.

[44] Según el Diccionario de la Real Academia Española, por estimar se entiende apreciar, evaluar algo. Juzgar, creer. Vid. www.rae.es. Es incompatible que alguien que estima una situación determinada, a su vez, tenga certeza o convicción. Aun cuando sea una estimación razonable (basada en motivos racionales), se basa en un juicio de probabilidad.

para valorar una situación, pero no más o menos grave. En todo caso, si -como se analiza más adelante- la prisión preventiva requiere de una prognosis de pena para ser aplicada, es éste el escenario donde se debe evaluar la presunta gravedad del delito, y no en la verificación del *fumus boni iuris.*

Una interpretación coherente con la intención del legislador al momento de regular el *fumus boni iuris* en el NCPP, requiere que la referencia a los *graves elementos de convicción* se valore desde la perspectiva de los términos *fundados* y razonable (razonablemente en palabras del Código). Para aplicar la prisión preventiva debe existir un juicio asentado en criterios objetivos que permitan identificar los elementos que conducen a una razonada atribución del hecho punible. Queda descartada cualquier aplicación automática o arbitraria de los presupuestos establecidos por el ordenamiento procesal, y se garantiza el principio de proporcionalidad. Por *graves* debe interpretarse lo mismo que por *fundados*, es decir, se requiere "algo más" (un "*plus*" material[45]) que *elementos suficientes* para *estimar* la probable comisión de un delito por parte del imputado.

Si el Juez debe valorar los elementos que arrojen un *alto grado de probabilidad*[46] de sancionar al imputado como autor o partícipe del delito que es objeto de imputación, esto sólo se acredita luego de verificar un predominio de las razones que pueden justificar la imposición de la condena, sobre las razones divergentes o las justificativas de una sentencia absolutoria. Así, la *probabilidad* se diferencia de la *posibilidad* (*suficientes elementos* según el CPP de 1991) en que ésta sólo requiere una *equivalencia* entre las razones favorables o contrarias a la hipótesis[47]; y de la *certeza* (vinculada a

[45] GIMENO SENDRA, V., "La prisión provisional y derecho a la libertad", *Prisión provisional, Detención preventiva y Derechos fundamentales* (coord. Marino Barbero Santos), Colección Estudios, Cuenca, 1997, p. 149.
[46] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p.1123.
[47] La regulación del NCPP intentó paliar dos defectos existentes en la regulación del CPP de 1991. Éste establecía como requisito la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito (art. 135.1), redacción criticable, primero, porque es imposible que el

la sentencia condenatoria), en que ésta se alcanza sólo una vez que es posible rechazar, sin motivo de duda razonable, las razones contrarias a la hipótesis.

El NCPP asume una posición muy similar a la del ordenamiento español, que al requerir *motivos bastantes* para la aplicación de la prisión preventiva[48], acerca la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como *probable* y no como *posible, un alto grado de probabilidad* si se quiere, *cercano* a la convicción o certeza pero nunca idéntico[49].

El *fumus boni iuris* no equivale a una declaración de culpabilidad porque en tanto no exista una sentencia firme de condena existe presunción de inocencia, la cual no admite limitaciones, ni graduaciones: se es inocente

---

juez evalúe elementos probatorios en un acto distinto al juicio oral, mucho menos, en sede preliminar o preparatoria; y segundo, porque la expresión suficientes elementos situaba el umbral de cognición en una situación desproporcionada con la limitación de libertad del individuo. Implica antes que una probabilidad, la sola necesidad de verificar una sospecha (posibilidad), equiparable al requisito exigible para el inicio de una investigación criminal. En relación con la utilización del término "elementos probatorios", si bien REÁTEGUI SÁNCHEZ la critica en el ámbito del CPP de 1991 –coincido con esa postura-; sostiene en relación con el NCPP [en referencia al art. 271.1 NCPP] que la audiencia contradictoria previa a la aplicación de la prisión preventiva permite que la información [utilizada para determinar la procedencia de la prisión preventiva] adquiera una connotación de "actos probatorios". REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *En busca de la prisión preventiva*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 177. Más adelante se analiza en este trabajo las condiciones y principales características del procedimiento para aplicar la prisión preventiva [entre ellas la audiencia contradictoria] pero ahora es posible sostener que no considero que la misma otorgue a los medios de prueba que en ella se ventilan [vinculados a demostrar la existencia o inexistencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*] la condición de pruebas en sentido estricto. Éstas no son capaces de acreditar la existencia o la inexistencia del hecho, ni, la responsabilidad penal del imputado. El debate contradictorio no es uno que discuta la responsabilidad penal y dicha audiencia no incluye todas las garantías del juicio oral. Para que determinado medio probatorio adquiera la condición de prueba, no basta la realización de un debate contradictorio mínimo.

[48] Art. 503.1.2º de la LECr española.- "que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión".

[49] Una redacción como ésta hubiera cumplido exactamente las mismas exigencias: "que existen fundados elementos para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo".

mientras no se demuestre lo contrario en el juicio oral y se haya emitido sentencia condenatoria contra el acusado[50].

Es por esta razón que constituye un error establecer que el requisito de la sospecha para aplicar la prisión preventiva es una consecuencia de la presunción de inocencia[51]. Se es inocente hasta la sentencia condenatoria firme, no en función de los medios de prueba existentes según el estadio en que se encuentre el proceso. El *fumus boni iuris* es en realidad una expresión cabal del principio de proporcionalidad[52]. Porque cuando la prisión preventiva solo admite la persecución de fines estrictamente procesales –como ocurre con el NCPP-, entonces se entiende que es compatible con la presunción de inocencia. Sin embargo, ello no significa que en un determinado caso concreto esta medida sea absolutamente desproporcionada. Incluso, cuando la prisión preventiva se repute *necesaria* porque es la única capaz de asegurar el resultado del proceso [cuando independientemente del *fumus boni iuris* el peligro procesal es altísimo: vgr.: indigente, prófugo, miembro de una organización criminal, etc.] pero no supere el test de proporcionalidad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En este caso se aplica el mismo razonamiento que el desarrollado anteriormente en relación con la imposibilidad de aplicar la medida de prisión preventiva a los procesos por faltas. No existe una mayor lesión a la presunción de inocencia frente a la existencia de una imputación con indicios suficientes, que, frente a una que se apoye en indicios razonables y

[50] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p. 1124.

[51] DE ARAUJO JUNIOR, J.M., "Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los Derechos del Hombre en Brasil", *RIDP,* Francia, 1993, p.986; Ibáñez Guzmán, A., "La presunción de inocencia y la Constitución Nacional", *Derecho Penal y Criminología*, Colombia, N 47-48, 1992, pp. 115-117.

[52] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p. 1125: (…) "Lo que está en juego con la prisión preventiva en orden al *fumus delicti comissi [fumus boni iuris]* no es la presunción de inocencia –cuya exigencia en relación con las medidas coercitivas es que no persigan los fines de las penas, ni que se transformen en una pena anticipada, lo que se erige en un límite a su configuración legal- sino el principio de intervención indiciaria". En el mismo sentido, el Tribunal Federal Constitucional alemán resolvió que la existencia de la sospecha fundada es una consecuencia del principio de proporcionalidad. BVerfGE 19, 342 (347-348). Citado por LLOBET *RODRÍGUEZ, J., La Prisión…, cit., p. 197.*

fundados; lo que existe es una distinta valoración de la proporcionalidad. Porque resulta más coherente aplicar la prisión preventiva cuando existe una base probatoria sólida, en la medida que mayor es la posibilidad que la consecuencia jurídica que se pretende asegurar sea ejecutada en la sentencia. Por eso en este caso el legislador también sustituye el razonamiento judicial, aunque esta vez lo hace a través de una regla mucho mas abierta [en el caso anterior excluye la utilización de la prisión preventiva en los procesos por faltas, que es un universo claramente identificable. Aquí excluye los casos en los que no existan fundados y graves elementos de convicción, lo que exige determinar esa situación caso por caso].

Establece la obligación judicial de solo aplicar la prisión preventiva a aquellos casos en los que existan fundados y razonables elementos de convicción, lo que involucra una amplia discrecionalidad para establecer cuando se cumple con dicho requisito. Pero ello no quiere decir que tal afirmación no deba estar debidamente motivada y que no sea posible evaluar la razonabilidad de la decisión.

Esto demuestra claramente que la prisión preventiva es una medida dinámica, como también lo es la propia imputación del proceso penal. Porque se deberá acudir al análisis del caso en todo momento procesal, en la medida que con el transcurso del tiempo los datos que amparan la fundabilidad de la medida no son los mismos. Estos pueden fortalecerse o debilitarse.

II.1.3. La (posible) existencia de una causa de justificación, exención o extinción de responsabilidad penal en la imputación delictiva

Un dato relevante para atribuir al imputado la probable comisión de un delito, está referido a los casos en los que el objeto de la investigación

penal viene constituido por un hecho[53] (acción u omisión) sobre el que recae (o puede recaer) una causa de justificación, exención o extinción de responsabilidad penal (art. 20 del CP peruano). La probabilidad de condena queda descartada en los casos que se acredite la existencia de un elemento que impida sancionar penalmente al imputado[54], y es evidente que en estos casos tampoco procede la prisión preventiva, en tanto no sólo se requiere una imputación delictiva, sino una que se sustente en suficientes elementos para calificar de *probable* la responsabilidad penal del imputado[55].

Lo que ocurre es que si en la Investigación Preparatoria (o en cualquier instancia del proceso) se acredita uno de estos elementos, ello no sólo descarta la medida limitativa, sino la propia existencia de un proceso que no puede cumplir con su objetivo[56]. Lo que en realidad debe valorarse son los indicios y elementos reveladores de la existencia de una de las causas reguladas por el art. 20 CP peruano[57], donde no se podrá acreditar con absoluta certeza la ausencia de responsabilidad penal del individuo, pero sí la probabilidad de que ello pueda ser demostrado en el proceso. Los indicios que revelen la probabilidad de que en el desarrollo del proceso penal se podrá verificar la existencia de una causa de justificación, extinción o exención de la responsabilidad penal, deben valorarse como

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[53] De conformidad con lo explicado en el párrafo anterior es obvio que las causales del art. 20 se aplican también en función de la imputación de uno o varios hechos delictivos.
[54] GIMENO SENDRA, V., "La prisión... ", *cit.,* p. 439.
[55] La LECr española lo menciona expresamente: art. 502.4.- "no se adoptará en ningún caso la prisión preventiva cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación".
[56] Entre las excepciones reguladas por el art. 6 del NCPP, se encuentra la Excepción por improcedencia de acción (antes llamada "excepción de naturaleza de acción"), que puede interponerse en los casos que el hecho [imputado] no constituye delito o no es justiciable penalmente. Cuando se declara fundado dicho medio técnico de defensa, el proceso debe ser sobreseído definitivamente, no es necesario el desarrollo del juicio oral para la verificación de la causa que descarta la antijuricidad o incluso la punibilidad del hecho objeto de procesamiento.
[57] El art. 20 CP peruano incluye los supuestos de grave alteración de la conciencia, anomalía psíquica, alteraciones de la percepción, el menor de 18 años, legítima defensa, miedo insuperable, estado de necesidad, etc. Es decir, reúne aspectos que afectan la culpabilidad por el hecho, y por otro lado, la categoría del injusto (antijuricidad – causas de justificación).

contraindicios o *razones divergentes* que influyen en la verificación del *fumus boni iuris*[58].

Esta afirmación guarda una estrecha relación con la posición de un sector de la doctrina española que distingue *dos grados de apariencia de buen derecho*: los indicios racionales de criminalidad, que serían suficientes para acordar medidas como la libertad provisional o comparecencia, y los "motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado" (elementos de convicción en el NCPP), que suponen un *plus* material y deben concurrir para aplicar la prisión preventiva, evitando la posibilidad de decretar la medida cuando su destinatario está (o pueda estar) exento de responsabilidad criminal[59].

Postura que ha sido criticada por MÁLAGA DIÉGUEZ, quien sostiene que esta interpretación no puede convencer, si se tiene en cuenta que la eventual concurrencia de una causa de exención, cuando es controvertida, no impide la apertura del juicio oral, y consiguientemente, tampoco elimina la posibilidad de acordar medidas que tienden a asegurar la eficacia de la futura sentencia condenatoria o a garantizar la comparecencia del imputado en el acto del juicio. Señala además, que si esa causa de exención ha quedado suficientemente acreditada durante la instrucción, desaparece el *fumus boni iuris* necesario para la adopción de cualquier medida provisional, sencillamente porque no hay sustento para la imputación y lo que procede es declarar el sobreseimiento[60].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[58] Esta parece ser también la postura de REYNA ALFARO, quien sostiene que la existencia de elementos que pongan en duda la concurrencia de las exigencias de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, obstaculizan la posibilidad de imponer mandato de prisión preventiva. *El proceso..., cit.,* p. 412. En el mismo sentido Llobet Rodríguez: "*(…) La afirmación del grado de probabilidad se refiere a que el imputado haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable; por ello, la duda acerca de la existencia de circunstancias que harían justificado el hecho o que excluirían la culpabilidad impediría el dictado de la prisión preventiva" (…) La prisión..., cit.,* p. 208.

[59] GIMENO SENDRA, V. *Los procesos penales* (con Conde – Pumpido Tourón, y J. Garberí Llobregat), T. IV, Bosch, Barcelona, 2000, p.17

[60] MÁLAGA DIÉGUEZ. F., "El fundamento…", *cit.,* pp. 167-168, Nota 103.

No se puede estar de acuerdo con la crítica realizada por el autor, porque realiza un análisis del *fumus boni iuris* de carácter estático, una evaluación en función de su existencia o inexistencia, según se acredite o no la causa de exención, cuando bien es cierto que el *fumus boni iuris* es en realidad una *evaluación de grado* (recordemos que no se configura en función de una certeza, sino, de una probabilidad), puede no acreditarse la total ausencia de indicios delictivos, pero sí, su *insuficiencia* para decretar una prisión preventiva. Es posible analizar la presencia en el proceso, aunque controvertida, de la *posible* presencia de una causa de justificación, exención o extinción de responsabilidad penal en la imputación que constituye el objeto del proceso, y ello, incide en la valoración de los *motivos bastantes* o los *razonables elementos de convicción* que constituyen el presupuesto para aplicar la medida cautelar personal más grave que prevé el ordenamiento procesal.

Puede que exista una duda razonable, suficientes elementos que acrediten una posible presencia de una de estas causas, y ello, si bien no siempre descarta la realización del proceso o del juicio oral (por lo que debe esclarecerse concretamente dicha premisa en el enjuiciamiento o durante la investigación preliminar) sí puede descartar la imposición de la prisión preventiva. Ello no sólo porque existe una menor contundencia del fumus boni iuris, sino porque además en el proceso penal peruano puede constituir un elemento que afecta la valoración del límite penológico[61].

Similar crítica puede realizarse respecto de la posición de PUJADAS TORTOSA: (…) "De reputar válida su interpretación del texto legal [en referencia a la interpretación que realiza GIMENO SENDRA] coincidiría con dicho autor, 1) que para imponer la prisión provisional (o cualquier otra medida cautelar penal) ha de haberse procesado o imputado previamente al sujeto, y 2) que la

[61] El art. 21 CP peruano dispone que "En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal" (Responsabilidad atenuada).

actual prisión preventiva resulta innecesaria desde que "se sabe" procede el sobreseimiento libre por ausencia de responsabilidad del sujeto imputado. No obstante para que lo anterior suceda ha de ser evidente que existe una causa de exención (lo que no siempre es fácil) y, además, ha de tenerse en cuenta que no siempre se decretará dicho sobreseimiento. (…) En mi opinión el contenido y gravedad de la medida no condiciona el FBI que haya de apreciarse, ni a la inversa: no existe una relación directa entre el FBI y el contenido y gravedad de la medida a imponer sino que estos últimos aspectos dependen del riesgo y peligrosidad advertidos (…)[62].

La crítica que se realiza a la posición de MÁLAGA DIÉGUEZ se extiende a la postura de PUJADAS TORTOSA. Al parecer el error parte de una indebida equiparación entre imputación y fumus boni iuris. Cuando la prisión preventiva requiere motivos bastantes o –como sucede en el ordenamiento procesal penal peruano- "fundados y graves elementos de convicción"; es evidente que la evaluación del Juez para adoptarla exige considerar elementos adicionales a aquellos que son necesarios para la instauración de un proceso. La evaluación se fragua en torno al grado de certeza de la imputación penal, no se está ante un problema de existencia o inexistencia de una causa de justificación o exención de pena.

Si desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, es posible realizar una prognosis en torno al resultado del proceso penal como condición legitimante –entre otras- para aplicar la prisión preventiva, también debe ser posible una prognosis que –evaluando los datos que serán discutidos en el proceso e impiden una sanción penal contra el imputado- descarte la prisión preventiva en orden a una decisiva influencia en una configuración de un fumus boni iuris específico. Se deben evaluar criterios –positivos y negativos adicionales- a los que se requieren para establecer la justificación de un procesamiento penal.

[62] PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general..., cit.,* p. 136.

II.1.4. *Fumus boni iuris* e imputación formal

Cuando se analiza el *fumus boni iuris* y con él, la naturaleza de la imputación delictiva que constituye un requisito elemental para la aplicación de la prisión preventiva, suele analizarse la diferencia de ésta con la imputación formal[63] que requiere un ordenamiento procesal para justificar el procesamiento de determinada persona.

Para un sector de la doctrina española existe una plena identificación entre *fumus boni iuris* e imputación formal, en la medida que aquél concurre cuando existen indicios racionales y fundados de que el destinatario de la medida ha participado en la comisión del presunto hecho delictivo, y esos indicios se verifican precisamente cuando esa persona se encuentra imputada o procesada, por lo que no es de extrañar que la adopción de la prisión preventiva acostumbre a producirse en el mismo momento en que se formaliza la imputación[64].

Para otro sector, en el *fumus boni iuris* se necesitan más datos que aquellos que justifican el procesamiento de determinado imputado[65], y a tal conclusión se arriba sobre la base de establecer una diferencia entre el análisis de los "*motivos bastantes*" a los que alude el art. 504 LECr española como presupuesto de la prisión preventiva; y los "*indicios racionales de criminalidad*" que exige el art. 384 LECr para dictar auto de procesamiento contra el imputado[66].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

[63] Para MONTÓN REDONDO ésta constituye *(…) "un acto judicial garantizador de que el [imputado] sólo será enjuiciado cuando concurran indicios de responsabilidad racionalmente suficientes (…) se configura como un requisito de procedibilidad para la apertura del Juicio Oral (…)".* MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal,* Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2004, p. 215.

[64] MÁLAGA DIÉGUEZ. F., "El fundamento…", *cit.,* p. 166. Señala además que tanto la imputación como la adopción de la medida se asientan en una primera y provisional atribución al encausado de la comisión del hecho punible, por lo que es precisamente en ese prejuzgamiento donde se manifiesta en toda su crudeza la colusión entre la tutela provisional y la presunción de inocencia.

[65] AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* T. IV, Reus, Madrid, 1924, p. 202.

[66] GIMENO SENDRA distingue dos grados de apariencia de buen derecho: los indicios racionales

Quienes abogan por una ausencia de identidad entre ambos presupuestos sostienen que para declarar procesado al presunto culpable basta un solo dato que la razón estime digno de tenerse en cuenta para dudar de la inocencia del imputado (*"indicios racionales de criminalidad")*, mientras que para la prisión preventiva se necesita más que eso, pues son precisos *motivos bastantes*, elementos que puedan servir de base y fundamento a un raciocinio en virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito, el cual además debe ser suficiente para que el Juez considere probables las sospechas que pesan contra el imputado, y que exista una convicción de las mismas en relación con los datos que hasta entonces puedan apreciarse del sumario. Y dicha postura además, tiene una importante consecuencia práctica, para quienes la defienden, no se puede dictar prisión preventiva contra una persona si antes no se ha dictado auto de procesamiento. Es necesario que el juez declare al imputado procesado previamente o conjuntamente con el auto de prisión preventiva[67].

Sin embargo, la discusión referida a la LECr española es una que se sustenta en un análisis vinculado a una *imputación judicial*, en la medida que el diseño de este proceso penal atribuye al Juez la instrucción previa al juicio

---

de criminalidad (suficientes para acordar medidas como la libertad provisional) y los motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado (que suponen un plus material que debe concurrir para adoptar la prisión preventiva). Es decir, para el autor el fumus boni iuris necesario para acordar la prisión preventiva es cualitativamente superior al exigido para dictar el auto de procesamiento, requiere una valoración subjetiva sobre la responsabilidad penal del sujeto. GIMENO SENDRA, V., *Derecho…, cit.,* p. 541. En el mismo sentido ASENCIO MELLADO, quien sostiene, desarrollando la idea anterior, que por indicios se entiende la idea de una simple posibilidad racional, de una sola duda sobre la inocencia, mientras que los motivos [bastantes] implican un mayor grado de certeza sobre el juicio de reproche, una convicción basada en los datos del sumario que permitan sostener, de forma provisional, la responsabilidad criminal del sujeto. ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión…, cit.* p. 118.

[67] Sin embargo, se debe tener en cuenta que dicha postura fue defendida en el ordenamiento español, con anterioridad a la introducción del Tribunal del jurado y el procedimiento abreviado, en los que no existe el auto de procesamiento en sentido estricto. Por lo que si bien se mantiene la postura que diferencia la imputación formal del fumus boni iuris, desde una perspectiva práctica no puede sostenerse que el auto de procesamiento es un acto procesal que constituye un requisito previo en cualquier proceso penal. MONTÓN REDONDO sostiene en relación al proceso penal español que: "ni en el [proceso] abreviado, ni en el rápido, ni el que se sigue para las causas ante el Tribunal de Jurado hay procesamiento, y en el procedimiento por faltas ni siquiera se produce imputación (…)". MONTÓN REDONDO, A., *Derecho..., cit.,* p. 216.

oral. Discusión que pudiera extenderse al ordenamiento procesal peruano en relación al análisis del CPP de 1940 y el CPP de 1991, en los que se mantuvo la instrucción a cargo de un juez[68], pero que debe matizarse en el tratamiento de una medida cautelar personal que ahora se desarrolla en un proceso penal donde la investigación preparatoria se adjudica al Ministerio Público y en la que el Juez de la Investigación Preparatoria se limita a asumir la función de "juez de garantías".

Es por esta razón que la exigencia formal de carácter previo al auto de prisión preventiva, ahora la ubicamos en lo que el NCPP denomina "Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria". El art. 336 NCPP dispone que si el Fiscal interpreta – a raíz de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares- que aparecen *indicios reveladores de la existencia de un delito*, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la *formalización* y la *continuación* de la Investigación Preparatoria.

Una comparación de esta norma con la referencia que realiza el art. 268 a la apariencia de buen derecho necesaria para dictar prisión preventiva, demuestra que los requisitos de *la formalización de la investigación* –que debe ser aprobada por el Juez- y el *fumus boni* iuris de la prisión preventiva, no son equivalentes, no basta la presencia del primero para considerar la existencia del segundo, toda vez que existe una clara diferencia entre la expresión "*indicios reveladores de la existencia de un delito*", y la de "*fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito*". En el primer caso, basta un juicio

[68] La estructura del CPP de 1991 no adjudicaba al Juez la función instructora o investigadora previa al juicio. Lo que ocurre es que al entrar en vigencia los arts. 135 y ss del CPP de 1991 (que constituyen desde el año 1991 la regulación vigente en materia de prisión preventiva y medidas alternativas –salvo en los distritos judiciales en los que ya se encuentra vigente el NCPP-) éstos se aplicaban de acuerdo a la estructura del CPP de 1940, es decir, en un esquema procesal en el que permanecía la figura del "Juez instructor". Las normas relativas a la estructura y desarrollo del proceso regulado por el CPP de 1991 nunca entraron en vigencia.

que se asienta en la posibilidad de que luego exista una sentencia de condena; en el segundo, es evidente que se exige un alto grado de probabilidad de sancionar al imputado como autor o partícipe[69].

Ahora bien, también es cierto que en el proceso penal peruano la formalización de la investigación preparatoria sí constituye un requisito previo para aplicar la prisión preventiva –y cualquier otra medida cautelar personal-. El art. 338.4 dispone que si el Fiscal debe requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias como la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, está *obligado* a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. En consecuencia, la prisión preventiva sólo puede ser dictada si existe una formalización de la investigación, o conjuntamente con ella[70].

II.1.5. Límite penológico

Una aproximación a los ordenamientos procesales de nuestro entorno demuestra que la pena asignada al delito constituye un límite referencial vinculado a la gravedad de la imputación delictiva que se exige para la aplicación de la prisión preventiva[71].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[69] Sin embargo, la "equivalencia" si es válida para el análisis del art. 135 del CPP de 1991 y el art. 77 del CPP de 1940. Sin duda alguna una comparación entre el art. 77 del CPP de 1940 (que regula los requisitos del auto apertorio de instrucción – auto de procesamiento) y el art. 135 del CPP de 1991 (que regula la prisión preventiva, y por lo tanto, el fumus boni iuris que exige su aplicación) demuestra que en este caso sí existía una identidad entre ambas imputaciones. El art. 77 exige, para abrir instrucción contra el imputado, indicios suficientes o elementos reveladores de la existencia de un delito; y el art. 135 del CPP de 1991 requiere para dictar mandato de detención (prisión preventiva) la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. Es decir, ambos actos procesales se justifican en un escenario vinculado a la "posibilidad de una condena" (suficiencia).

[70] Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la República en vía de casación: "[la prisión preventiva] sólo puede tener lugar en los ámbitos de una investigación preparatoria formal, vale decir, que se haya dictado la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria a que hace referencia el art. 336 NCPP (…)." Sala Penal Permanente, Casación N° 1 – 2007, Huaura, fundamento de derecho Cuarto. Esta casación tiene una especial importancia por que es la primera que se dicta en relación con el NCPP.

[71] Así ocurre con el art. 503.1.1° de la LECr española que establece el límite penológico en dos años (aunque como veremos, dicho límite admite excepciones). El art. 141 del NCPP chileno establece que no podrá ordenarse la prisión preventiva si el delito imputado

Se establece una pena tipo que se puede manifestar en el ordenamiento procesal como una de carácter abstracto –la pena conminada por el Código penal respectivo para el delito materia de imputación-; o una de carácter concreto -que obliga a una labor de *prognosis* del juzgador para establecer cuál es la (probable) pena a imponer en el caso específico, tomando como base la pena conminada por el CP- y que constituye la referencia a la consecuencia jurídica que se prevé, si fuera el caso que el proceso culmine con una sentencia condenatoria.

El art. 268.1.b) NCPP señala que la prisión preventiva procede cuando *la sanción a imponer en el proceso sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.* El legislador elige el límite de 4 años, porque constituye a su vez el límite para declarar la suspensión condicional de la pena (art. 58 CP peruano). Es decir, se entiende que no es necesario aplicar la prisión preventiva cuando existen altas probabilidades que el proceso culmine en una sentencia condenatoria que no decida la imposición de una pena privativa de libertad efectiva.

Calificamos esta figura como un límite penológico (presupuesto), antes que como un *criterio* para la determinación del peligro de fuga, porque en realidad lo único que nos indica es que con el NCPP es materialmente imposible aplicar la prisión preventiva a un imputado al que se sigue un proceso penal en el que existen altas probabilidades de que la pena a imponer se encuentre por debajo de ese límite[72].

Partiendo de esta premisa, es necesario tomar distancia entonces de la doctrina española, que sostiene que el límite penológico establecido por el legislador debe ser siempre analizado desde la perspectiva del riesgo de

estuviere sancionado con una pena no superior a la de presidio o reclusiones menores en su grado mínimo. El art. 292.2 del NCPP de El Salvador, establece el límite penológico en tres años. El NCPP de Ecuador, en un año (art. 167.3).

[72] Y como ya se dijo, esto corrobora el análisis realizado en torno a la imposibilidad de imponer prisión preventiva en un proceso por faltas, en la medida que el CP peruano no prevé una pena de esa naturaleza en su Libro III.

fuga, en la medida que es un instrumento a través del cual el legislador establece una *pena tipo*, a partir de la cual presume la posibilidad de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia[73], una *presunción legal de incomparecencia*[74] que se sustenta en la máxima de *a mayor pena esperada, mayor es el riesgo de evasión a la justicia del imputado*[75].

Desde dicha perspectiva, el "límite penológico" constituiría un elemento integrante del *periculum in mora* (y por tanto, un *criterio* –que se sustenta en una presunción que debe ser valorada junto con otros elementos del caso- para la verificación del peligro de fuga) sin embargo, en la regulación de la prisión preventiva que acoge el NCPP, en realidad éste constituye un elemento que forma parte del *fumus boni iuris.* Y ello se explica por el hecho de que la LECr española y el NCPP no regulan el límite penológico de manera idéntica[76].

La LECr española exige, como regla general, que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos delictivos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión (límite penológico).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[73] JORGE BARREIRO, A., "La prisión…", *cit.*, p. 57.
[74] Ibáñez y García de Velasco, M., *Curso…, cit.,* p. 199.
[75] ASENCIO MELLADO, J.M., "Los presupuestos…", *cit.,* p. 129.
[76] Sin embargo, sí existe Doctrina Jurisprudencial que considera al límite penológico regulado por el sistema español como integrante del fumus boni iuris: *"El «fumus boni iuris» consiste en un juicio de imputación o de fundada sospecha de la participación del imputado en el hecho punible, desde un punto de vista formal, y desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier delito, sino de un delito castigado con pena privativa superior a prisión menor/equivalente, en la actualidad, a tres años de prisión (...). Es decir, la existencia de indicios racionales de una imputación de especial gravedad" (…).* [Auto de 21 de enero de 1997, ARP 1997/11. Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª)]. Como se puede ver, denomina claramente al *fumus boni iuris*, como una imputación de especial gravedad. Y analiza, la imputación, en un sentido formal y material, aludiendo claramente en este último caso a la gravedad de la pena conminada. Por lo tanto, es perfectamente posible entender que el fumus boni iuris en el ordenamiento español, también comprende el límite penológico. Independientemente que la gravedad de la pena sea considerada, además, como un criterio del peligro de fuga. En el NCPP peruano, la diferencia es más clara porque, como ya se dijo, se regula en dos normas claramente diferenciadas.

Sin embargo, existen hasta cuatro supuestos en donde no resulta de aplicación el mínimo punitivo de dos años: a) cuando con independencia del fin que persiga la prisión provisional, el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso (503.1.1º); b) si la prisión provisional tiene como fin asegurar la presencia del imputado en el proceso y hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda en los dos años anteriores [503.1.3º.a)]; c) cuando con dicha medida cautelar se pretende evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima [503.1.3º.c)]; y, d) cuando la prisión provisional persiga conjurar el riesgo de reiteración delictiva y el imputado pertenezca a una organización criminal o realice sus actividades delictivas con habitualidad [503.2 – último párrafo][77].

En ese sentido, en la medida que el límite penológico admite excepciones en el ordenamiento procesal penal español, no constituye un requisito invariable de la imputación delictiva que configura la base del *fumus boni iuris*. Ello quiere decir que la regla general involucra que la gravedad de la pena fijada por el legislador constituya un criterio que permite *presumir* el riesgo de fuga (siempre que concurran otras motivaciones para su aplicación); pero en el caso de los cuatro supuestos excepcionales, la valoración del peligro de fuga se desliga de un análisis de la pena concreta (o abstracta)[78].

El NCPP, en cambio, establece en 4 años un límite penológico que no admite excepciones. Lo que quiere decir que el universo de conductas a las que se puede aplicar la prisión preventiva, no incluyen cualquier imputación

[77] GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal…, cit.,* p. 540.

[78] Sin embargo, MORENO CATENA sostiene que se conjuga la apariencia de buen derecho para decretar la prisión preventiva con otros factores que la justificarían a base de un pretendido *periculum in mora* que no siempre puede considerarse constitucionalmente fundado. Cita el ejemplo de la mera existencia de antecedentes penales los cuáles aunque lo sean por delito doloso, no cumplen con el presupuesto de fumus boni iuris si la pena asignada al delito [imputado] es insignificante; toda vez que la ley autoriza a que la duración de la prisión preventiva en delitos menos graves tenga una duración igual o inferior a la pena de prisión que se imponga en la sentencia. MORENO CATENA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 284.

delictiva; sino *sólo* aquellas cuya pena a imponer supere los 4 años de pena privativa de libertad, y ello independientemente de que exista una presunción legal de incomparecencia. Al no admitir excepción, entonces, es evidente que el límite penológico debe incluirse en el *fumus boni iuris*[79].

La apreciación de este elemento no incluye una valoración del peligro procesal, es sencillamente un presupuesto. Una imputación cuya prognosis sea inferior a dicha pena, no integra ni puede integrar el *fumus boni iuris*[80]. De lo que se desprende que en el NCPP el *fumus boni iuris* comprende: *una imputación delictiva sobre la que recaigan razonables elementos de convicción que permitan prever que es posible condenar al imputado,* a una pena superior a 4 años de pena privativa de libertad.

Esta afirmación se encuentra respaldada por dos situaciones concretas: 1) como veremos más adelante, el NCPP incluye además del límite penológico [art. 268.1.b)], la gravedad de la pena como criterio para evaluar el peligro de fuga [art. 269.2]. Lo que quiere decir que en aquél la posible pena a imponer se postula como un requisito estable que no exige una valoración en torno a la conducta del imputado[81], y en éste funciona como un criterio, que debe evaluarse –junto con otros- para analizar como es que la posible pena a imponer influye en el comportamiento del

[79] En la doctrina peruana, CÁCERES JULCA también incluye el límite penológico en el fumus boni iuris: "*atendiendo a un criterio material, no es suficiente la imputación de cualquier delito o contravención, sino de un delito grave, castigado con pena privativa (…) de libertad*". CÁCERES JULCA, R. Las *medidas de coerción procesal penal,* Idemsa, Lima, 2006. p. 246. [Sólo habría que añadir que en el NCPP es un delito castigado con una pena privativa de libertad de 4 años; y, que no debe analizarse la pena conminada, sino la pena concreta, la "pena a imponer"].

[80] Exactamente lo mismo ocurre en los ordenamientos que incluyen como presupuesto, la obligación de que la prisión preventiva sólo se aplique para el caso de delitos dolosos (como ocurría con la "versión original" del CPP de 1991). No es que exista una presunción (vinculada a la existencia del "peligro procesal") sólo a partir de la comisión de un delito doloso, sencillamente es un presupuesto que el ordenamiento establece como regla específica y que no admite excepciones.

[81] No exige una valoración –adicional- de la conducta, antecedentes y situación personal del imputado, para la configuración del fumus boni iuris. Cosa distinta es que sí la exija para aplicar la prisión preventiva. Esto es, en el marco de la configuración del periculum in mora que acompaña al primer elemento.

imputado durante el desarrollo del proceso penal[82]; y, 2) Cuando se aplica la prisión preventiva para evitar el peligro de obstaculización (y éste no coincide con el peligro de fuga) en el NCPP, el límite penológico también opera como presupuesto de la prisión preventiva (integra el *fumus boni iuris*), y en este caso no existe presunción alguna vinculada a la posible fuga del imputado, por la sencilla razón que en este caso específico el riesgo de huída no constituye un presupuesto para la aplicación de la medida cautelar personal.

Por otro lado, cuando el NCPP dispone que debe valorarse la "*pena a imponer*", queda claro que exige una *prognosis* de la sanción. El Juez no sólo debe revisar la pena conminada (abstracta), debe analizar además, cual es la *pena probable (concreta)*. Un análisis de la norma obliga a descartar la prisión preventiva en los casos que la pena conminada en su extremo máximo no *supere* los 4 años de pena privativa de libertad[83], pero incluso cuando la misma supere dicho límite, debe valorarse si en el caso concreto, la gravedad del delito es suficiente para elegir una pena superior a los 4 años[84]. Para ello se deben tener en cuenta elementos distintos a la

Universitat d'Alacant

[82] Es un sentido similar REÁTEGUI SÁNCHEZ: "*En el derecho procesal peruano no se puede dictar prisión preventiva, en ningún caso, si la pena por el delito imputado tiene sanción menor de cuatro años de pena privativa de libertad (...). La prognosis de cuatro años de pena privativa de libertad no quiere decir que se presume el peligro procesal, pues el análisis de este último requisito debe hacerse en forma independiente*" (...). *En busca..., cit.,* p. 181.

[83] Las modificaciones al CP incorporadas por la Ley 28726 de 09/05/2006 y la Ley 28730 de 13/05/2006 (posteriores a la publicación del NCPP); establecen algunos criterios importantes, que inciden en el tradicional análisis de la "pena conminada". No basta con evaluar la pena máxima que prevé el delito (o delitos) materia de imputación, criterios como la condición funcional del agente, la reincidencia, y la habitualidad, deben ser evaluados para establecer la pena máxima posible en el caso concreto. Esta modificatoria permite imponer prisión preventiva para un delito cuya pena máxima "base" [conminada] es inferior a 4 años. Pero, como ya se analizó, más importante aun resulta la modificatoria del art. 50 del CP (Ley 28730), cuando exista un concurso real de delitos, deberá evaluarse la "probable pena a imponer", tomando en cuenta también, la suma de penas correspondiente a cada uno de los delitos que se imputa (suma que no debe superar en ningún caso el doble de la pena del delito más grave); y en el caso del concurso ideal, deberá evaluarse la "obligación" de imponer la pena más grave y, la "posibilidad" de aumentar el máximo en una cuarta parte.

[84] La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha señalado que si el delito objeto de imputación está conminado con una pena relativamente indeterminada cuyo extremo máximo supera los 4 años de pena privativa de libertad, tal circunstancia no basta para dictar la medida de detención [prisión preventiva] ya que el Juez puede considerar que

pena conminada, factores que califican la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho (arts. 45 y 46 del CP)[85].

Este requisito se justifica en el mismo razonamiento que hemos desarrollado en relación con la exclusión de la prisión preventiva para los procesos por faltas y los casos donde no existan fundados y razonables elementos de convicción. El legislador incluye otro supuesto vinculado a la proporcionalidad en sentido estricto, en el que reconoce que es necesario establecer un límite penológico que permita *excluir* todas las causas cuya prognosis de pena sea inferior a 4 años de pena privativa de libertad. Es una regla que excluye del razonamiento judicial vinculado a la necesidad de la medida y su proporcionalidad en el caso concreto [en una valoración que se conecta con el peligro procesal] en todos los procesos cuya prognosis no supere los 4 años.

Es fundamental entender que tal límite no involucra, en ningún caso, que el juzgador se encuentra exento de realizar un análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, en aquellos casos donde sí exista una prognosis superior a los 4 años. Aún cuando se verifique la existencia de un peligro de fuga u obstaculización, es necesario evaluar las circunstancias personales del imputado, y valorar si la medida preventiva es excesiva para

dentro del marco legal que señala la norma la pena a imponerle no superará ese límite. [Exp. 3225-93, Lima (Rojassi Pella: Ejecutorias Supremas penales. 1993-1996, pp. 333-334)]. En el mismo sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *En busca…, cit.,* p.182.

[85] Las agravantes incorporadas por los siguientes artículos del CP: 46-A, que regula la condición funcional del agente; el 46-B, que incorpora la reincidencia; y el 46 – C, que incluye el concepto de habitualidad (artículos incorporados por la Ley 28726); deben ser tenidos en cuenta para la valoración de la gravedad de la pena. Especial complejidad presentan, los criterios de "habitualidad" y "reincidencia". Independientemente de las incorporaciones procesales que también realiza la Ley 28726 [como ya comentamos, incorpora al art. 135 del CPP de 1991 la habitualidad como criterio para aplicar la prisión preventiva] debe quedar claro que una vez en vigencia el NCPP, la habitualidad y reincidencia sólo deberán emplearse como criterios para evaluar si la posible pena a imponer es superior a los 4 años como consecuencia de la aplicación de una agravante, pero no debe evaluarse a raíz de esos criterios, el riesgo de fuga del imputado, ya que corresponden a una lógica de Derecho penal sustantivo, y no, a una lógica cautelar de aseguramiento del proceso. El NCPP no incorpora como funciones de la prisión preventiva, la prevención de reiteración delictiva ni la evitación de la alarma social. La vigencia del NCPP además, como es obvio, involucra la derogación de las normas procesales incorporadas por la Ley 28726.

el fin que se pretende. Nunca debe ser entendida –aunque así, lamentablemente ha sido interpretado el art. 135 CPP de 1991- como una cláusula que autoriza a aplicar la prisión preventiva a cualquier proceso en el que la prognosis de pena sea superior a 4 años de pena privativa de libertad. El juez siempre debe realizar una ponderación de intereses y debe analizar si la medida es proporcional en el caso concreto. El límite de los 4 años excluye la prisión preventiva para todos los casos que se subsuman en el supuesto, pero en ningún caso incluye la aplicación preventiva para todos los demás supuestos [prognosis superior a 4 años].

En la doctrina procesal peruana, BURGOS MARIÑOS aboga por la supresión de este requisito. Sostiene el autor que es un requisito que responde a una *fuerte cultura inquisitiva*, porque al prever una pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad, los jueces asumen como obligatoria la imposición de la prisión preventiva, y porque además su utilización en este contexto pretende ocultar defectos del sistema, como es el caso del retardo en la administración de justicia[86].

También es interesante la opinión de SAN MARTÍN CASTRO, que si bien no aboga por la supresión del requisito, sostiene que la imposición del criterio de 4 años de pena privativa de libertad, se introdujo con la esperanza de reducir decididamente los encarcelamientos preventivos[87], pero que no se advirtió que los jueces lo interpretarían como definitorio del mandato de prisión preventiva, y que la implementación de una política criminal sobrecriminalizadora tendría como uno de sus ejes centrales, aumentar considerablemente las penas para *punir desde el proceso penal.* En este sentido, señala que debe configurarse la prisión preventiva a partir del principio de excepcionalidad, lo que obliga a redefinir el principio de proporcionalidad y a no centrarlo exclusivamente en el binomio pena conminada vs. prisión preventiva.

[86] BURGOS MARIÑOS, V., "Principios rectores del Nuevo Código procesal penal"", *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales,* Palestra, Lima, 2005, pp. 67 – 68.
[87] En referencia al CPP de 1991, que establecía el mismo límite penológico de 4 años, hasta la modificación operada por la Ley 28726 de 09/06/02.

El criterio sustancial no debe estar en la pena probable -pues ello configura la prisión preventiva como un anticipo de la pena con infracción del principio de presunción de inocencia y del juicio previo- sino en el peligro para la ejecución de la probable sentencia condenatoria, en el que la pena previsible es un factor necesariamente ligado a otros (arraigo, antecedentes, conducta procesal, etc.)[88].

La aplicación de un límite penológico de 4 años para imponer la prisión preventiva, es un requisito que, entendido en su real dimensión, importa un presupuesto indispensable para dotar a la prisión preventiva de una lógica proporcional. Es cierto que su utilización automática y aislada pervierte el sistema procesal y convierte a la prisión preventiva en un anticipo de la pena, que es un efecto no deseado con su regulación. Pero también es cierto que si los 4 años de pena privativa de libertad constituyen el límite para aplicar una pena de ejecución suspendida condicionalmente (art. 57.1 CP), entonces es necesario establecer un criterio que más que *permitir*, *impida* aplicar la medida en los casos que la pena no supere dicho límite.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Este criterio no imprime otra lógica que no sea la de considerar abiertamente desproporcionada, la utilización de una medida limitativa, que pueda infligir un daño mayor que el que pueda esperarse de la pena a imponer en la sentencia condenatoria[89]. La gravedad del hecho punible que conforma la imputación del proceso, constituye un requisito de toda prisión preventiva, puesto que de conformidad con el principio de proporcionalidad, sólo cuando aquélla concurre esta justificada una medida

[88] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p. 1156.

[89] Esta postura es defendida por ASENCIO MELLADO en relación con el ordenamiento procesal penal español: "La prisión provisional únicamente puede ser acordada ante la comisión de un delito que, como regla general, tenga asignada pena de prisión igual o superior a dos años. La razón de ese límite no es otra que evitar la privación de libertad en aquellos casos en que, conforme con lo establecido en los arts. 80, 81 y 88 del C.P. [español] fuera de aplicación una medida sustitutiva de la pena privativa de libertad, en cuyo caso la prisión provisional constituiría una medida excesivamente gravosa". ASENCIO MELLADO, J.M., "Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma de la prisión provisional", iustel.com, *RGDPR,* N°1, junio 2003.

tan excepcional y restrictiva[90]. No cabe ordenar la prisión preventiva en los procesos por delitos castigados con pena privativa de derechos, inhabilitaciones o suspensiones, porque constituiría una medida desproporcionada[91].

Si a este criterio se acompañan los demás requisitos regulados por el NCPP, una evaluación integral de los presupuestos, y una correcta valoración de la necesidad y proporcionalidad de la medida en el caso concreto, entonces el requisito no tiene por qué ser suprimido, y el problema no se ubica en su regulación, sino en la interpretación –y motivación- que ha venido realizando la jurisprudencia[92].

Es fundamental entender que el límite penológico, o lo que algún autor ha denominado o "la importancia de la causa", es un presupuesto necesario por cuanto constituye, como ya se dijo, una manifestación del principio de proporcionalidad, no de la presunción de inocencia [que es la postura que parece seguir BURGOS MARIÑOS]. La presunción de inocencia exige que al ordenar la prisión preventiva no se persigan los fines de la pena, solo sirve a fines de aseguramiento procesal. Por su parte, el principio de proporcionalidad tampoco tiene relación alguna con la persecución de fines procesales, más bien sirve para establecer límites al uso de la prisión preventiva. El principio de proporcionalidad limita el uso de la prisión preventiva aun cuando haya superado el control de compatibilidad con la presunción de inocencia[93].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[90] MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.,* p. 200.
[91] MORENO CATENA, V., Derecho…, *cit.,* p. 284.
[92] Resulta muy interesante el análisis de la gravedad de la pena del NCPP realizado por ASENCIO MELLADO: "(...) coherentemente con el principio de proporcionalidad y excepcionalidad de la privación de libertad cautelar [el art. 268 del NCPP] impone la exigencia de una determinada gravedad del delito imputado, la cual no podrá ser nunca inferior a cuatro años de pena privativa de libertad. Si la pena asignada es inferior habrá que acudir a una de las varias y suficientes medidas contempladas en el NCPP (...)". ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 513. Es interesante porque el autor describe este requisito en el sentido negativo que anunciamos. Los 4 años de pena privativa de libertad, no permiten, sino que una pena inferior a ella, lo impide (principio de proporcionalidad).
[93] LLOBET RODRÍGUEZ, J., *La prisión…, cit.,* p. 272.

Entonces, si la prisión preventiva está diseñada en un ordenamiento solo para perseguir fines estrictamente procesales, nada impide que se regule además el límite penológico como un requisito adicional imprescindible para evitar una limitación de derechos fundamentales que supere en intensidad a la posible consecuencia jurídica. Si el límite penológico se utiliza –equivocadamente- como único factor para "justificar" la imposición de la prisión preventiva, es producto de una interpretación ilegal.

Abolir el límite penológico no constituye ninguna garantía. Primero, porque permitirá aplicar una limitación de derechos fundamentales que, si bien puede ser compatible con la presunción de inocencia, sería desproporcionada; y, segundo, porque ese único dato no desaparecerá, por arte de magia, la maldita tendencia de aplicar la prisión preventiva como un anticipo de la pena.

La dogmática, en el Perú, debe insistir en un correcto entendimiento de la presunción de inocencia, los fines procesales de las medidas cautelares y la correcta motivación de las resoluciones judiciales. Pero sobre todo, debe existir un correcto entendimiento de la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, que actúan en parcelas específicas y cuya confusión muchas veces genera más problemas que soluciones. En un contexto en el que los fundamentos de las medidas cautelares personales estén correctamente delimitados, ni la prisión preventiva ni otra medida cautelar personal podrá ser utilizada con fines punitivos y además cumplirá con los requisitos exigibles para constituir una intervención estatal proporcionada. Cualquier conclusión en otro sentido es ilegal, inconstitucional, sobre la base de lo dispuesto por el propio ordenamiento procesal.

La única duda que plantea el límite penológico es si éste debe establecerse en 4 años. Es necesario evaluar si es posible establecer un límite

mayor para justificar la imposición de la prisión preventiva. Es cierto que desde la perspectiva de la gravedad de la pena, éste pudiera fijarse entre los 6 y 8 años[94], pero lo que debe quedar claro es que independientemente del límite elegido, en ningún caso se puede aplicar la prisión preventiva a un imputado que se encuentra sometido a un proceso cuyo resultado probablemente sea el de una pena condicional.

Es por ello que no se explica cómo la regulación vigente en materia de prisión preventiva (en virtud de la modificación del art. 135 del CPP de 1991, operada por el art. 4 de la Ley 28726 de 09/05/2006) sitúa en 1 año el límite penológico para su aplicación. Se ha incorporado un criterio manifiestamente desproporcionado, y a partir del cual es imposible, siquiera presumir, la existencia de un peligro de fuga. Una decisión del legislador abiertamente contradictoria con un postulado fundamental en la actual reforma del proceso penal.

El sector más autorizado de la Doctrina peruana[95] ha señalado que un "*criterio de corrección*" frente a esta normativa se encuentra implícitamente incorporado a través de los subprincipios de necesidad y adecuación (idoneidad) que otorgan validez a la configuración de la prisión preventiva como una medida excepcional, a través de una valoración ulterior de que el riesgo procesal pueda racionalmente evitarse a través de medidas cautelares personales menos intensas (previstas en el art. 143 CPP de 1991). Lo que permitirá evitar la paradoja que una interpretación literal, no sistemática ni teleológica de la modificación, pueda traer consigo el ingresar

[94] SAN MARTÍN CASTRO sostiene [en alusión a la "versión original del CPP" de 1991] que si bien el legislador ubicó en 4 años el criterio objetivo del periculum libertatis para apreciar el peligro procesal, lo hizo sobre la base de que hasta ese límite de pena es posible imponer una pena de ejecución suspendida condicionalmente (art. 57.1 CP). Sin embargo, considera el autor que no se puede admitir que una pena privativa de libertad mayor a 4 años es grave, si se toma en cuenta que ese límite es, en todo caso, el de una pena leve [porque por debajo de él procede imponer una pena condicional]. Concluye que habría que pensar si se quiere consignar un límite objetivo mucho mayor, entre seis y ocho años. Vid. *Derecho..., cit.,* p. 1156.

[95] SAN MARTÍN CASTRO, C., "Las reformas del ordenamiento procesal penal en el año 2006", *JUS Doctrina y Práctica,* Nº 1, enero, Grijley, Lima, 2007, p. 92.

en prisión a una persona que luego será objeto de una pena inferior a cuatro años de privación de libertad efectiva[96].

Es cierto que el principio de proporcionalidad, en tanto regla de aplicación imprescindible en la limitación de derechos fundamentales, y en especial, en la ejecución de medidas cautelares personales, constituye un necesario corrector frente a normas como la Ley 28726. Lo que no resulta tan claro es si ese criterio de corrección se ubica en los subprincipios de necesidad e idoneidad (adecuación). Considero que el *criterio corrector*

[96] Una muestra palpable de lo que se sostiene en estas líneas es que, efectivamente, luego de la modificatoria incorporada –al CPP de 1991-, salvo contadas excepciones, no ha existido un aumento significativo en el uso de la prisión preventiva frente a imputaciones judiciales que incorporen una pena probable inferior a los 4 años de pena privativa de libertad. Si se tiene en cuenta que en el Perú la prisión preventiva es la "reina de las medidas cautelares", y que sin embargo, la presencia de una norma que autoriza su imposición frente a imputaciones judiciales con un límite penológico de un año no ha surtido efecto en la práctica judicial, es evidente que –aunque no se haya reconocido expresamente en la motivación de las resoluciones cautelares- ello ha obedecido a una valoración de la proporcionalidad de la medida en el caso concreto. Aun cuando es difícil aportar una estadística precisa, se puede asegurar que a pesar de la modificatoria, el juez peruano ha insistido en utilizar la prisión preventiva solo en aquellos procesos donde la pena concreta posible es superior a los 4 años de pena privativa de libertad. La ponderación de intereses en juego por parte del juzgador, ha convertido la modificatoria en "derecho procesal penal simbólico". Una respuesta autoritaria del legislador, con evidentes fines de "fortalecer" la seguridad ciudadana [me niego a incluir el concepto "derecho penal del enemigo" en estas líneas, por la sencilla razón que considero que tal construcción dogmática se restringe como su nombre lo dice, al Derecho penal], pero que en la práctica, felizmente, ha tenido un efecto nulo o escaso. Sin embargo, es muy probable que la actitud del Poder Judicial peruano, lamentablemente, se explique también por un hecho que acompaña a la prisión preventiva en el Perú hace muchos años, la escasísima motivación de la aplicación de la prisión preventiva en orden al peligro procesal, la misma, que la mayoría de las veces solo se justifica en la pena probable, lo que en la práctica la convierte en una auténtica pena anticipada. Es posible que estemos ante una auténtica paradoja que viene referida por el hecho de que probablemente, por primera vez, aquel incorrecto razonamiento haya sido utilizado a favor de la optimización de derechos fundamentales de los ciudadanos, y no al contrario. Es decir, que no se haya dejado de aplicar la prisión preventiva por considerarla desproporcionada, sino, por considerar que no cumple una función de "anticipación de la pena". Por lo que es necesario insistir en que debemos arribar al mismo efecto, pero sobre la base de un razonamiento distinto. Uno que no solo tiene efectos teóricos sino también prácticos y de esencial importancia para la preservación del derecho a la libertad personal en un Estado democrático de Derecho: Es absurdo aplicar la prisión preventiva en un proceso en el que la imputación judicial no supera un límite penológico asimilable a la pena efectiva (4 años de pena privativa de libertad). Sin embargo, contrario sensu, ello no implica que la prisión preventiva deba ser aplicada, sin más, a los procesos que superen dicho límite. Solo puede ser aplicada cuando además de superar el límite penológico exista un peligro procesal grave, y el mismo además, no pueda ser evitado a través de otras medidas alternativas.

más acertado frente a la intención del legislador es la *proporcionalidad en sentido estricto*.

Este razonamiento se apoya en la tesis siguiente. La idoneidad, como ya se dijo, es un criterio de valoración que permite asignar un primer nivel de análisis indispensable en un Estado de Derecho. Sólo será idónea aquella medida que cumpla con el fin que se asigna a las medidas cautelares personales del proceso penal, que no es otro, que el de asegurar el desarrollo del resultado del proceso, y sólo, mediante la evitación del riesgo de huída y el de obstaculización probatoria. Cualquier medida procesal que restrinja un derecho fundamental, pero que a su vez, sea inidónea para el objetivo que se pretende, es desproporcional, porque solo se justifica si es instrumental al proceso.

Es por ello que además, la idoneidad de la medida exige un control normativo vinculado al análisis del fin que se persigue, en la medida que si estamos ante un fin constitucionalmente ilegítimo es obvio que la medida carece de legitimación. Por ello la prisión preventiva regulada por el NCPP, no admite funciones como evitar la alarma social, la reiteración delictiva o funciones vinculadas a la pena (anticipación de la pena). Porque si en el marco de las medidas cautelares del proceso penal se admiten esas funciones, ello constituye una evidente violación de la presunción de inocencia. No se pueden aplicar medidas cautelares que cumplan fines que solo pueden ser asignados a los instrumentos punitivos. Cuya eficacia solo opera y puede operar, en la ejecución de una sentencia condenatoria.

Ahora bien, este no es, a mi juicio, el caso de la Ley 28726. La prisión preventiva sigue ejerciendo una función cautelar, en la medida que dicha norma no promueve la utilización de la prisión preventiva con fines de anticipación de la pena. Insiste en promover la utilización de la prisión preventiva para asegurar el proceso penal, pero ingresa a un universo en el que se juzgan conductas penales a las que se les podrá aplicar una pena

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

condicional o suspendida. Y por lo tanto, se utiliza un instrumento procesal que es mas intenso que la consecuencia jurídica que se pretende asegurar. La medida es idónea, porque formalmente incorpora un instrumento normativo que cumple con un fin legítimo, no prohibido constitucionalmente, pero que en el caso concreto resulta abiertamente desproporcionado[97].

Tampoco considero que el criterio corrector obedezca a una correcta valoración del subprincipio de necesidad o mínima intervención. Por argumentos similares a los expuestos. Es necesario analizar el peligro procesal –que analizamos más adelante- para establecer cuál es la medida necesaria en el caso concreto. Y esto, como ya se dijo, supone que en la valoración del peligro procesal se elija la medida que siendo igualmente eficaz, comporte una limitación menos intensa del derecho fundamental a la libertad.

[97] Esto tiene importantes consecuencias prácticas. Si existiera un proceso penal en el que se aplica una prisión preventiva de esta naturaleza y se interpone un habeas corpus (o amparo) cuestionando la legitimidad de la medida, existe una importante diferencia en las consecuencias prácticas de la decisión que declare la existencia de una lesión al derecho fundamental a la libertad personal en el caso concreto. Analicemos un ejemplo: Si la prisión preventiva recae contra un sujeto al que se le imputa un delito cuya pena probable a imponer es inferior a 4 años, y la jurisdicción constitucional declara la inidoneidad de la prisión preventiva. Ello significa la supresión, total, de la medida. Porque lo que se estaría declarando no es que la medida es desproporcional en función de una ponderación entre el fin que se persigue y los efectos de la misma, sino, que esta persigue fines espurios. Es decir, el fin que el legislador atribuye a la prisión preventiva sería declarado inconstitucional y ello involucra declarar inconstitucional la norma que regula la prisión preventiva, y este no es el caso. En el mismo sentido, si se admite que se limita la libertad personal a través de la prisión preventiva para la persecución de fines proscritos por la Constitución en sede cautelar, también se estaría admitiendo que tampoco es posible aplicar, en el caso concreto, medidas alternativas a la prisión preventiva. Porque, en cuanto tales, estas cumplen los mismos fines. En cambio, si se resuelve que el limite penológico es desproporcional. Es decir, que en esencia la prisión preventiva cumple un fin legítimo, pero, que la regulación del limite penológico invalida su aplicación en el caso concreto por constituir un absurdo que el instrumento que asegura el resultado del proceso sea mas lesivo que la consecuencia jurídica aplicable como resultado, entonces la discusión ya no se ubica en el derecho a la presunción de inocencia, sino, en el principio de proporcionalidad en sentido estricto. No se discute la utilización de la prisión preventiva en el proceso penal para evitar la huída del imputado o sus conductas obstruccionistas, sino, su utilización en el procesamiento de conductas de mínima dañosidad social. Esto permite decretar solo la inconstitucionalidad en el extremo del límite penológico, en orden a su carácter desproporcional. Permite que se sigan utilizando medidas alternativas para dichos casos.

Pero lo cierto es que, este criterio rector, no evita la imposición de la prisión preventiva en aquellos procesos donde la pena probable sea inferior a 4 años de pena privativa de libertad. Es cierto que son supuestos escasos, ¡pero existen! Piénsese en una persona que carece de arraigo, tiene antecedentes penales, una conducta procesal lamentable etc.; y sin embargo la prognosis de pena en ese proceso es inferior a los 4 años. En términos de necesidad, la medida puede ser la única capaz de asegurar el resultado del proceso, sin embargo, ello no justifica su utilización. Y precisamente, no la justifica por que aun cuando supere el test normativo –vinculado a su legitimidad constitucional- y el test funcional –vinculado a su necesidad procesal en el caso concreto- es imposible que supere el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Es posible sostener que la medida es legítima, porque evitar la fuga del imputado es una función cautelar adecuada; y es posible admitir una aparente necesidad, por cuanto de no ser aplicada, es posible que el proceso penal no arribe a su objetivo. Pero lo cierto es que aplicar la prisión preventiva para asegurar una consecuencia jurídica que, en caso de una sentencia condenatoria, surtirá efectos menos intensos que los que se asignan a la propia medida instrumental constituye un auténtico despropósito.

El criterio corrector en la aplicación de la Ley 28726 al que debe acudir el juzgador para aplicar la prisión preventiva en el marco del proceso penal regulado por el CPP de 1940, y, las normas aplicables al CPP de 1991, es la proporcionalidad en sentido estricto. En este mismo sentido, debe entenderse que el límite penológico que incorpora la regulación de la prisión preventiva del CPP 2004, constituye una auténtica manifestación –legal- de la proporcionalidad en sentido estricto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.2. *Periculum in mora* o peligro procesal

El segundo presupuesto que debe cumplirse para aplicar la prisión preventiva es el *periculum in mora* o peligro en la demora procesal. Como ya se dijo, la duración de un proceso puede constituir una ocasión propicia para que la parte pasiva del proceso penal realice actuaciones que puedan derivar en la inefectividad de éste y de la sentencia que le pone fin[98].

Es para evitar ese riesgo que se adoptan las medidas cautelares, y es precisamente por esta razón que es en la configuración del *periculum in mora* donde se advierte con mayor claridad cuáles son los objetivos que un ordenamiento procesal persigue mediante la utilización de la prisión preventiva. De este modo, *periculum in mora* y finalidad de la prisión preventiva se funden en un único presupuesto, en tanto que el primero concurre exclusivamente cuando lo hace el segundo[99].

El art. 253.3 NCPP, al enumerar todas las funciones encomendadas a las medidas limitativas de derechos fundamentales reguladas por el ordenamiento procesal penal peruano, menciona que éstas persiguen como objetivos prevenir, *según los casos*, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, la obstaculización de la averiguación de la verdad, y el peligro de reiteración delictiva. Esta norma reconoce expresamente (así se desprende de la expresión "según los casos") que es en el análisis de cada medida en concreto donde se debe identificar cuáles son, entre todos éstos, los objetivos que cada una persigue. Lo que supone que una interpretación sistemática de este artículo con el art. 268 NCPP demuestra que la prisión preventiva procura evitar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, los mismos que deben ser valorados siempre desde la perspectiva de las conductas atribuibles al imputado, además

[98] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 131.
[99] MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento… ", *cit.,* p. 172.

queda claro que la prevención de la reiteración delictiva no constituye uno de sus objetivos[100].

El art. 268 del NCPP elige presupuestos que responden a una estricta naturaleza cautelar, y no –como ocurre en otros ordenamientos- criterios vinculados a la alarma social, a la satisfacción de demandas sociales de seguridad, ni a la prevención de futuros delitos. Se limita a perseguir el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso.

El NCPP sigue entonces la línea trazada por el TC peruano:

"*La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar* antes *o* durante *el desarrollo del proceso, y que están ligadas, fundamentalmente, a las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a* la perturbación de la investigación judicial *o la* evasión de la justicia por parte del procesado, *terminan convirtiendo la orden de detención judicial preventiva [prisión preventiva], o en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios, por no encontrarse razonablemente justificados*"[101].

Es un acierto del legislador la regulación de criterios específicos para valorar el peligro de fuga (art. 269) y el peligro de obstaculización (art. 270). Se pretende resolver una costumbre de viejo cuño en nuestra jurisprudencia,

[100] Como ya se dijo, en el NCPP en realidad la prevención de la reiteración delictiva correspondería sólo a uno de los supuestos de la suspensión preventiva de derechos [art. 297.2.b) del NCPP]. La LECr española sí asigna a la prisión preventiva la función de impedir que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2).
[101] STC peruano 20-2004-HC, de 9 de febrero, "Asunto Calderón Dávila", FJ. 7.

que suele sustentar la aplicación de la prisión preventiva en razones escasas y mediante autos cuya motivación es realmente insuficiente[102].

Estas normas no establecen criterios tasados, cuya concurrencia conduzca a presumir el peligro procesal, sino que se limita a señalar una serie de pautas que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente, para determinar su existencia en el caso concreto. No cabe una interpretación automática del Juez de ninguno de los elementos contenidos en ellos, debiendo analizar su incidencia real y práctica y, por supuesto, motivando su decisión[103].

II.2.1. Peligro de fuga

La necesidad de evitar el peligro de fuga se manifiesta en la intención de asegurar la sujeción del imputado al proceso, fundamentalmente en el juicio oral; y, en preservar la presencia del imputado al momento de ejecutar la probable pena a imponer[104]. La fuga frustra la ejecución de la pena, que no solo es la consecuencia de un proceso penal, sino su finalidad más importante, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado encuentra su fundamento en el proceso penal[105]. Por lo que también es necesario evitar la frustración de la propia realización del proceso, en la medida que el NCPP no admite el juzgamiento del "rebelde".

El NCPP exige que la existencia del peligro de fuga se apoye en un análisis concreto del caso y se base en hechos determinados que puedan ser contrastados con los elementos de la Investigación Preparatoria. Así lo dispone el art. 268 cuando menciona que para determinar que el imputado

[102] En un sentido similar se pronuncia TALAVERA ELGUERA, para quien la enunciación de supuestos constituye un aporte del NCPP, si se tiene en cuenta que la práctica judicial en la calificación del peligro procesal no ha sido homogénea y, en algunos casos, arbitraria y subjetiva. TALAVERA ELGUERA, P., *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004, p. 43.
[103] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", cit., p. 514.
[104] REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., En busca..., cit., p. 207.
[105] ASENCIO MELLADO, J.M. *La prisión..., cit.,* p. 34.

tratará de eludir a la acción de la justicia (peligro de fuga) deben evaluarse sus *antecedentes*[106] y *otras circunstancias del caso particular*.

El art. 269 describe en forma expresa los criterios que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente, para determinar la existencia de este peligro[107]:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto (269.1 NCPP).

El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas[108]. La falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con

[106] Hay que tener cuidado con la expresión "antecedentes" utilizada por el art. 268. Considero que no debe reconducirse esta expresión en forma automática, a los antecedentes penales del imputado –como ocurre en otros ordenamientos que si lo establecen como presupuesto específico-. Esta expresión debe ser entendida en un contexto amplio y necesariamente interpretada a la luz de las causales descritas en forma específica por los arts. 269 y 270 NCPP. Por antecedentes debe entenderse necesariamente aquellos elementos que formen parte del "pasado" del imputado, y que permitan demostrar alguna de las causales establecidas por el NCPP para evaluar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. Por ejemplo, en el caso del comportamiento del imputado durante un procedimiento anterior (269.4), desde luego que la existencia de antecedentes penales puede constituir un dato para evaluar la existencia de un proceso penal previo, y luego, el comportamiento del imputado en aquél. Pero lo que no debe entenderse es que el art. 268 NCPP permite "inferir" la existencia de riesgo de fuga por el solo hecho que el imputado tenga antecedentes penales. En un sentido similar, REÁTEGUI SÁNCHEZ J. En busca…, cit., p. 228.

[107] El CPP de Costa Rica establece que dichas circunstancias deben ser "especialmente" tomadas en cuenta por el Juez. El vocablo "especialmente" conduce a LLOBET RODRÍGUEZ a sostener que el mismo revela el carácter enumerativo y no taxativo de estos criterios. [LLOBET RODRÍGUEZ, J., *La prisión…, cit.,* p. 213, Nota 674]. Una interpretación *contrario sensu* de dicho razonamiento nos conduciría a sostener que en el Perú estamos frente a criterios de carácter taxativo. Sin embargo, considero que los criterios contenidos en el NCPP peruano también son enumerativos, en la medida que no existe una mención expresa que indique que deban ser considerados como taxativos, que es lo que limitaría –expresamente- la opción del legislador. Pero debe quedar claro que en ningún caso se puede incluir "criterios" que persigan una función distinta de las únicas admitidas en el ordenamiento procesal. Esta parece ser también la posición de ASENCIO MELLADO cuando sostiene que el art. 269 no establece criterios "tazados". [ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 514].

[108] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión..., cit.,* p. 151.

la gravedad del delito y otros factores relevantes (vgr. medios económicos)[109].

Entre las circunstancias que pueden acreditar el arraigo se encuentran la posesión –y con mayor razón la titularidad- de un domicilio conocido o de bienes (principalmente inmuebles) propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia[110]. Se echa en falta una mención expresa del NCPP en relación con los bienes inmuebles del imputado: el derecho de propiedad sobre los bienes donde habita, trabaja y de los negocios que administra. Sin embargo, aun cuando esto no se mencione expresamente, no cabe duda de que son elementos que el juez deberá tener en cuenta para dotar de contenido al art. 269.1.

En relación con la identificación del domicilio, el imputado en principio no está amparado por el derecho de abstenerse a declarar, en la medida que dicho derecho se refiere a la declaración de los hechos imputados, no, a los datos de identificación, dentro de los que se encuentra el domicilio[111]. El imputado debe ser veraz sobre dichos datos[112].

El arraigo familiar el NCPP lo describe como un criterio interpretativo al mencionar el *asiento de la familia*, que no es otra cosa que el lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. Pero además deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del imputado y sus familiares, no es necesario que estos vivan con el imputado,

[109] MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", *cit.,* p. 206.
[110] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión..., cit.,* p. 152.
[111] El art. 88 NCPP establece, en el numeral 2, literal a), que la diligencia –declaración del imputado- se inicia requiriendo al imputado declarar respecto a: "nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, principales sitios de residencia anterior, así como nombres y apellidos de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive". Recién el numeral 2 indica que se "invitará" (no requerirá) al imputado que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye. Es decir, queda claramente establecido que el derecho a guardar silencio opera en el interrogatorio propiamente dicho, es decir, luego del requerimiento de los datos de identificación regulados por el numeral 1.
[112] LLOBET RODRÍGUEZ, J. *La prisión…, cit.,* p. 219.

porque puede existir arraigo familiar cuando el pariente, a pesar de no vivir en el mismo techo, depende de él para su subsistencia.

El arraigo laboral o profesional viene constituido porque el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo que desarrolla en el país, también es un criterio a tener en cuenta el hecho que necesite permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral[113].

El análisis conjunto del arraigo familiar y laboral ha sido expuesto por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el *Caso Letellier,* al sostener que no existe riesgo de fuga cuando la imputada es *madre de niños menores y regentadora de un negocio que representaba su única fuente de ingresos*[114].

Está claro que tanto el arraigo en el país, como el familiar y laboral, son criterios que, verificados en el caso concreto, antes que *justificar* la prisión preventiva, demuestran lo contrario. El arraigo viene constituido por supuestos que *desincentivan* la fuga del imputado, y su ausencia naturalmente permite valorar entre otros factores, el riesgo de huída. En cuanto al análisis de las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, en este caso se está frente a indicios respecto de los cuales se puede inferir el riesgo de fuga (siempre que se pondere en relación con otras circunstancias necesarias en el caso), aunque también es cierto que su ausencia supone un desincentivo. Constituyen indicios para determinar la presencia de facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, las conexiones con otros países -entendidas como las relaciones con personas residentes en el extranjero- y los medios económicos[115].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[113] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión..., cit.,* p. 152.
[114] Caso Letellier, Sentencia de 26 de junio de 1991, párr. 41.
[115] BARONA VILAR sostiene lo siguiente con relación a la valoración de la situación económica del imputado: "Si bien motivos familiares (ser el único que trabaja y, por tanto, sustenta la unidad familiar), o laborales (la estabilidad de un puesto de trabajo, que implicaría una presunción de no fuga) son elementos objetivos que justifican su introducción como parámetros para ponderar una decisión cautelar que comporte una prisión provisional, no

Con relación al concepto de arraigo y a las facilidades del imputado para abandonar el país, el TEDH ha señalado que *la simple posibilidad o facilidad que tiene el acusado para pasar la frontera no implica peligro de fuga*[116]*, 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 parecerá un mal menor que la continuidad del encarcelamiento*[117].

Un dato interesante lo constituyen los procesos penales seguidos contra extranjeros, en la medida que ha llegado a sostenerse que el trato que se les dispensa –en el ámbito de las medidas personales- es discriminatorio. Debe quedar claro que la fundamentación del peligro de fuga de determinado imputado no puede basarse sólo en dicha condición, en la medida que no justifica por sí misma el peligro de fuga. Es necesario evaluar las circunstancias particulares del imputado que determinen una apreciación global de la situación, que vaya más allá de su sola condición de foráneo[118].

El TEDH ha sostenido en el CASO VAN DER TANG, que la condición de extranjero no residente del imputado, unida a la ausencia de vínculos, bienes y familia en el país, demostraba que sus raíces se encontraban en un país extranjero y justificaba el riesgo de huída del imputado[119]. Es decir, no se

así parece tan razonable la situación económica del imputado, de manera que puede provocar la aplicación de un derecho procesal penal para ricos y otro, para pobres, fomentándose, a la postre, una quiebra del principio de igualdad de todos ante la ley. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional…, cit.,* p. 488.

116 Señala incluso que a estos efectos, es suficiente con requerir la entrega del pasaporte.

117 Caso Stögmuller de 27 de junio de 1968, párr. 88.

118 LLOBET RODRÍGUEZ, J. *La prisión…, cit.,* p. 221. Sostiene que la calidad de extranjero debe ser analizada en relación con otros elementos. Cita la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, Voto 1003-90, mediante la cual dispone que la fundamentación para denegar la excarcelación no encuentra sustento pues si bien se trataba de un imputado [extranjero] indocumentado, éste no había delinquido anteriormente y tenía domicilio permanente.

119 Caso VAN DER TANG, párr. 64. De hecho en este caso la prisión provisional no sólo se justificó

limita a una constatación de la "condición de extranjero", ésta debe ser valorada junto con otros criterios (gravedad de la pena, importancia del daño, conducta procesal), y además debe analizarse si en el caso concreto, el peligro que representa la ausencia de arraigo, no puede evitarse mediante la aplicación de una medida cautelar personal de carácter alternativo que brinde garantías para un eficaz desarrollo del proceso.

2. La gravedad de la pena, que se espera como resultado del procedimiento.

Lo que debe evaluarse en el análisis de este criterio, es si constituye un supuesto idéntico al regulado por el art. 268.1.b), o un criterio específico que obliga al juez a evaluar la gravedad de la pena, independientemente de la prognosis de pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad (límite penológico).

Como ya se dijo, aunque similar, es éste un criterio específico para valorar el peligro procesal en el caso concreto y no un presupuesto de carácter estático e informador del *fumus boni iuris.* Porque una vez que el Juez ha verificado la posible existencia de un delito, la posible responsabilidad del imputado y, el alto grado de probabilidad de imponer una condena superior a los 4 años de pena privativa de libertad (presupuesto – *fumus boni iuris*), luego, debe necesariamente vincular el análisis de la gravedad de la pena (criterio – *periculum in mora)* a otras circunstancias.

No se parte de una "presunción", sino de la constatación de una determinada situación. Si bien se acepta que la gravedad de la pena puede generar una mayor tentación de fuga en el imputado[120] es ésta una mera

por la ausencia de arraigo, sino por que el Sr. VAN DER TANG se fugó del país en la sustanciación del procedimiento (conducta procesal).

[120] STC español 128/1995, de 26 de julio, F.J. Nº 4.

probabilidad estadística de base sociológica, y es perfectamente posible que las particulares circunstancias del imputado excluyan la huída pese a la gravedad del hecho que se le imputa[121]. Se realiza un análisis no solo vinculado a la prognosis de pena en el caso concreto –eso también ocurre con el límite penológico- sino a la reacción que puede ocasionar en determinada persona la posible pena a imponer.

Una muestra de que el "*límite penológico*" [268.1.b) NCPP] es un presupuesto integrante del *fumus boni iuris*, y la "*gravedad de la pena*" (269.2 NCPP) un criterio de valoración del *periculum in mora*, lo constituye el hecho de que sólo podrá valorarse la influencia de la gravedad de la pena en la conducta del imputado durante el proceso, cuando la pena a imponer sea igual o superior a 4 años de pena privativa de libertad (límite penológico).

Es posible que una pena inferior a los 4 años si produzca un riesgo de fuga, pero en este caso tampoco puede aplicarse la prisión preventiva por ausencia de uno de los presupuestos configuradores de un *fumus boni iuris específico,* el límite penológico. Incluso, es posible observar que quien avizora para sí una larga condena dedicará todo su esfuerzo para encarar una defensa eficaz, con conocimiento de que su fuga puede complicar su situación –procesal, familiar, etc.- lo cual puede reducir el peligro procesal[122].

Y por último, como ya se dijo, también se puede dar el caso de que el presupuesto (una imputación delictiva razonable cuya pena a imponer supere los 4 años de pena privativa de libertad) en ningún caso influya en el riesgo de fuga, o que éste ni siquiera exista, como ocurre cuando la existencia de un peligro de obstaculización no coincide con el peligro de fuga, y sin embargo, también se requiere de una pena a imponer superior a

[121] MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento…", op cit., pp. 200-2001.
[122] REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *En busca…,* Jurista Editores, Lima, 2006, p. 225.

4 años, para aplicar la prisión preventiva con el propósito de evitar la obstaculización probatoria.

Al vincular la gravedad de la pena al arraigo familiar y profesional, a sus antecedentes penales, etc.; se puede arribar a una conclusión totalmente distinta en una y otra persona, aun cuando la pena a imponer en ambos casos sea exactamente la misma. No es lo mismo un imputado reincidente y alguien que nunca ingresó en prisión o alguien que nunca se sometió en calidad de imputado a un proceso penal. Ni existe una misma influencia de la amenaza de pena en un personaje público, que en un ciudadano común, alguien que tiene arraigo familiar y alguien que no lo tiene, etc.

Esto no ocurre en el límite penológico regulado por el art. 268, aquí se impide imponer una medida privativa de libertad en sede cautelar a cualquier persona que –independientemente de su situación personal- pueda recibir una sanción inferior a los 4 años de pena privativa de libertad. En el caso de la gravedad de la pena del art. 269.2, sin embargo, debe verificarse el caso específico.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Es posible imponer prisión preventiva a una persona cuya situación procesal es exactamente la misma que otra que se encuentra en libertad. No es (solo) la prognosis de pena lo que permite un trato diferenciado, sino que éste se encuentra justificado por la valoración vinculada a otras circunstancias del imputado y el caso particular.

Es el resultado de cómo es que –a juicio del juez-la "amenaza de pena" influye en uno y otro sujeto[123]. Por lo que debe quedar claro que no

[123] Esto permite sostener, que cuando se utiliza la frase "caso concreto", más que aludir al proceso penal, se alude a la situación particular del imputado (sujeto pasivo de la medida). Es posible que en un mismo proceso penal, se le atribuya la misma participación a imputados distintos y se les asigne la misma responsabilidad penal por el hecho, y sin embargo, el peligro de fuga para cada uno de ellos no sea el mismo. En el mismo sentido se expresa LLOBET RODRÍGUEZ: "*[El] peligro de fuga no puede afirmarse de forma esquemática de acuerdo con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto. Por ello, el*

basta con el solo dato de la prognosis de pena o pena esperada, este ha de complementarse necesariamente con los demás criterios que contiene el art. 269[124]. Así lo ha declarado el TEDH en diversas sentencias: *el riesgo de fuga no se puede apreciar únicamente sobre la base de la gravedad de la pena; se debe analizar en función de un conjunto de factores suplementarios que puedan confirmar la existencia de un peligro de desaparición o bien induzcan a pensar que este peligro es remoto y por tanto no puede justificar la prisión preventiva*[125]. En el mismo sentido se ha pronunciado el TC peruano: "[la prisión preventiva] no puede justificarse únicamente en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplique a la persona que hasta ese momento tenga la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad"[126].

3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él.

Esta disposición al parecer pretende introducir algunos aspectos para favorecer la posición de la víctima en el proceso penal. En la medida que introduce una valoración que se encuentra estrechamente ligada a la idea de que éste, no sólo debe fortalecer el control social de las personas que

---

hecho de que se ordene la prisión preventiva de un imputado (…) no debe llevar a afirmar que con base al principio de igualdad debe actuarse de la misma manera con respecto a los otros imputados, ya que hay que analizar las circunstancias que rodean a cada imputado en concreto. El principio de igualdad se lesiona únicamente cuando el trato discriminatorio [distinto] está desprovisto de una justificación objetiva y razonable. El simple hecho de ser coimputados en la causa no implica que a todos deba resolvérseles de igual manera, con abstracción de todas las circunstancias que constan en el expediente y que el Tribunal debe valorar". [LLOBET RODRÍGUEZ, J., *La prisión…, cit.,* p. 214]. Siguiendo el razonamiento del jurista costarricense, es necesario analizar la situación específica de cada imputado, no solo en relación a la influencia que la amenaza de una pena concreta incide en uno y otro imputado, además –y obviamente, toda vez que es una causa que debe ir acompañada de otras circunstancias- es necesario evaluar las circunstancias personales vinculadas al arraigo, facilidades para abandonar el país, antecedentes, circunstancias personales, etc.; que evidentemente son distintas según se trate de distintas personas, aún cuando involucradas en un mismo proceso y por un mismo título de imputación penal.

[124] Vid. STEDH, "Asunto Neumeister" de 27 de junio de 1968, párr. 39.

[125] Tomasi, Letellier, Neumeister párr. 71.

[126] STC peruano 9426-2005-HC, de 17 de diciembre.

realicen una conducta no deseada por el ordenamiento, sino que debe dirigirse también a satisfacer la posición de la víctima, resarcirla en sus derechos afectados y reparar los daños ocasionados por el delito.

Ello es consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste, y que importa una visión del proceso penal que, entre otras cosas, permite a la víctima ejercer la acción civil en el proceso penal, que sus derechos puedan ser defendidos por el Ministerio Público, eliminar tanto la victimización primaria como la secundaria, solicitar órdenes de protección para salvaguardar sus derechos, etc.

Lo que no queda claro es si éste es el escenario para introducir una norma que valore el daño resarcible y la actitud del imputado. Sin duda alguna el daño resarcible, en la mayoría de casos se encuentra estrechamente vinculado a la entidad del injusto, pero también es cierto que el NCPP ya prevé los criterios para valorar éste, tanto a través de la determinación de la gravedad de la pena como *límite penológico,* como a través de su valoración con otras circunstancias para determinar la influencia que esta pudiera tener en la actitud del imputado frente al proceso.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No es cierto que del daño resarcible se pueda interpretar un peligro de fuga, cuando la reparación civil por la comisión de un hecho delictivo puede solicitarse en la vía civil, y toda vez que para declarar fundada la demanda no es necesaria la presencia en juicio del demandado.

En sede cautelar, existen medidas de carácter patrimonial que aseguran la eficacia de la (posible) condena civil, y la limitación de la libertad personal poco aporta al resarcimiento. Existen suficientes herramientas para satisfacer la reparación civil por el daño ocasionado por el delito, tanto en la vía civil como en la penal, y en ambos casos, sin necesidad de que el imputado se encuentre presente. Al punto, que incluso

es posible condenar al pago de la reparación civil, cuando el procesado es absuelto o sobreseído (art. 12.3 del NCPP).

La importancia del daño resarcible es un elemento relevante para las medidas cautelares de orden patrimonial que pretendan evitar la insolvencia del imputado y el ocultamiento de bienes. Si el imputado es insolvente, poco aporta su privación de libertad en orden a satisfacer la reparación civil solicitada. Si lo que se pretende es evitar que el imputado oculte sus bienes, existen dos problemas fundamentales: nada le impide ocultarlos estando privado de su libertad; y si así fuera, es manifiestamente desproporcionado limitar su libertad a efectos de garantizar la eficacia de una acción civil incorporada al proceso penal.

Sin duda es ésta una privación ilegítima de la libertad, porque cuando el NCPP la permite para asegurar la eficacia del proceso, se refiere sin duda a las sanciones penales a imponer en el mismo[127] y no a la eficacia del resultado de una acción civil que ni siquiera *debe* solicitarse necesariamente en el proceso penal[128].

Universitat d'Alacant

[127] En contra, REÁTEGUI SÁNCHEZ: (…) "*este criterio es lógico ya que todo delito genera un injusto penal y un injusto civil, éste último puede soslayarse a la hora de verificar el peligro de fuga. Además, si el sujeto se aleja de la acción de la justicia, no solamente se está alejando de su eventual asunción de responsabilidad penal representada por la aplicación de la ley penal y de la búsqueda de la verdad real, sino que también se aleja de una eventual sanción de responsabilidad civil ocasionada por la situación dañosa*" (…). [REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *En busca…, cit.,* p. 226]. No estoy de acuerdo con el autor por dos razones: 1) si el sujeto se sustrae a la acción penal, no pone en peligro la acción civil. Para condenar a una persona al pago de una reparación civil no es necesaria ni la condena penal ni la presencia del presunto responsable en el juicio. 2) Incluso, si la sustracción del imputado significara un peligro para el cobro de la reparación civil, la medida cautelar carece de proporcionalidad. La acción civil es una que se acumula al proceso penal por razones de economía procesal, y por tanto se rige por las reglas que regulan la responsabilidad civil. No existe razón alguna para que dicha acumulación permita la aplicación de una medida cautelar para satisfacer la responsabilidad civil que se dicte en el proceso penal, si esta a su vez, no se utiliza en el proceso civil. No existe una regla que permita un trato diferenciado y si se pretende que éste se interprete a partir de la "presunta comisión de un delito", es una concepción equivocada. El reproche social corresponde a la acción penal del proceso penal, no a la acción civil acumulada a aquél. Todo ello sin contar con el hecho de que la Constitución prohíbe la prisión por deudas.

[128] Es interesante lo señalado por el TC español en relación con el arresto del quebrado en la cuestión de inconstitucionalidad motivada contra el art. 1335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: "la necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto

Más clara resulta la mención a la actitud que el imputado adopte frente al resarcimiento. En la medida que ello debe ser tenido en cuenta *siempre* a favor del imputado y, nunca interpretarse en un sentido negativo. Si el imputado adopta una posición activa para reparar el daño ocasionado, debe interpretarse como un criterio que desincentiva el riesgo de huída, debe ser valorado como un elemento a favor en el análisis de su *conducta procesal.*

Este criterio no se sustenta en una causa en abstracto (daño resarcible) sino en una valoración específica de la conducta del imputado durante el procedimiento. Pero en el caso que el imputado no adopte una actitud voluntaria dirigida al resarcimiento, no debe interpretarse en ningún caso como un criterio para valorar el peligro de fuga. No se puede "obligar" a un imputado a tomar una actitud voluntaria de reparar un daño respecto del cual no ha sido declarado responsable. Ni puede inferirse el peligro de fuga de una situación estrechamente ligada a la condena, pero que no forma parte del objeto penal del proceso. Ello importa una afectación, aunque indirecta, de la presunción de inocencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4. **El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior,** en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal (269.4).

---

el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable, es una causa legítima para limitar su libertad. (…) el arresto carcelario es incompatible con el art. 17.1 de la Constitución, pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra". Vid. STC 178/1985, de 19 de diciembre. En este caso el TC español evalúa un supuesto de limitación de la libertad personal en un proceso de carácter civil. La limitación vendría exigida para asegurar la presencia del quebrado durante el proceso, y para evitar la obstrucción probatoria. A juicio del TC, la limitación de libertad personal es admisible para lograr el objetivo, pero no lo es por expresa mención de la Constitución española, el arresto [medida privativa de libertad]. Sólo es posible acudir a medidas limitativas de la libertad de menor intensidad (restrictivas), como el caso de la detención domiciliaria.

Se incluye un claro caso de *conducta procesal*. Cuando la evaluación corresponde al comportamiento del imputado en un *procedimiento anterior*, está estrechamente ligada a la *constatación* de determinadas actuaciones que hayan supuesto, directamente, una huída o un intento de huída- del imputado en la sustanciación del proceso penal.

En ningún caso puede verificarse como antecedente, el hecho que el imputado fuera sometido a una prisión preventiva anterior, en la medida que es imposible sostener que los criterios allí establecidos se cumplen en el proceso en trámite. Sin embargo, aunque se debe reconocer ciertos riesgos vinculados a la inclusión de los criterios de habitualidad o reincidencia que este análisis rechaza como opciones legítimas en la valoración de las circunstancias personales del imputado para aplicar la prisión preventiva, pueden analizarse hechos concretos que permitan establecer que el imputado en un proceso anterior eludió la administración de justicia[129]. Procesalmente se admite retrotraer el comportamiento del imputado en procesos anteriores, siempre que lo sea sólo en función de otros procesos penales. Sin embargo, resulta inadmisible criterios sustantivistas, no se puede "castigar" al imputado por el simple hecho de tener una condena anterior[130], por la sencilla razón que dicha situación no acredita ni influye en el peligro de fuga en el caso presente. También es posible evaluar si el imputado ha asistido a las diligencias para las que se ha requerido su presencia en un procedimiento anterior.

Cuando se evalúa el comportamiento del imputado durante el procedimiento debe analizarse cuál ha sido su disposición frente al proceso. El TEDH ha considerado que la presencia del riesgo de fuga es evidente cuando el imputado persiste en su intención de sustraerse a la justicia

[129] La LECr española dispone que es posible acordar la prisión preventiva con el propósito de evitar el riesgo de fuga, cuando hubieran sido dictadas por cualquier órgano jurisdiccional, al menos dos requisitorias para el llamamiento y busca del imputado en los dos años anteriores (art. 503.1.3º.a) último párrafo).
[130] Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *En busca…, cit.,* p. 228.

durante el período de prisión preventiva[131]. Sin embargo, el NCPP no prevé una consecuencia específica para los casos que el imputado no cumpla con asistir a una diligencia ordenada en el proceso. El artículo 276 sólo permite la posibilidad de revocar la libertad de un imputado que incumple con su obligación de asistir a una citación, cuando aquél ya ha permanecido en prisión preventiva y ha obtenido la libertad como consecuencia del vencimiento del plazo[132].

No obstante ello, es obvio que su inasistencia durante el procedimiento en trámite también es un elemento a tener en cuenta para valorar la conducta procesal del imputado, siempre que no se justifique en un motivo legítimo. Es posible evaluar también el cumplimiento de las reglas establecidas en virtud de una medida cautelar personal alternativa (interpuesta en el mismo proceso) con anterioridad a la solicitud de aplicación de la prisión preventiva.

II.2.2. Peligro de obstaculización

Esta función pretende evitar que una conducta positiva (ilícita) del imputado pueda ocasionar la desaparición de futuras fuentes de prueba, o en su caso, la alteración de su veracidad. Queda descartada cualquier motivación en el juzgador para obtener –a través de la prisión preventiva- la confesión o cualquier colaboración activa del imputado en el proceso. (vgr. Procurar una declaración autoinculpatoria, o forzarle a estar presente en la práctica de los actos de investigación propios de la fase procesal)[133]. No es

[131] Caso SCOTT, párr. 77. En este caso el imputado (demandante) se había fugado de una prisión británica, había falsificado un pasaporte e intentó fugarse cuando la policía le hubo localizado.

[132] Una disposición similar a la del art. 504.4 de la LECr española.- "La concesión de libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal". La diferencia radica en que en el caso peruano, la libertad –en principio- debe ser revocada obligatoriamente.

[133] ASENCIO MELLADO. J.M., "Los presupuestos...", *cit.,* p. 105

una función dirigida al impulso de la instrucción, y por lo tanto, no resulta preciso hablar de una finalidad de "aseguramiento de la prueba"[134].

Estamos frente a lo que la doctrina denomina "*protección pasiva*" de las fuentes de prueba y del proceso, dirigida a obtener la *abstención* del imputado respecto de esas posibles conductas (vgr. evitar que destruya huellas del delito, que altere documentación que pueda relacionarle con el hecho ilícito, o que se concierte con terceros o los intimide para que no declaren la verdad sobre los hechos o en su contra, etc.)[135].

La consecución de este fin se supedita a tres condiciones: que las fuentes de prueba que se quieren asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento; que el peligro de actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado; y, que en modo alguno se ponga en peligro el derecho de defensa del imputado[136].

Hubiera sido deseable que el NCPP utilice el término fuentes de prueba en lugar de *elementos de prueba*, en la medida que la fase procesal en la que en principio puede aplicarse la prisión preventiva, es un escenario donde no existen pruebas en sentido estricto. Las fuentes de prueba pueden ser tanto personales como materiales[137], debiendo distinguirse en cada caso

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[134] GUTIÉRREZ DE CABIEDES menciona que sin duda existe cierta actividad de aseguramiento, pero sólo frente a una conducta activa que implique una ocultación, alteración o destrucción; ilícitos, de material probatorio o instructorio. Existen ciertas actuaciones procesales (prueba anticipada) claramente integradas en el concepto de aseguramiento de la prueba, pero el estudio de éstas escapa al ámbito de estudio de las medidas cautelares personales del proceso penal. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 102.
[135] *Ibídem*. p. 103.
[136] ASENCIO MELLADO, J.M., "Notas…", *cit.*, p. 16.
[137] Dentro del concepto de fuentes de pruebas materiales se incluyen las documentales y cualquier elemento material y tangible utilizado para la comisión de los hechos delictivos o directamente relacionados con ellos (lo que se conoce como cuerpo del delito, o más correctamente, pieza de convicción, si su naturaleza permite incorporarlos físicamente a las actuaciones). Por personales deben entenderse las declaraciones de coimputados, testigos, peritos y quienes puedan serlo. [MONTÓN GARCÍA, M. "Los actuales presupuestos fácticos de la prisión provisional", *La Ley*, Nº 5972, 10 de marzo de 2004, p.7]

la aptitud del imputado para influir en su veracidad[138]. Esto es lo que se pretende mediante la redacción del art. 270 NCPP.

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba (270.1 NCPP)

Esta disposición constituye un acierto del legislador, si se toma en cuenta que califica de forma específica las conductas que pretende impedir, al aplicar al imputado una privación cautelar de libertad con el propósito de evitar el entorpecimiento del que puedan ser objeto las *fuentes de prueba materiales* del proceso penal. El término "obstaculización" es un término genérico, cuya especificación es fundamental si no se quiere introducir fines que no guardan relación estrecha con la concepción de la prisión preventiva como una auténtica medida cautelar.

Es posible unir esta figura a la mención que realiza el art. 269.4 (que solo regula el peligro de fuga) en el sentido de valorar la conducta del procesado en el proceso o en un proceso anterior, siempre que en este caso solo se analice su comportamiento procesal frente a las fuentes de prueba del proceso (que haya destruido, ocultado, modificado medios de prueba relevantes, e influido en coimputados, testigos y peritos o quienes puedan serlo)[139].

Pero esto no quiere decir que solo pueda evaluarse la conducta del imputado durante la sustanciación de un proceso para determinar el peligro de obstaculización, puede arribarse a dicha conclusión por elementos

[138] ASENCIO MELLADO, JM., "Notas…", *cit.*, p.16.

[139] Si bien el supuesto de análisis de la conducta del imputado "en un procedimiento anterior", solo se incluye para la valoración del peligro de fuga (art. 269), puede ser utilizado en el análisis del peligro de obstaculización, puesto que encaja perfectamente en el art. 270, que sólo incluye una declaración general entendida como un riesgo razonable de que el imputado obstaculizará elementos de prueba. Lo que debe quedar claro es que la conducta del imputado –en el procedimiento o en uno anterior- está referida a la obstaculización probatoria expresamente descrita en el NCPP: destruir, falsificar, suprimir u ocultar fuentes de prueba relevantes para el proceso.

objetivos distintos a su conducta procesal, pero que sin duda constituyen una fuente fiable para analizar su [posible] actitud frente a las fuentes de prueba (piénsese en un caso en el que el imputado pertenece a una organización criminal o cuando posee antecedentes que demuestran una especial destreza para falsificar fuentes de prueba específicas: "falsificador profesional").

Sin embargo, como ya se adelantó, no pueden considerarse conductas obstruccionistas del "material probatorio", el hecho que el imputado no confiese, no declare, no diga la verdad o no "colabore" con la administración de justicia. Nadie puede ser obligado –ni inducido- a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo (art. IX). No se puede obligar al imputado a favorecer el trámite de la investigación, por la sencilla razón de que el ordenamiento no puede obligar a una persona a contribuir al esclarecimiento de un hecho que puede acarrear una sanción penal en su contra. *Puede mentir*, no declarar si lo considera necesario, no contribuir en suma al esclarecimiento del hecho.

Es por esta razón que resulta muy discutible la posición adoptada por el TC peruano en la STC 1091-2002-HC, de 2 de agosto (Asunto "Vicente Silva Checa"). El Tribunal consideró pertinente el "mantenimiento" de la prisión preventiva porque del caso se advertía que el imputado no *colaboró* con la investigación judicial. En estricto, califica como supuestos de *obstaculización de la actividad probatoria* que atentan contra el objetivo del proceso penal, el hecho que el imputado no colabore con la administración de justicia: *guarde silencio* en relación con información relevante para el proceso, y no *admita ni confiese* aspectos vinculados a la imputación[140].

[140] STC peruano 1091-2002-HC, de 2 de agosto (Asunto "Vicente Silva Checa").- "*(…) Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva [prisión preventiva] decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, a fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se consideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva [prisión preventiva] contra el actor, pues a lo largo del proceso éste no colaboró con el proceso de*

Definitivamente esta resolución viola el derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo, o a declararse culpable (derecho de no auto incriminación) reconocida por el art. 8.2.g) de la CADH, aplicable al ordenamiento jurídico peruano en virtud de la Cuarta Disposición Final y

---

investigación judicial, considerándose ello un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria que atentaría contra el objetivo del proceso penal (,,,). Tal criterio se deriva del hecho que el actor no expresó, pese a tener "conocimiento pleno", que el dinero utilizado para la compra de acciones de Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación de Canal 10, hechos que han sido corroborados con la declaración de su coinculpado Vladimiro Montesinos Torres y de la testigo María Angélica Arce Guerrero (…)". El voto singular de la Juez Delia Revoredo Marsano (que en este extremo coincide con la mayoría) es si cabe, más "contundente": "*(…) Es decir en vista de la interpretación de la mayoría que lo que se impugna es el "mantenimiento" de la detención [prisión preventiva], habría en esta oportunidad que citar las consideraciones que tuvo el juez del habeas corpus, basadas en hechos posteriores a la detención, que lo llevaron a declarar improcedente la acción (…) a saber: que el imputado conocía que el dinero recibido por el provenía del Tesoro Público, extremo que no había admitido ni confesado; que guardó silencio respecto a sus numerosas visitas al SIN en compañía de Daniel Borobio, y al hecho de que asesoraba al régimen en materia de comunicaciones por una contraprestación de US$ 8,000 dólares americanos; que tampoco colaboró con la investigación judicial al omitir declarar que recibía entre 20,000 y 25,000 dólares mensuales de Vladimiro Montesinos (…) todo lo cual hizo pensar a la autoridad judicial que existe un propósito de obstaculizar la investigación. En conclusión: (…) en esta caso las autoridades judiciales sí han motivado su convicción de la existencia de peligro procesal. Han explicado por qué piensan que se configura el delito de peculado, y por qué merecería una pena mayor de 4 años. Hay, pues, motivación suficiente y congruente en la autoridad judicial y, en consecuencia, no se ha producido la vulneración del derecho constitucional invocado por el recurrente [libertad personal], que haría indebido al proceso".* En similar sentido se expresa la STC 0376-2003.HC –pero esta vez en relación a la detención domiciliaria- (Asunto "Laura Cecilia Bozzo Rotondo"): "*En efecto, en la denuncia fiscal aludida, además de exponerse los motivos que a criterio del Ministerio Público justifican la ampliación de los cargos, se revela que existen profundas incoherencias en las sucesivas declaraciones de la demandante, en torno a las supuestas conversaciones que habría sostenido con Vladimiro Montesinos, mientras ambos se encontraban en Panamá, incoherencias que el juez penal ha tenido a la vista al determinar la subsistencia de la detención domiciliaria. Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso".* Este caso se diferencia del anterior, en que en éste se discute la detención domiciliaria (que como veremos, también se apoya en una valoración –idéntica- del peligro de obstaculización), y en que el Tribunal rechaza el "derecho a mentir" del imputado; en el anterior, incluso alega la obligación de aportar datos que se revelan fundamentales para el proceso. En ambos casos –la mentira o la no autoincriminación del imputado- constituyen una obstrucción probatoria a juicio del TC.

Transitoria de la Constitución de 1993[141]; y, regulados por el propio NCPP (art. IX.2). Porque es evidente que sí la declaración falsa o la negativa a declarar no pueden ser utilizadas en contra del imputado en el proceso, ni como fundamento para la persecución de un delito contra la función jurisdiccional[142], entonces tampoco puede aplicarse al imputado una medida cautelar personal como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental. Porque el ordenamiento jurídico aplicaría bajo el "reflejo" de una medida estrictamente procesal, la consecuencia más grave que prevé el sistema jurídico, cuando se descubriere que un imputado no colabora, o no dice la verdad, nada menos que la privación del ejercicio de su libertad personal.

Si no existe posibilidad de imponer una pena privativa de libertad a un imputado que no colabora o no declara la verdad en el proceso seguido en su contra, cómo puede el ordenamiento jurídico justificar la imposición de una privación cautelar de libertad sobre la base de ese criterio. Es decir, si el imputado puede declarar lo que crea conveniente (y ello involucra, no declarar, o mentir si lo considera necesario) cómo puede existir una medida cautelar que procure la prevención de tales eventos. La postura del TC en este caso sin duda es el reflejo de un "pensamiento inquisitivo", que no considera al imputado sujeto de derechos sino objeto del proceso, y que no considera a la declaración del imputado como un medio de defensa, sino, un medio de investigación donde se persigue la confesión del imputado[143].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

[141] Derechos que han sido incluso desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: "*Es derecho del procesado mantener silencio sobre los hechos imputados y aun distorsionarlos si conviene a su defensa, quién no está obligado a prestar juramento de decir la verdad, por lo que no puede ser inculpado de delito contra la función jurisdiccional en razón de sus propias declaraciones*". Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1996, Exp. 791-96, Lima (Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal), p. 193.

[142] Acuerdo Plenario Nº 2-2005/ CJ-116, de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: *(…) "el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio" (…)*.

[143] La LECr española en su art. 504.1.3º.b) menciona expresamente que "no procederá acordar la prisión provisional por esta causa, cuando pretenda inferirse dicho peligro [de obstaculización] únicamente del ejercicio del derecho de defensa o la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación". Hubiese sido muy saludable que

El TC no puede incluir dentro del concepto de obstaculización, la mentira, la contradicción o el silencio del imputado; porque de lo contrario, tal valoración en la aplicación de la prisión preventiva obligaría al imputado a autoincriminarse para evitar la prisión preventiva, lo que constituiría una auténtica sanción que vacía de contenido al derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio[144]. Un presupuesto fundamental de la confesión, para que surta efecto en el proceso, es que ésta sea una de carácter libre. Y si el ordenamiento jurídico –o la interpretación que de él realiza el TC- dispone la privación cautelar de libertad a aquellos imputados que "oculten" información relevante o "no declaren la verdad", entonces existe una manifiesta coacción de la voluntad del imputado que puede inducir al auto incriminación para evitar la prisión preventiva[145].

Pero el límite de esa garantía de no - autoincriminación, se encuentra en las acciones ilícitas destinadas a frustrar el proceso. La función de aseguramiento del proceso permite al juez imponer la medida de prisión preventiva, en los casos que sea posible advertir que el imputado podrá realizar conductas que afecten las fuentes de prueba. Se requiere que el peligro sea concreto y no abstracto[146]. Lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba[147]. Si se trata de pruebas

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

el art. 270 incluya una redacción similar.

144 *"(…) la necesidad de impedir la alteración de pruebas no debe confundirse con la de interrogar al imputado y acaso obtener la confesión en el secreto de la instrucción. El interrogatorio del imputado, en una visión no inquisitiva del proceso, no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa que debe servir, por tanto, no para adquirir pruebas de culpabilidad, sino solo para oponerse a la imputación y para hacer posible al acusado su propia defensa (…)".* [FERRAJOLI, L., *Derecho y…, cit.,* p. 557].

145 QUISPE FARFÁN cuestiona también esta Sentencia, y señala que existe en ella una errada concepción de la declaración del procesado como un deber, y advierte, que no tiene en cuenta que la información que se le exigía al procesado era autoincriminatoria y que al valorar el peligro procesal de esta manera en realidad existe una "sanción por su no declaración". QUISPE FARFÁN, F. "¿El que canta su mal espanta? El derecho a la no autoincriminación en el proceso penal peruano", *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Nº 141, agosto 2005, p. 124.

146 Vid. Informe CoIDH 2/97 párr. 33.

147 STEDH, Asunto "Wemhoff" de 27 de junio de 1968, párr. 14.

materiales el imputado debe tener control sobre ellas o estar a disposición de las mismas a través de terceros vinculados.[148]

Las fuentes de prueba que se quieran asegurar mediante la evitación de su (posible) destrucción, ocultamiento, o alteración, deben ser relevantes para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, por lo que quedan excluidas las fuentes de prueba dirigidas a acreditar las responsabilidades civiles, ya que en el proceso civil jamás será posible la privación de libertad para asegurar su eficacia[149].

2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El literal b) constituye el complemento del supuesto anterior. El peligro de obstaculización implica evitar aquellas acciones positivas e ilícitas destinadas a frustrar el desarrollo y resultado del proceso. Siempre que no se obligue al imputado "a colaborar", se le debe impedir que influya negativamente en testimonios (fuentes de prueba personales) que son indispensables para una valoración que el juez debe realizar desde una perspectiva neutral. El peligro debe ser concreto y fundado, y debe atenderse a la capacidad del sujeto pasivo de la medida para influir a los imputados, testigos, peritos o quienes puedan serlo[150].

El imputado debe tener una capacidad razonable de influencia respecto de coimputados, testigos o peritos[151], y esta capacidad tiene una influencia distinta según el estadio procesal en el que se encuentre la causa, en la medida que no existe un mismo peligro de obstaculización en plena

[148] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p. 1127.
[149] ASENCIO MELLADO, JM., "Notas…", *cit.,* p.16.
[150] GIMENO SENDRA, V., *Derecho…, cit.,* p. 543.
[151] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p. 1127.

fase de instrucción que en un estadio procesal donde se han actuado los testimonios (y en su caso las demás pruebas) que pretenden preservarse con la aplicación de la prisión preventiva. Esta es la postura del TEDH cuando sostiene que *el temor de influir en los testigos que se concibe al comienzo de la instrucción, no puede jugar un papel determinante a partir del momento en que los testigos han sido escuchados repetidamente*[152].

El literal c) regula la posibilidad de que la destrucción, ocultación y alteración de fuentes de prueba puedan ser realizadas por terceras personas a solicitud del imputado. Así como la posibilidad de influir en coimputados, testigos o peritos (y quienes puedan serlo) en la misma forma. De hecho, para algunos autores es éste un fin que peca de ingenuidad[153], al punto que en muchos casos la realidad constata que muchos imputados en prisión ostentan plena capacidad para organizar su estrategia de defensa utilizando incluso, conductas obstruccionistas concertadas con terceros. Ello involucra que en la mayoría de casos la única medida cautelar que pueda cumplir con esta función sea la prisión preventiva en la modalidad *incomunicada.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tal situación exige que en el análisis de la proporcionalidad (en sentido estricto) de la medida, no sólo se analice el equilibrio entre la gravedad o intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y el peso de las razones que la justifican por otro, sino que además debe constatarse que dicha limitación no afecte innecesariamente el derecho de defensa del imputado. Porque es evidente que no es lo mismo diseñar una estrategia de defensa en libertad, que hacerlo recluido en un centro penitenciario. La aplicación de una prisión preventiva incomunicada debe ser objeto de una aplicación sumamente restrictiva, sólo en supuestos

[152] STEDH, CASO KEMMACHE, párr. 53.
[153] PISAPIA, G., *Compendio…, cit.,* p. 249.

especialmente graves y únicamente por el tiempo imprescindible para salvaguardar las fuentes de prueba[154].

II.3. Pertenencia o reintegración a una organización delictiva

El art. 268.2 incluye la "posibilidad" de dictar mandato de prisión preventiva, si el imputado pertenece a una organización delictiva, o se interprete como posible su reintegración a la misma y, siempre que pueda utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados, o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

Lo primero que se desprende de la redacción de esta norma es que califica la pertenencia del imputado a una organización delictiva como un presupuesto material, es decir, lo equipara al *fumus boni iuris y* al *periculum in mora.* Sin embargo, no estoy de acuerdo con calificar esta institución como *presupuesto,* tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora* (sea que se presente en la modalidad del peligro de fuga y/o en la modalidad de peligro de obstaculización) son indispensables para aplicar la prisión preventiva y es precisamente por esta razón que se les califica como tales.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La institución que nos ocupa es sólo aplicable para los casos de imputados que pertenecen o pueden reintegrarse a una organización delictiva y, evidentemente, no es un elemento indispensable o necesario en cualquier aplicación de la prisión preventiva.

Es éste en realidad un *criterio* que permite valorar el peligro procesal en un determinado caso concreto. Un motivo para valorar la procedencia de la prisión preventiva, siempre y cuando, se ponga de manifiesto un especial riesgo de fuga u obstaculización, proveniente, no tanto del

[154] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 106.

imputado, sino de los elementos materiales o personales de la organización[155].

El NCPP debió incorporarlo tanto en el art. 269 como en el art. 270, y en realidad, una interpretación coherente de estas normas demuestra que sí lo incluyen. El art. 270 establece causales de tipo abierto, la pertenencia a una organización delictiva, siempre que se cumplan determinadas circunstancias, permite valorar un riesgo razonable de destrucción, alteración u ocultación de fuentes de prueba (270.1 y 270.3). En el caso del art. 269, dicha pertenencia puede valorarse dentro del concepto de "facilidades" para abandonar el país o permanecer oculto (269.1). Es por esta razón que su inclusión es una auténtica redundancia. Este criterio como mucho, *refuerza* la necesidad de una privación cautelar de libertad en un caso concreto.

La única aportación que a mi juicio realiza el art. 268.2 es que permite imponer la prisión preventiva a un imputado, cuando de su pertenencia o posible reintegración a una organización delictiva, se advierta la posibilidad de que utilice los medios que ella le brinde para *facilitar la fuga de otros imputados.* Aunque no se mencione expresamente, debe restringirse a los coimputados en el proceso penal y bien es cierto que es muy difícil ubicar un supuesto en el que el peligro de fuga del imputado, y el "peligro de que éste propicie la fuga de sus coimputados", no coincidan en el caso concreto.

Un sector de la Doctrina peruana[156] se apoya en el art. 268.2 para establecer que el NCPP incluye la reiteración delictiva como función de la prisión preventiva. Sin embargo, como ya se dijo, el NCPP no incluye dicho presupuesto, no existe interpretación posible de dicha norma que conduzca a conclusión semejante. La pertenencia o reintegración a una organización

[155] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 517.
[156] SALINAS SICCHA, R., "La prisión preventiva y la primera casación en el nuevo modelo procesal penal", *JUS Jurisprudencia*, Nº 6, Noviembre, Grijley, Lima, 2007, p. 239.

delictiva se puede evaluar a los solos efectos de verificar el peligro de que el imputado pueda utilizar los elementos que ella le brinda para facilitar su fuga o la de otros imputados, u obstaculizar la averiguación de la verdad. En el marco de la prisión preventiva, la [posible] comisión de futuros delitos ni constituye una condición para su aplicación ni un peligro que pretenda evitarse.

III. Modalidades

III.1 Ordinaria o Comunicada

La prisión preventiva comunicada es la modalidad ordinaria para asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal, para que la prisión preventiva cumpla con las características propias de una medida cautelar, durante su duración se debe proteger el derecho de defensa del imputado, autorizarse un régimen de visitas, y es indispensable que durante el tiempo que dure el internamiento se encuentre sometido a un régimen distinto de los presos que cumplen condena, lo que incluye la separación del imputado de los presos condenados.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Si el ordenamiento jurídico se limita a regular la medida de prisión preventiva, en torno a sus presupuestos, duración y procedimiento de aplicación, existe un grave riesgo de que en la práctica, dicha medida cautelar se identifique plenamente con la *medida final,* la pena privativa de libertad. Y tal situación involucra un serio riesgo para una medida que debe cumplir motivaciones cautelares, lo que significa que se le debe distinguir de la medida privativa de libertad no sólo con relación al fundamento para su aplicación, sino también, en sus efectos.

El Código de ejecución penal peruano[157] define su ámbito de aplicación a través del art. I del TP, que incluye la ejecución de las penas privativas de libertad, las penas restrictivas de libertad, las penas limitativas de derechos y las medidas de seguridad. No existe en esta norma una mención que permita sostener que regula el régimen de la prisión preventiva.

Sin embargo, a pesar que el Código de Ejecución penal pareciera "renunciar" a la regulación del régimen de los presos preventivos al establecer su "ámbito de aplicación", es evidente que sí existe una referencia a dicho régimen en otras normas del propio Código. El art. II del propio TP menciona que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Y menciona luego, que la "*misma regla*" se aplica al *procesado*, en cuanto fuera pertinente.

El art. 95 clasifica los establecimientos penitenciarios en establecimientos: de procesados, de sentenciados, de mujeres y especiales. El art. 96 menciona que los Establecimientos de Procesados son aquellos destinados a la detención y custodia del interno en proceso de investigación y juzgamiento y señala además que en estos establecimientos funcionan Centros de Observación y Clasificación.

Mucho más específico es el Reglamento del Código de Ejecución Pena[158]. Si bien el art. 1 (Disposiciones Generales) insiste en "excluir" a la prisión preventiva de su ámbito de aplicación, el art. 2 define al "interno" como la persona que se encuentra privada de libertad en un establecimiento penitenciario, en condición de *procesado* o sentenciado.

[157] Decreto Legislativo Nº 654 de 02/08/1991.
[158] Decreto Supremo Nº 015-2003-JUS de 11 de setiembre de 2003.

El artículo 46 del Reglamento exige que la clasificación de los internos se efectúe en grupos homogéneos *diferenciados de acuerdo a los siguientes criterios.* Los varones de las mujeres, los sentenciados de los procesados.

El art. 59 menciona que el interno que tenga condición de procesado estará sujeto a las Reglas de Régimen Cerrado Ordinario. Excepcionalmente, previo informe debidamente fundamentado, podrá ser ubicado en alguna de las etapas del Régimen Cerrado Especial.

De acuerdo con el art. 60 el Régimen Cerrado ordinario involucra que el interno permanecerá en su celda, pasadizos o en el patio desde las 6:00 hasta las 18:00 horas. Entre las 18:00 y las 21:00 horas se les permitirá utilizar los pasadizos del pabellón. El ingreso a las celdas y el subsiguiente encierro bajo llave se efectuará indefectiblemente a las 21:00 horas. El régimen de visitas aplicable al Régimen Cerrado ordinario es el establecido por el art. 29 (visita ordinaria) que abarca tres visitas por semana, en un horario de 8 ocho horas por día.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

III.2 Incomunicada

La prisión preventiva incomunicada constituye una excepción al régimen ordinario de la prisión preventiva. No se trata de una alternativa, sino una forma especial de cumplimiento de la medida[159], un agravamiento de la misma[160]. Como norma general, la situación del preso preventivo debe ser la de la comunicación, pero en casos excepcionales, puede ocurrir que dicha situación no sea suficiente para garantizar el éxito del proceso penal[161].

Es una modalidad dotada de una "excepcionalidad cualificada", que conlleva una restricción del régimen ordinario de los derechos del preso

[159] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión..., cit.,* p. 189.
[160] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión..., cit.,* p. 187; PRIETO CASTRO Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *Derecho…, cit.*, p. 264.
[161] BARONA VILAR, S., *Derecho..., cit.,* p. 490

preventivo. Con su utilización se pretende evitar que mediante los contactos que pudiera establecer desde el centro penitenciario con sujetos no sometidos a ella, se ponga en peligro la investigación y con ello la eficacia del proceso y la justicia penal[162]. Por lo tanto, se procura el total aislamiento del imputado con el mundo exterior, bien de forma directa, o bien mediante correspondencia postal, telegráfica, telefónica, etc.[163].

La Constitución peruana establece los siguientes requisitos para decretar la incomunicación[164]: 1. Necesidad de esclarecer el delito (finalidad exclusivamente penal de la medida). 2. Reserva de ley: que deberá precisar la forma y tiempo de duración de la medida. 3. La autoridad debe señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

La CIDH ha definido la incomunicación como *una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe ser limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su asilamiento, a una defensa efectiva*[165].

El NCPP desarrolla esta figura a través de los arts. 265 y 280 NCPP. El primero regula la detención preliminar incomunicada y el segundo, que es el que nos interesa, la *prisión preventiva incomunicada*:"*La incomunicación del imputado con mandato de prisión preventiva procede si es* indispensable

[162] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* pp. 187 - 188.
[163] ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión..., cit*., p. 135.
[164] El art. 2.24 g) Constitución peruana señala que: "Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada a señalar sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida".
[165] Asunto Suárez Rossero p. 55.

para el establecimiento de un delito grave. *No podrá exceder de diez días. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el Abogado Defensor y el preso preventivo, las que no requieren la autorización previa ni podrán ser prohibidas. La resolución que la ordena se emitirá sin trámite alguno, será motivada y puesta en conocimiento de la Sala Penal. Contra ella procede recurso de apelación dentro del plazo de un día. La Sala penal seguirá el trámite previsto en el artículo 267".*

La prisión preventiva incomunicada exige entonces, como sustento base, los mismos presupuestos que la prisión preventiva. Un imputado sólo podrá ser incomunicado cuando existan suficientes elementos que establezcan una alta probabilidad de condena del imputado (*fumus boni iuris*); y cuando se establezcan razones suficientes para considerar que concurre un riesgo procesal (*periculum in mora)* capaz de frustrar el desarrollo y resultado del proceso penal.

La pregunta que cabe realizarse, entonces, es cuál es la causa adicional que además de justificar la prisión preventiva, permite la incomunicación del imputado durante un corto lapso. Y la respuesta a esta pregunta puede condicionar un hecho importante: aun cuando la incomunicación tiene como sustento base los mismos presupuestos que la prisión preventiva –porque no se puede decretar aquella cuando no ha sido decretada ésta con carácter previo- también es cierto que la regulación de le incomunicación pareciera no admitir el peligro de fuga como presupuesto, solo la obstaculización probatoria.

La frase "*establecimiento de un delito"* es una elección "poco feliz" del legislador, porque es en realidad un criterio etéreo y confuso. Hubiese sido más clara la utilización de la frase "esclarecimiento de un delito" que es el que utiliza el art. 2.24 g) de la Constitución peruana; o en su caso, la frase "*averiguación de la verdad"* que es utilizada por el art. 268 NCPP].

Sin embargo, siguiendo la referencia constitucional es evidente que el art. 280 NCPP desarrolla el art. 2.24 g) y debe interpretarse que lo que se pretende proteger es la "averiguación de la verdad".

Cuando se analizó las funciones que pueden asignarse a las medidas cautelares personales del proceso penal, se sostuvo que la prevención de la fuga del imputado, ejerce el objetivo de exigir la presencia del imputado durante el proceso para que desarrolle la estrategia de defensa que considere pertinente. Si en un determinado caso concreto lo que se pretende es preservar el *desarrollo del proceso* (y no la ejecución de la pena) básicamente se *asegura* la presencia del imputado durante el juicio oral en aquellos procesos –como sucede en todos los regulados por el NCPP- que estén excluidos de realizarse en rebeldía.

Pero no debe confundirse la función de evitar la frustración y continuación del proceso, con la de exigir la presencia del imputado en la fase declarativa para la práctica de medios de prueba que se consideran imprescindibles para la actuación del *ius puniendi* del Estado. Esta no es ni debe ser una función de la prisión preventiva, por que no puede ni debe exigírsele al imputado una colaboración que vaya mas allá de asistir a la Audiencia cuando se requiera su presencia (si puede mentir o guardar silencio, es obvio que no sólo no tiene que colaborar, sino que puede hacer todo lo contrario).

En este sentido, la virtualidad de la evitación de la huida mediante la imposición de la modalidad incomunicada es muy escasa, pues se reduciría a evitar que mediante el normal ejercicio de los derechos de comunicación del preso, éste lograra organizar y preparar su huida desde la prisión. Y no parece en principio proporcionado hacer cargar a quien está preso, las consecuencias de la eventual ineficacia de quien lo custodia[166]. Solo procede la incomunicación, cuando sea necesario a efectos de evitar

[166] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, cit., pp. 188, Nota 347.

conductas obstruccionistas del imputado relacionadas con las fuentes de prueba.

Por otro lado, el término indispensable utilizado en el art. 280 NCPP sitúa la medida como una de un carácter excepcionalísimo, en la medida que recurre a su carácter instrumental y proporcional para identificar el hecho de que si la prisión preventiva comunicada u ordinaria es suficiente para los objetivos cautelares que se persiguen, entonces no resulta necesario decretar la incomunicación del preso preventivo.

La incomunicación es entonces la última opción del legislador para prevenir el riesgo de obstaculización probatoria. Con ella se pretende evitar que el preso preventivo se confabule con otras personas, bien sean testigos del hecho, bien sus cómplices y otros sujetos ajenos al proceso. Esta modalidad constituye una herramienta excepcional en virtud de la cual, se persigue reforzar la función –que ya se asigna a la prisión provisional ordinaria- de evitar el peligro de obstaculización.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El Art. 280 NCPP establece que la incomunicación no podrá exceder de 10 días. Esta incomunicación no impide las conferencias en privado entre el Abogado Defensor y el preso preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas. El art. 281 menciona que el *incomunicado* podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión y que recibirá sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada. Vencido el término de la incomunicación señalada en la resolución, ésta cesa definitivamente.

IV. Procedimiento

IV.1. Competencia

El art. 2.24.f de la Constitución peruana establece que la medida de privación de libertad requiere mandamiento escrito y motivado del juez. Con relación a la prisión preventiva, esta exigencia se encuentra desarrollada en el art. 268, que establece que es "el Juez" –previa solicitud del Ministerio Público- quién podrá dictar mandato de prisión preventiva cuando concurran los presupuestos materiales establecidos en la propia norma. El principio de exclusividad jurisdiccional no puede entenderse cumplido solo ante la existencia de una resolución proveniente de cualquier órgano judicial, ésta debe ser adoptada por un juez predeterminado por ley (art. 139.3 Constitución), que además debe ser competente e imparcial[167].

IV.1.1. Competencia Funcional

Si bien el art. 268 es claro en señalar que la prisión preventiva solo puede ser dictada por un Juez, no resulta tan claro cuál es el *juez competente*, lo que guarda una estrecha relación con la determinación de la fase procesal en la que ésta puede ser solicitada. Fundamentalmente, la incógnita surge en torno a si solo puede ser aplicada por el Juez de la Investigación Preparatoria, o si acaso, es posible asignar dicha competencia a los órganos jurisdiccionales que participan en otras fases del proceso. Situación que tiene una importancia singular si se tiene en cuenta que la presencia del *acusado* en el juicio oral es obligatoria (art. 367.1 NCPP) y que uno de los objetivos centrales de la prisión preventiva es asegurar *la ejecución de la pena*, lo que muchas veces constituye un dato fundamental para evaluar su imposición –siempre que concurra un riesgo de fuga del imputado[168]- luego de culminada la fase de Investigación Preparatoria[169].

[167] GIMENO SENDRA, V., "La prisión... ", *cit.,* pp. 142-143.

[168] Nos limitamos a mencionar el riesgo de fuga porque en realidad, culminada la

Piénsese en un caso en el que un imputado ausente con mandato de detención preliminar judicial (art. 261 NCPP) es capturado por la Policía y puesto a disposición del Juzgado penal unipersonal o colegiado –encargados del juzgamiento- porque la causa está en pleno juicio oral contra los coimputados[170]. ¿Debe ordenarse la formación de un cuaderno y remitirse al Juez de la Investigación Preparatoria para que decida si procede la prisión preventiva? Pienso que esta no es la voluntad del legislador, por lo que es necesario acudir a una lectura del art. 268 y las demás normas del NCPP, para establecer una interpretación coherente de las reglas de competencia funcional que regulan la imposición de la privación cautelar de libertad.

En principio, la expresión lacónica "el Juez" que utiliza el art. 268, propone una lectura "genérica" que podría incluir a todos aquellos jueces (ya sea que integren órganos unipersonales o colegiados) que participan en distintas fases del proceso penal, y que puedan necesitar del instrumento cautelar comentado para *asegurar* el desarrollo de una fase concreta, y en su caso, la ejecución de la posible sentencia condenatoria. Pero si bien el art. 268 utiliza una expresión de tipo genérico, también es cierto que los arts. 271 (audiencia y resolución), 274 (prolongación), 278 (impugnación) y 279 (revocatoria), mencionan expresamente al "Juez de la Investigación Preparatoria"[171].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Investigación Preparatoria y una vez dictado el auto de enjuiciamiento, por regla general se entiende que los medios de prueba se encuentran plenamente asegurados y listos para ser actuados en el juicio oral.

[169] En el Perú sólo se puede dictar sentencia condenatoria en presencia del acusado.

[170] También puede darse el caso de un imputado que ha sido declarado contumaz o ausente de conformidad con el art. 79 NCPP, y es objeto de una "conducción compulsiva".

[171] Algo similar ocurría en la LECr española. La LO 13/2003 que modificara el art. 502.1 de la LECr ahora establece que podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa. Según GUTIÉRREZ DE CABIEDES ahora se reconoce abiertamente la posibilidad de que esta medida sea adoptada por distintos órganos, según quien sea el que esté conociendo en cada fase del proceso. *La prisión..., cit.,* p. 205.

Al analizar las normas que establecen la competencia de los órganos jurisdiccionales en general (Título II, Sección III del Libro I) se aprecia lo siguiente: El art. 29.2 NCPP señala que compete a los Juzgados de la Investigación Preparatoria, *imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria.* En el mismo sentido, el art. 27.4 NCPP señala que es competencia de las *Salas Penales de las Cortes Superiores* dictar, a pedido del Fiscal Superior, las medidas limitativas de derechos a que hubiere lugar. Sin embargo, el art. 28 (Competencia material y funcional de los Juzgados Penales) en principio, no otorga competencia *expresa* para aplicar la prisión preventiva u otra medida limitativa ni a los Juzgados Penales Colegiados ni a los Unipersonales (que son los encargados del Juzgamiento en el Proceso común).

Por lo que también se debe analizar algunas de las normas que regulan el Proceso Común (Libro III NCPP): El art. 323 establece como *función* de los Juzgados de la Investigación Preparatoria, la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieren orden judicial (art. 323). Éste no tendría competencia para aplicar la prisión preventiva solo en la fase de Investigación Preparatoria, sino también en la Fase Intermedia: el art. 353.3 permite que al momento de dictar el auto de Enjuiciamiento, pueda pronunciarse sobre la procedencia o subsistencia de las medidas de coerción[172]. El art. 399.5 establece que el Juez, leído el fallo condenatorio, podrá disponer la prisión preventiva si el acusado se encuentra en libertad, y siempre que exista base para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia. Es evidente que cuando este artículo utiliza la expresión "el Juez", se refiere a los Juzgados Penales Colegiados y a los Juzgados Unipersonales que son los encargados del juzgamiento y sentencia en el Proceso Común[173].

[172] Si bien es cierto que el art. 353.3 menciona que puede realizar esto de oficio, tal referencia corresponde solo a los casos en los que pretenda sustituir una medida cautelar personal por otra menos gravosa o cuando evalúe la subsistencia de una medida.
[173] En el proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos, el Vocal Supremo de la Investigación Preparatoria es competente para dictar medidas de coerción

En este sentido, el NCPP no restringe la competencia para aplicar la prisión preventiva al Juez de la Investigación Preparatoria. La Sala Penal, los Juzgados Penales Colegiados y los Unipersonales, también son competentes, lo que significa que puede ser utilizada en la investigación preparatoria, durante la fase del juicio oral[174], luego de la emisión de la sentencia (siempre que no sea firme) y durante la sustanciación de los recursos.

Situación distinta es la de determinar cuál es la oportunidad a partir de la cual estos órganos pueden aplicar la prisión preventiva en la sustanciación del proceso. Como ya se dijo anteriormente, el art. 338.4 NCPP, establece que cuando el Fiscal, salvo las excepciones previstas en la Ley (que no incluyen a la prisión preventiva), deba requerir la *imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación,* a menos que lo hubiera realizado previamente[175]. Esto involucra que el órgano

---

siempre que exista una solicitud previa del Fiscal Supremo designado (art. 450.4). En el Proceso por Faltas, el Juez de Paz Letrado al parecer tendría competencia para aplicar la prisión preventiva cuando el imputado no se presente voluntariamente a la audiencia (art. 485 NCPP), sin embargo, como ya se dijo es ésta en realidad una norma inaplicable.

[174] En forma distinta opina REYES ALVARADO, quien sostiene que en la fase del juicio oral solo se puede ordenar la conducción compulsiva del imputado, pero que el NCPP no prevé la posibilidad de aplicar la medida de prisión preventiva. [Vid. REYES ALVARADO, V.R., "Las medidas…", *cit.,* p. 189]. Sin embargo, en mi opinión sí existe base legal para dictar la prisión preventiva contra un imputado que, evidentemente, pretende frustrar el desarrollo del proceso y la ejecución de la posible pena a imponer. El art. 269.4 NCPP establece claramente la posibilidad de analizar el comportamiento del imputado durante el procedimiento para valorar la presencia del peligro de fuga, y sería absurdo que fuera imposible demostrar dicho presupuesto cuando el imputado se niega a participar en el juicio oral que constituye el acto central del proceso penal y en el que su presencia es obligatoria. En el NCPP esa opción es legítima, siempre que claro está, además exista una prognosis de pena superior a los 4 años (de lo contrario, como sucede con el art. 485.2, sería una medida desproporcionada).

[175] Por formalizar la investigación, se entiende el acto de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria que regulan los arts. 3 y 336 NCPP. Esta es una decisión formal del Fiscal que debe ser comunicada al Juez de la Investigación Preparatoria y que involucra que del análisis de la denuncia, el Informe Policial o las Diligencias Preliminares, aparezcan indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad (art. 336.1 NCPP). La Disposición de Formalización debe contener el nombre completo del imputado, los hechos y la tipificación, el nombre del agraviado y las diligencias que deban actuarse. Esto no es otra cosa que la imputación formal, que reemplaza a la "formalización de la denuncia" y al "auto apertorio de instrucción" regulados en el anterior sistema procesal. Implica que el imputado conozca la imputación formal mediante una disposición motivada que debe ser aprobada por el Juez de Garantías (sin

jurisdiccional puede dictar prisión preventiva solo luego de la formalización de la investigación[176], y no durante las Diligencias Preliminares[177].

IV.1.2. Imparcialidad Objetiva: Principio Acusatorio y prisión preventiva

No existe duda que el análisis de la prisión preventiva, exige revisar aspectos vinculados a la concepción de un nuevo modelo de corte acusatorio, y la introducción de la garantía del principio acusatorio en el nuevo proceso penal. Porque si bien este trabajo no pretende analizar –en forma integral- la estructura del nuevo proceso penal peruano, la misma tiene una importante influencia en el diseño del procedimiento asumido por el NCPP para la imposición de la prisión preventiva. Es lo que ocurre con una investigación preparatoria que se encuentra a cargo del Fiscal, un Juez que asume la posición de "garante", y, una solicitud y audiencia previas a la decisión de aplicar la prisión preventiva, que constituyen el resultado de ese diseño.

Entonces, es necesario evaluar, como ya se señaló, que no solo se requiere la imposición de la prisión preventiva por un Juez competente predeterminado por ley, también se requiere que éste sea un juez imparcial. Y ello no se limita a analizar la relación del juez que decide la imposición de la prisión preventiva con las partes del proceso (imparcialidad subjetiva),

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

perjuicio de que el imputado también deba de ser comunicado del contenido de la investigación durante la sustanciación de las Diligencias preliminares) y que configura el objeto procesal.

[176] Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la República en vía de casación: "[la prisión preventiva] sólo puede tener lugar en los ámbitos de una investigación preparatoria formal, vale decir, que se haya dictado la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria a que hace referencia el art. 336 NCPP (…)." Sala Penal Permanente, Casación Nº 1 – 2007, Huaura, fundamento de derecho Cuarto. Esta casación tiene una especial importancia por que es la primera que se dicta en relación con el NCPP.

[177] Las Diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, e individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados. Esta fase culmina con la formalización de la Investigación Preparatoria y la medida cautelar que prevé el NCPP para el aseguramiento de su desarrollo es la detención (arts. 259 a 267 NCPP).

también se requiere el análisis de una imparcialidad objetiva. El juez que ordena la prisión preventiva no puede estar "contaminado" por las demás actividades que también despliega en el proceso.

En una valoración crítica a la reforma de la prisión provisional de la LECr española realizada por SANGUINÉ, sostiene que para garantizar la *imparcialidad del juez instructor* que ha ordenado la prisión preventiva, sería necesario realizar una reforma legislativa de *lege ferenda* que consiste en atribuir al Ministerio Fiscal la dirección del procedimiento preliminar, de modo que tendría la función de investigación/instrucción de los procesos penales por delitos, y reservar al Juez las funciones de acordar medidas cautelares, conocer del juicio oral y sentenciar[178].

Es esta la postura que consolida la idea de que la aplicación de una medida cautelar tan grave como la prisión preventiva en el desarrollo de una instrucción en el que el Juez realiza labores de investigación, constituye un serio atentado para su imparcialidad al momento de la adopción de una medida que constituye la más grave limitación de un derecho fundamental – la libertad personal- en el desarrollo de cualquier proceso penal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Un Juez que lidera una investigación en la que su función consiste en reunir los elementos de prueba que permitan esclarecer el delito y preparar el juicio oral, es uno que se encuentra contaminado por su labor instructora. Existe un serio riesgo de que su voluntad se encuentre viciada por la función que realiza, y que por consiguiente, la decisión de adoptar tan importante medida limitativa se vea prejuzgada por la motivación que puede ejercer en él la necesidad de "preservar" el éxito de su labor investigadora.

Muchas veces el hecho de mantener al imputado en prisión preventiva precondiciona notablemente el sentido de la investigación, porque se genera lógicamente en el Juez que instruye una querencia

[178] SANGUINÉ, O., *La prisión..., cit.,* p. 607.

insoslayable a intensificar la práctica de diligencias incriminatorias con el fin de autojustificar su decisión previa sobre la privación cautelar de libertad, tiende a cerrar otras hipótesis fácticas alternativas favorables al imputado y a no indagar suficientemente los datos exculpatorios que pudieran beneficiarle[179].

En dicha línea, el NCPP peruano encarga la investigación preparatoria al Ministerio Público. Este diseño procesal impone dos condiciones: 1) Las limitaciones de derechos fundamentales que ocurran en el proceso penal solo pueden ser dictadas por un Juez o Tribunal), y, 2) siempre que hayan sido previamente solicitadas por el Ministerio Público.

De conformidad con el art. 29 NCPP compete a los Juzgados de Investigación Preparatoria: Conocer las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la Investigación Preparatoria; imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria, realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada, conducir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia, ejercer los actos de control que estipula el Código; entre otros.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sobre esta base, la acumulación de funciones, se encuentra a salvo en el nuevo proceso penal peruano, porque el Juez no "instruye", y por lo tanto, no se coloca en riesgo la garantía de imparcialidad. Más si se toma en cuenta, como veremos más adelante, que además de asumir la decisión de limitar un derecho fundamental desde la exclusiva función de "Juez de Garantías", debe asumir esa decisión siempre que sea solicitada por el Fiscal y luego de una audiencia contradictoria. No puede aplicar la prisión preventiva de oficio.

[179] JORGE BARREIRO, A., "La prisión…, *cit.* p. 48.

En el caso del Juez que reúne las funciones de órgano sentenciador y la de aplicar medidas cautelares, la doctrina mayoritaria lo admite por considerar que las decisiones cautelares no suponen una realización directa de una actividad investigadora (aún que bien es cierto que se admite también que ello debe ser analizado en cada caso concreto)[180].

IV.2. Tramitación: Petición Fiscal y Audiencia Preliminar

El art. 268 NCPP dispone que el Juez puede dictar mandato de prisión preventiva, solo a solicitud del Ministerio Público. El art. 271 (y por remisión expresa, el art. 8 NCPP) regula la necesidad de una audiencia previa que debe celebrarse dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento Fiscal, con presencia *obligatoria* de éste, el imputado, y su defensor (o en caso de inasistencia de éste, la del defensor de oficio). La resolución que acepte o rechace el requerimiento debe ser pronunciada en la audiencia, sin postergación alguna y a través de un acto motivado[181].

La exigencia de una previa solicitud del fiscal para decidir la imposición de la prisión preventiva, es coherente con la verdadera dimensión del principio de jurisdiccionalidad, porque en un sistema procesal en el que la investigación se confiere al Ministerio Público, y en el que el Juez es esencialmente de garantías –a diferencia del proceso regulado por el CPP

[180] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La prisión..., cit.,* p. 212.

[181] El NCPP sigue en parte el modelo establecido en la reforma de la LECr española introducida por la LO 5/1995 (art. 505 LECr), modelo respetado por la posterior reforma incorporada por la LO 13/2003. Pero existe una diferencia importante, en el nuevo ordenamiento procesal peruano, a diferencia del español, el encargado de dirigir la Investigación Preparatoria es el Fiscal. El hecho que en el proceso penal español la instrucción siga en manos del Juez, ha llevado a un sector de la doctrina a criticar la modificatoria: "(...) El hecho de que la prisión preventiva solo puede decretarse por el Juez o Tribunal a instancia de parte acusadora personada, (...) hará recaer ese lance en la mayoría de casos, en el Fiscal. Este discutible aspecto de la reforma sería mucho mejor recibido, sin duda, si el Fiscal tuviera a su cargo "ab initio" (desde el principio) la investigación de los hechos. Pero no ocurre así. ¿Y como puede pedir la prisión, con ciertas garantías de no equivocarse, quien no ha investigado los hechos y solo los conoce por las referencias del atestado? (...)". SERRANO BUTRAGUEÑO, I., "La reforma de la prisión preventiva", Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Comares, Granada, 1996, p. 482.

de 1940 en el que se recoge la figura del *Juez Instructor-*, se debe preservar la imparcialidad absoluta de éste último[182].

Esto incluye la decisión vinculada a la aplicación de una limitación de derechos fundamentales con fines cautelares respecto de la cual, naturalmente, no se puede constituir en *juez y parte*. Se *refuerza* la posición equidistante del Juez en relación con la adopción de la medida, porque no solo no puede adoptar la prisión preventiva de oficio (*inaudita pars)*, además del requerimiento de un tercero, es necesario que asuma la decisión luego de escuchar las alegaciones en un debate contradictorio[183]. La petición previa incorpora entonces el principio de "justicia rogada" y es un instrumento que garantiza la imparcialidad del juzgador. Por su parte, la audiencia previa fortalece el principio de contradicción y la oralidad[184].

El requisito de postulación de parte es descrito como una expresión del principio acusatorio[185] y, por lo tanto, del derecho al debido proceso reconocido en nuestra Carta Política (art.139.3). La adopción de la prisión preventiva -tal como puede deducirse de sus presupuestos y en concreto, de la figura del *fumus boni iuris*[186]- entraña una inculpación y su aplicación de oficio constituye un serio peligro para la imparcialidad judicial y el debido proceso, porque si bien no se exige un grado de certeza para aplicarla, se requiere la existencia de un *alto grado de probabilidad* de que el imputado sea penalmente responsable. A tal valoración, aun cuando ocurra en sede

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

182 ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 503.
183 En la Doctrina Nacional esta postura ha sido defendida por SAN MARTÍN CASTRO, incluso antes de la publicación del NCPP: "(...) la imposición de la prisión preventiva requiere un procedimiento contradictorio mínimo: 1) pedido del Fiscal (...) que descarta una orden de oficio que vulneraría la imparcialidad judicial; y 2) previa audiencia al imputado (...)". SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho..., cit.,* 2003, p. 1115.
184 SANGUINÉ, O., *Prisión provisional..., cit*., p. 588.
185 BELLIDO PENADÉS, R., "Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertad provisionales", *Actualidad Penal*, 1998, ref. XIX; MACÍA GÓMEZ, R. Y M. ROIG ALTOZANO, "El nuevo...", cit., p. 81; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 227.
186 BELLIDO PENADÉS, R., "Poderes...", *cit.,* p. 366.

preliminar, se debe acudir desde la posición de un tercero con una posición imparcial en la controversia, que se aleje de una función *inquisitiva*.

Por otro lado, la realización de una audiencia contradictoria refuerza el derecho de defensa del imputado[187]. No hay defensa sin contradicción, y ello implica estar en capacidad de "rebatir" los argumentos que puedan justificar una medida limitativa de derechos fundamentales. Situación que en sentido estricto, en el anterior sistema procesal peruano solo es posible luego de la imposición de la medida, ya sea por medio de un recurso impugnatorio o mediante la solicitud de libertad provisional (arts. 138 y 182 del CPP de 1991)[188].

En el nuevo sistema procesal, la realización de una audiencia previa a la imposición de la prisión preventiva, es un correlato de la *necesidad* de garantizar la defensa del imputado en todas las fases del proceso[189].

En este sentido, es necesario analizar si el NCPP regula supuestos de excepción, porque pareciera que la prisión preventiva puede ser aplicada en algunos casos de oficio, y sin cumplir con la exigencia de una audiencia previa contradictoria. Ése parece ser el caso del art. 255.2, que dispone la reforma de una medida limitativa -aun de oficio- cuando varían los presupuestos que motivaron su adopción; el art. 256, que dispone la posibilidad de sustituir o acumular medidas limitativas -de oficio o a solicitud

[187] Para SAN MARTÍN CASTRO, el derecho de defensa incorpora el principio de contradicción, y éste, a su vez, exige la imputación, la intimación y el derecho de audiencia. [SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho..., cit.,* p. 122]. Según MAIER, el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no solo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento. [MAIER, J., *Derecho procesal penal,* T.I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 553 – 557].

[188] Lo mismo ocurría en el sistema procesal español antes de la reforma operada por la LO 5/1995. Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., "La reforma...", cit., p. 464. "(...) En cuanto a la contradicción, parece mentira, pero hasta la entrada en vigor de la LO 5/1995, la LECr no había previsto un trámite o momento "ad hoc" antes de que el Instructor acordara la prisión preventiva, para que el detenido y su letrado realizaran alegaciones y propusieran pruebas con el único fin de enervar la posible medida de prisión provisional. Sí estaban previstas las alegaciones y la impugnación una vez acordada la privación de libertad (arts. 401, 504 y 516 LECr), pero no antes de su adopción".

[189] El art. IX del TP NCPP menciona que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y la oportunidad que la ley señala.

de la parte legitimada- cuando el imputado infringe una medida impuesta en el proceso; entre otros.

Sin embargo, una interpretación sistemática de las normas que regulan la prisión preventiva, y las que regulan el marco general aplicable a las medidas limitativas en general, indica lo contrario. Ninguno de estos artículos, bien entendidos, autoriza al juez a disponer medidas cautelares personales de oficio. Ello es así por imperio del principio de imparcialidad judicial, y en virtud del principio de legalidad aplicable a cualquier limitación de derechos fundamentales. La aplicación de la prisión preventiva requiere siempre de una previa solicitud del fiscal y de una audiencia contradictoria. De hecho, esto ocurre con cualquier agravación de la situación personal del imputado en el marco de las medidas cautelares personales en general. Lo único que sí puede realizar de oficio la autoridad judicial, en función de su naturaleza de Juez de garantías, es adoptar medidas menos gravosas que las solicitadas por el Fiscal (art. 286.2) o reformar o sustituir las medidas decretadas por otras menos intensas[190].

El NCPP asume una postura exigente respecto a la necesaria preservación del derecho de defensa y el principio de contradicción en la audiencia, no solo porque es un requisito indispensable, además, establece determinadas consecuencias jurídicas para los sujetos procesales que incumplan sus obligaciones en el procedimiento para aplicar la prisión preventiva. El art. 271.2 regula la responsabilidad funcional del juez que no realice la audiencia dentro del plazo legal, y dispone la sanción disciplinaria del Fiscal y el abogado defensor si por su causa se frustra la misma.

La presencia del imputado en la audiencia también parece ser obligatoria de conformidad con la misma norma, aunque es una disposición que tiene algunos matices. En el caso de un imputado detenido, su presencia es, en realidad, una consecuencia de la puesta a disposición

[190] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 504.

judicial (266.3). En sentido estricto, el imputado no cumple con la *obligación* contenida en la norma voluntariamente.

En el caso del imputado que se encuentre en libertad, el NCPP no crea mecanismos coercitivos para obligarlo a presentarse a la audiencia, el art. 271.2 dispone que si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, el único efecto práctico es que será representado por su abogado, o en su caso, el defensor de oficio, disposición normativa que en realidad es innecesaria.

No obstante ello, un sector de la Doctrina ha llegado a señalar que cuando el imputado no se encuentra detenido, su conducción compulsiva a la Audiencia es un requisito *sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva[191]. La Sala Superior de Huaura, incluso ha llegado más lejos, al sostener que para la aplicación de la prisión preventiva, la detención es un requisito previo[192]. Sin embargo, la Corte Suprema en vía de casación ha resuelto, considero que en forma muy acertada, la interpretación de ambas situaciones. Ha señalado respecto del primer supuesto que: "*(…) no es absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria su debida citación en domicilio real o procesal –si lo hubiera señalado- o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad del Juez para emplazarlo- o porque sencillamente no quiere hacerlo, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor (…).*

Respecto del segundo supuesto, también ha aclarado la situación: "*(...) El imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones procesales. Así, puede estar detenido policialmente en los supuestos de flagrancia delictiva o por previo*

[191] REYES ALVARADO, V.R., "Las medidas…", *cit.,* pp. 188 – 189.
[192] Fundamentos de Hecho de la Casación Nº 1-2007, Sala Penal Permanente.

arresto ciudadano o detenido preliminarmente por orden judicial (…). Asimismo, puede encontrarse, de facto, en la condición de no habido –sea que se hubiere fugado antes de ser capturado en flagrancia por la policía o que ésta, pese al mandato judicial de detención preliminar, no haya podido capturarlo- o sin medida coercitiva personal alguna porque el Fiscal no la solicitó ante el Juez de la Investigación Preparatoria, sea por la razón que fuere (…). El Tribunal de Alzada traza una vinculación estricta entre detención y prisión preventiva y a partir de ese entendimiento estima que es imprescindible a la prisión preventiva –y condición para su imposición- la medida de detención, de suerte que si ésta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, no es posible solicitar aquella y menos concederla. Ese entendimiento no es correcto. La detención (…) no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva (…)[193].

Considero que esta posición es acertada, porque la prisión preventiva es un acto cautelar instrumental al proceso, y no tiene sentido restringir su utilización a los supuestos en los que exista una detención efectiva. La prisión preventiva y la detención no responden a las mismas exigencias, reglas o fundamentos, por lo que tal interpretación no es una más garantista. Una lectura conjunta de los artículos 266.3 y 286.1, es correcta para la aplicación de la prisión preventiva en el caso de detenidos, pero no tiene que extenderse a los imputados en situación de libertad.

En cualquier caso, es importante apreciar que el art. 269.4 NCPP permite al Juez que, en el análisis del peligro de fuga, valore *el comportamiento del imputado durante el procedimiento*, norma que puede ser tenida en cuenta en el momento que se presente una ausencia injustificada del imputado en la audiencia regulada por el art. 271. Es importante tener en cuenta, también, que en los casos de inasistencia del

[193] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación Nº 1 – 2007, Huaura, fundamentos de derecho Cuarto y Quinto.

imputado la resolución debe ser notificada dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión de la audiencia (271.2).

Otro dato a analizar en el procedimiento para aplicar la prisión preventiva lo constituye la posible participación de otros sujetos procesales en la audiencia. Pareciera que al atribuir al Fiscal con carácter exclusivo, la legitimación procesal para solicitar la medida de prisión preventiva, no existe posibilidad de que los demás sujetos procesales –distintos al Fiscal, imputado y su defensor- participen en la audiencia.

Sin embargo, el art. 258 señala que tanto en el procedimiento de imposición de una medida limitativa, como en el correspondiente procedimiento recursal, los demás sujetos procesales podrán intervenir presentando informes escritos o formulando cualquier requerimiento, luego de iniciado el trámite, y *siempre que no peligre la finalidad de la medida*. La duda más importante que ofrece la interpretación de este artículo, radica en la posibilidad de que el actor civil (Parte Civil) intervenga en la audiencia regulada por el art. 271. Porque si la acción penal en los delitos públicos corresponde al Fiscal, y es solo éste el legitimado para solicitar una sanción penal, todo indica que también corresponde solo a él la solicitud de las medidas que están dirigidas a asegurar su efectividad práctica. El actor civil se limita a solicitar la restitución del bien y el monto indemnizatorio, y en esa línea, a solicitar las medidas limitativas que aseguren el resultado de la pretensión civil acumulada al proceso penal[194].

[194] El art. 388 NCPP, al regular el alegato oral del abogado del actor civil en la etapa de juzgamiento, señala que argumentará sobre el agravio que el hecho ha ocasionado a su patrocinado, demostrará el derecho a la reparación que tiene su defendido y destacará la cuantía en que estima el monto de la indemnización, así como pedirá la restitución del bien o el pago de su valor. Señala además que puede esclarecer "con toda amplitud" los hechos delictuosos, en tanto sean relevantes para la imputación de la responsabilidad civil, pero le está prohibido calificar el delito. Esta prohibición es interesante si se tiene en cuenta que la prisión preventiva se sustenta en un análisis de la probable pena a imponer en la condena, que importa necesariamente, una calificación previa del delito.

No obstante, es cierto también que la reparación civil del proceso penal tiene una estrecha relación con la condena del imputado. Y es justo reconocer que la acción civil por regla general, logrará su objetivo en los casos que el imputado sea objeto de una sentencia condenatoria. De esto se desprende que sea posible que el actor civil intervenga en la audiencia para decidir la imposición de la prisión preventiva, siempre que se respeten los criterios establecidos por el art. 258. Está claro que solo puede intervenir *luego de iniciado el trámite*, en la medida que la norma no le confiere legitimidad procesal para solicitarla. Su función, como mucho, se limitará a coadyuvar a la posición Fiscal, y siempre que haya sido éste el que haya solicitado la medida, previa y voluntariamente[195]. El actor civil se limitará a expresar los fundamentos que a su juicio justifiquen su participación en la audiencia, mencionando las razones por las cuáles la imposición de la prisión preventiva favorece la eficacia de su pretensión (civil) en el proceso penal.

Pero la clave de la participación del actor civil en la audiencia del art. 271, en realidad viene referida por la mención que realiza el art. 258 a la *necesidad* de que de su participación no se desprenda un *peligro para la finalidad de la medida.* Si la prisión preventiva tiene por único objetivo evitar la frustración del proceso, y en su caso, la (posible) sentencia condenatoria; entonces la introducción de cualquier otro argumento para su aplicación constituye un peligro para su finalidad. Si se advierte que el actor civil participa en la audiencia alegando razones vinculadas a la vindicta, prevención de la reiteración delictiva o la alarma social, su participación carece de sentido[196]. Debe aportar al debate oral, solo los argumentos que permitan sostener que existe un peligro de fuga o de obstaculización que

[195] Sin embargo, un dato interesante que deberá ser analizado en la práctica lo constituyen las comunicaciones que puedan existir entre el abogado del actor civil y el representante del Ministerio Público en la Investigación Preparatoria. No sería extraño que en esas comunicaciones el abogado pueda "solicitar" o "sugerir" que se requiera al Juez la imposición de la prisión preventiva. Será interesante analizar cual es el tratamiento jurisprudencial de un pedido expreso y formal en ese sentido.

[196] Para GIMENO SENDRA las partes civiles no gozan de legitimación alguna para intervenir en la audiencia regulada por el art. 504.2 LECr española, en la medida que –a su juicio- sólo un sentimiento de vindicta o una "presión económica" podrían inducirle a instar la prisión provisional del imputado, móviles que por su carácter espurio, no pueden ser tomados en consideración por el Derecho. [GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal,… cit.,* p. 543].

pone en serio peligro el desarrollo y resultado del proceso penal, que influye a su vez en la eficacia de la ejecución de la reparación civil solicitada o que se pretende solicitar[197].

IV.3. Motivación del auto de prisión preventiva

La motivación de las resoluciones judiciales tiene un doble fundamento: 1) Permite controlar la actividad jurisdiccional; y, 2) Logra el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del derecho vigente libre de arbitrariedades[198]. En el ámbito de la resolución judicial que adopta la prisión preventiva, la exigencia constitucional de motivación debe ser considerada desde una doble perspectiva: desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva; y, desde el respeto al derecho a la libertad personal[199].

El TC español ha señalado que, en el caso específico de la motivación de las resoluciones que acuerdan la adopción o la continuidad de la prisión preventiva, el análisis de las carencias o defectos en la motivación, excede la ordinaria obligación de motivar las resoluciones judiciales, para introducirse en la más rigurosa de motivar aquellas que limitan el derecho a la libertad[200]. Existe un deber reforzado de motivación que viene impuesto por la incorporación de un derecho fundamental sustantivo, que sólo podrá estimarse salvaguardado si la resolución judicial que lo restringe está

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[197] Si bien el art. 12.3 NCPP permite declarar la responsabilidad civil del imputado, aun cuando se declare su absolución, o el sobreseimiento del proceso, es cierto que la conducta del imputado puede frustrar también, estas resoluciones. En cualquier caso, no todo proceso penal permite declarar la responsabilidad civil por el hecho materia de procesamiento en una resolución de sobreseimiento o absolución, muchas veces la condena penal es indispensable para dictar la condena civil.

[198] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho..., cit.,* p. 1156. En un sentido similar se pronuncia el TC peruano. STC 9430-2005-HC: "(…) la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de los justiciables".

[199] SANGUINÉ, O., *Prisión provisional..., cit.,* p. 550.

[200] SSTC español 142/2002, de 17 de junio, F. 2; 99/2005, de 18 de abril, F. 3; 179/2005, de 4 de julio, F. 2; 333/2006, de 20 de noviembre. F. 2; y, 79/2007 de 16 de abril, F. 3.

debidamente razonada[201] . Si los órganos judiciales no cumplen con el deber de motivación, infringen por esta sola razón, el derecho fundamental a la libertad personal[202]. Es por esta razón que el canon de conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la limitación de derechos fundamentales es más estricto que la motivación que se exige como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que si la conformidad con éste requiere la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, la de aquél requiere que además dicho razonamiento respete el contenido constitucionalmente garantizado[203].

En el mismo sentido se ha pronunciado el TC peruano, al señalar que: "*Tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si es que el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva [prisión preventiva]*[204].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La motivación del auto de prisión preventiva condiciona la validez de la proporcionalidad de la medida en el caso concreto, porque solo puede verificarse su existencia cuando una adecuada motivación de las razones que la justifican confirma la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[205]. No basta que la prisión preventiva se sustente en una causal legal específica, es necesario evaluar la pertinencia de la causa que la motiva y esa evaluación solo puede realizarse

[201] STC español 12/2007, de 15 de enero, F. 2.
[202] SSTC español 27/1989, 8/1990, 86/1995 y 47/2000.
[203] SSTC español 44/1997, de 10 de marzo; 66/1997, de 7 de abril; 14/2000 de 17 de enero.
[204] STC peruano 1091-2002-HC, de 12 de agosto.
[205] CASTILLO CÓRDOVA, L. "Criterios de interpretación para evaluar la constitucionalidad del mandato de detención", *Revista Actualidad Jurídica*, N °137, Gaceta Jurídica, 2007, p. 167.

luego de la exteriorización de las razones que la justifican por el sujeto que la lleva a cabo[206].

La motivación es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. El órgano jurisdiccional debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación ente el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que la afectación intenta proteger, para así comprobar la finalidad de la medida[207].

Las circunstancias objetivas que en cada caso permitan afirmar el riesgo procesal que genera la necesidad de adoptar la prisión preventiva, no deben quedar en la íntima convicción del que la dispone sino que, el juicio lógico de donde se deduce ese peligro, debe materializarse en la resolución que la ordena[208]. La ausencia o insuficiencia de dicha motivación convierte a la medida en ilegítima *prima facie,* impide un juicio en el que se pueda analizar la *razonabilidad* de la decisión[209]. En el mismo sentido, la prisión preventiva tampoco puede justificarse en decisiones "estereotipadas", ni sustentarse en formulaciones puramente "generales" o "abstractas"[210]. Se deben evitar las motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, incluso la repetición de fórmulas reiterativas de los textos normativos que en

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[206] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión..., cit.,* p. 85.
[207] SSTC español 128/1995; 181/1995; 34/1996; 14/2000; 146/2001.
[208] CESANO, J.D., "Cesación de la prisión preventiva", *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales,* Palestra, Lima, 2005, p. 525.
[209] STC peruano 1091-2002-HC, de 12 de agosto. (…) "Dos son en este sentido las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva [prisión preventiva]. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada" (…).
[210] Letellier. párr. 51 y 52.

ocasiones se reproducen mecánicamente y en términos tan genéricos que se puede adaptar a cualquier situación[211].

La primera referencia del NCPP a la motivación de la prisión preventiva se ubica en su art. 254, la misma que debe ser analizada conjuntamente, con las disposiciones establecidas por el art. 271.3. Una interpretación integral de ambas normas obliga al Juez a motivar la medida en los siguientes términos: descripción de la imputación, cita de las normas legales en las que se apoya y descripción de los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican.

Pero los elementos más importantes los encontramos en el art. 254, que obliga al Juez a exponer las finalidades perseguidas y los elementos de convicción. Es decir, que es fundamental establecer un razonamiento en virtud del cual se exteriorice cuáles son las razones que llevan al juez a considerar: 1) que existen fundados elementos de la existencia del hecho, y razones suficientes para interpretar que la pena a imponer será mayor a 4 años de pena privativa de libertad; y 2) describir las razones y los elementos de convicción que le conducen a considerar un alto grado de probabilidad de que el imputado *eluda* la acción de justicia u obstaculice la averiguación de la verdad.

Es fundamental tener en cuenta que estos son elementos concurrentes, solo en el caso del peligro procesal puede optar por uno u otro riesgo, aunque éstos también pueden coincidir en determinado proceso. Al momento de motivar la existencia del peligro de fuga o el peligro de obstaculización, el Juez debe adecuar los elementos de prueba y su razonamiento jurídico en función de lo dispuesto por los artículos 269 y 270 NCPP, y establecer la concurrencia de motivos en el caso concreto, en la

[211] ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "El Juez y la Prisión provisional", *Detención preventiva y derechos fundamentales* (COORD. MARINO BARBERO SANTOS), Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997, p. 27.

medida que la principal intención del legislador en la descripción específica de los supuestos a tener en cuenta para evaluar el peligro procesal, ha sido fundamentalmente, la de evitar que los autos de prisión preventiva tengan como único fundamento la gravedad de la pena a imponer.

Sin embargo, "no basta el simple encaje de los hechos en dichas normas, porque las razones de la decisión pueden seguir ocultas, hay que precisar por qué encajan. Motivación y fundamentación no son conceptos sinónimos, una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser motivada, puede citar muchas disposiciones pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad concreta que se está apreciando. Viceversa, una resolución puede ser motivada, pero no estar fundada en Derecho, que es lo que ocurre cuando un juez justifica su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos al ordenamiento jurídico. La motivación entonces es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución al caso concreto, no basta una mera exposición, debe existir un razonamiento lógico"[212].

Por esta razón es fundamental que el Juez, al identificar las finalidades perseguidas, mencione las razones que le permiten arribar a la conclusión de que la prisión preventiva puede cumplir con dichos objetivos, por lo que también debe mencionar cuál es la razón por la cual considera que es *indispensable* en el caso concreto (art. 253.3). Ello necesariamente involucra mencionar los elementos de juicio que permiten sostener que las otras medidas personales menos gravosas que también incluye el NCPP, son incapaces de cumplir con el mismo objetivo.

[212] SANGUINÉ, O., *Prisión provisional..., cit.,* pp. 554 -555.

IV.4. Impugnación

El art. 278 NCPP establece que contra el "*auto de prisión preventiva*" procede recurso de apelación, que se concede con efecto devolutivo[213]. El plazo para interponer dicho recurso es de tres días, y la Sala debe resolverlo dentro de las 48 horas siguientes a la celebración de la audiencia, que debe constar con la presencia del Fiscal Superior y el abogado defensor del imputado.

De conformidad con el art. 419 NCPP el recurso de apelación atribuye a la Sala competencia para examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del Derecho. El auto de prisión preventiva puede ser revocado –y disponer en su caso, una medida cautelar alternativa a la prisión provisional-; o puede ser anulada cuando vicios procesales exijan la realización de una nueva audiencia para la decisión judicial en orden a la adopción de la medida pertinente para el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso. La Sala Penal Superior –compuesta por 3 vocales- necesita dos votos conformes para absolver el grado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En la medida que se ha sostenido, sin motivo de duda, que la prisión preventiva no puede ser adoptada en un proceso por faltas, queda claro que en el proceso común el órgano encargado de absolver el grado es, en todos los casos, la Sala Penal Superior

[213] Como se sabe, por efecto devolutivo debe entenderse el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Se atribuye la competencia funcional al órgano ad quem, y por tanto, produce la pérdida de jurisdicción del órgano a quo, sobre el punto objeto de la impugnación (es decir, en este caso, solo en lo relacionado a la procedencia de la prisión preventiva). [San Martín Castro, C. *Derecho..., cit.,* p. 957.] Es evidente, aunque el NCPP no lo mencione, que la apelación se concede sin efecto suspensivo, de lo contrario se colocaría en serio peligro la virtualidad práctica de una medida urgente. Además, esto tiene sentido si se tiene en cuenta que la Sala debe resolver el recurso en 48 horas.

Al mencionar que la resolución impugnable es el "*auto de prisión preventiva",* pareciera que el art. 278 solo permite el recurso de apelación –por el imputado y su abogado defensor- contra la resolución que admite el requerimiento fiscal (art. 271.3), interpretación que impediría que el Ministerio Público impugne la resolución que *desestime* la solicitud para aplicar la prisión preventiva (art. 271.4). Sin embargo, es necesario acudir al art. 257.1 que dispone que los autos que *desestimen* las medidas previstas en esta Sección (entre las que se encuentra la prisión preventiva), sean *impugnables* por el *Ministerio Público* y el imputado[214]. Una interpretación sistemática de los artículos 278 y 257, incluye en el concepto de "auto de prisión preventiva" utilizado en el primero, tanto la resolución que acepte el requerimiento fiscal, como aquella que desestime su solicitud, lo que significa que en ambos casos se sigue el procedimiento regulado por el art. 278.2 NCPP.

Ahora bien, siendo el Fiscal Superior quien adquiere competencia para participar en la audiencia en la que debe resolverse el recurso impugnatorio (278.2 NCPP), surge la duda de cuál puede ser su postura en relación con la legalidad o procedencia de la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria. En principio, se entiende que la participación del Fiscal Superior (parte acusadora) se circunscribe a solicitar la confirmación de la resolución que dispuso la aplicación de la prisión preventiva, o la revocatoria de la resolución que desestimó el pedido del Fiscal Provincial.

Sin embargo, de conformidad con los arts. 61.1 NCPP[215] y 159.1 Constitución[216], es posible que solicite una resolución en un sentido *favorable* a la posición del imputado (la variación o nulidad de la medida de prisión preventiva impuesta en primera instancia, o en su caso, la confirmación de

[214] El artículo 257.2 NCPP menciona que el actor civil y el tercero civil solo podrán recurrir respecto de las medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil.

[215] Art. 64.1 NCPP.- *"El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones en general que emita la Fiscalía de la Nación".*

[216] *Art. 159.1 Constitución.- "Corresponde al Ministerio Público: Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho".*

la resolución que desestimó su aplicación), ya sea porque considere que el pedido del Fiscal Provincial no se ajusta a los presupuestos del art. 268, porque existe una motivación insuficiente, o porque la medida ha sido impuesta a través de un procedimiento irregular[217].

Si en el desarrollo de la audiencia regulada por el art. 278.2 la posición del Fiscal Superior fuera favorable al imputado, surge una situación muy compleja, en la medida que siendo el Ministerio Público un órgano jerárquico, se presenta la incógnita de si su postura tiene carácter vinculante para la Sala. Es posible que se interprete que con su posición, que prevalece sobre la del Fiscal Provincial, no exista un *requerimiento* en sentido estricto, aunque habrá también quien sostenga que la postura del Fiscal Superior en sede recursal constituye solo una "opinión" (dictamen) sobre la legalidad del auto de primera instancia, y no un *requerimiento,* que corresponde al Fiscal Provincial.

Resulta pertinente inclinarse por la segunda opción, fundamentalmente, porque es indispensable que aquél que solicita la prisión preventiva sea además quien realiza las labores de investigación y tenga un conocimiento informado de los elementos que sustentan la viabilidad de la prisión preventiva en el caso concreto. La Sala Superior es el órgano competente para declarar el Derecho y para revisar la legalidad y pertinencia de la medida cautelar dictada en primera instancia, y esto no vulnera el principio acusatorio. Lo importante es que el pedido, inicial o por vía recursal, sea efectuado por un tercero, y esto se cumple incluso en los casos en los que la postura del Fiscal Superior sea distinta a la del Fiscal Provincial, no existiría una actuación de oficio por parte del Tribunal.

[217] Tampoco debe descartarse una variación de las circunstancias que puede ocurrir entre el momento en que se dicta el auto de prisión preventiva y la fecha de la audiencia recursal, aunque es poco probable que ello ocurra en 5 días.

Otro dato a tener en cuenta es que el art. 258 dispone que los demás sujetos procesales –distintos al imputado, su abogado defensor y el Ministerio Público- también pueden intervenir en el procedimiento recursal, presentando informes escritos o cualquier requerimiento, luego de iniciado el trámite, y siempre que no peligre la finalidad de la medida. Como ya se dijo, el NCPP no otorga al actor civil ni la posibilidad de solicitar la prisión preventiva, ni desde luego, la posibilidad de impugnar la resolución del Juez. Solo puede participar tanto en la audiencia primigenia (art. 271) como en la audiencia del trámite impugnatorio (art. 278.2 NCPP) coadyuvando con la posición del Ministerio Público y siempre que con su participación no peligre la finalidad de la medida.

IV.5 Variabilidad

Como ya se analizó en el Capítulo I, un presupuesto esencial de las medidas cautelares personales del proceso penal, es su provisionalidad, y una de sus manifestaciones básicas, la variabilidad, porque una medida cautelar personal del proceso penal no sólo debe cesar con la conclusión del proceso o al término del plazo de su duración, además, debe obedecer a la regla *rebus sic stantibus,* criterio a partir del cual se analiza si determinada medida, en tanto instrumental, sigue siendo *indispensable*. Por esta razón, existe un término que es clave para la evaluación de la regla *rebus sic stantibus,* el *mantenimiento,* que supone evaluar la pertinencia de la prisión preventiva a lo largo del proceso.

La prisión preventiva –y lo mismo ocurre con todas las medidas cautelares personales del proceso penal- es una de carácter progresivo. Un proceso penal está constituido por una serie de actos, que persiguen el esclarecimiento de un hecho y que se suceden en el tiempo. Si la prisión preventiva no es evaluada a la luz de las circunstancias que surgen en el mismo, entonces existe una violación del principio de proporcionalidad. No basta que la medida sea legítima al momento de su adopción, debe

legitimarse a lo largo de todo el proceso. La evaluación no se limita al estudio de la legalidad de la resolución primigenia que decidió la imposición de la medida.

La norma que regula, con carácter general, el principio en virtud del cual todas las medidas cautelares del proceso penal estas sujetas a la característica de la variabilidad, es el art. 255.2 NCPP, que establece que los autos que se pronuncien sobre las medidas limitativas de derechos fundamentales (y entre ellos, las medidas cautelares personales del proceso penal) son reformables, *aún de oficio*, cuando varían los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.

Como ya se apuntó, cuando la norma menciona que puede reformar las medidas limitativas de oficio, ello sólo es posible cuando la medida que se pretende variar es más grave que su reemplazo, de lo contrario, existe una seria afectación al debate contradictorio y la imparcialidad judicial. Para la variación de una medida cautelar personal por otra mas grave es imprescindible que exista una solicitud fiscal y la realización de una audiencia previa contradictoria. Por esta razón, cuando la medida que se pretende variar es la prisión preventiva –la medida más grave-, el Juez *siempre* puede variarla de oficio, salvo que se pretende decretar la incomunicación del imputado.

La prisión preventiva debe cesar o ser reformada en el mismo momento en que se modifiquen o descarten las circunstancias fácticas que constituyeron la base de su adopción. Si el Juez advierte, de oficio o a pedido de parte, que la prisión preventiva ha dejado de ser indispensable, o en su caso, que existe otra medida cautelar personal menos gravosa que puede cumplir con el objetivo que se pretende, debe variar la prisión preventiva por una medida alternativa que configura una limitación menos intensa de la libertad personal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Pero la variabilidad también puede condicionar el resto de medidas cautelares personales del proceso penal, en un sentido inverso. Sin ánimo de introducirnos ahora en el análisis de las medidas cautelares personales del proceso penal, que implican una menor restricción del derecho al la libertad personal del imputado, y que por tanto, son alternativas a la prisión preventiva, también se debe tener en cuenta que en determinados supuestos, es posible acudir a la aplicación de la prisión preventiva cuando las circunstancias del proceso demuestran que la medida cautelar alternativa, es insuficiente para la consecución de los objetivos que se pretende con su utilización en el proceso penal: evitar la fuga del imputado, o la obstaculización de la actividad probatoria.

En este sentido, más que analizar la variabilidad de la prisión preventiva, en las siguientes líneas evaluamos aquellos supuestos que involucran algunas de las reglas vinculadas al *mantenimiento* de las medidas cautelares personales en general. Primero se analizará la revocatoria de comparecencia por prisión preventiva, que se erige en realidad, en un supuesto específico de adopción de la prisión preventiva. Es decir, en una figura procesal que incorpora la variabilidad de una medida cautelar personal alternativa a la prisión preventiva (la comparecencia). Luego se analiza la auténtica figura procesal que regula –ahora sí- la variabilidad de la prisión preventiva en el análisis de su mantenimiento: la cesación de la prisión preventiva.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

IV.5.1. La revocatoria de la medida de comparecencia por prisión preventiva

El art. 279 NCPP prevé la posibilidad de aplicar la prisión preventiva al imputado que goza una situación de comparecencia en un proceso penal, si durante la investigación resultaren *indicios delictivos fundados* de que se encuentra incurso en los supuestos del art. 268. Para su aplicación es necesario, tanto el requerimiento fiscal como una audiencia previa, y que el

Juez emita su resolución dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su celebración. Contra la misma procede recurso de apelación, que también se concede con efecto devolutivo.

Es necesario ubicarnos en los dos escenarios posibles para la aplicación de la revocatoria de comparecencia por prisión preventiva: el primero, un proceso penal en el que el Fiscal solicita la prisión preventiva, y sin embargo, el Juez aplica la medida de comparecencia (simple o restrictiva), por no considerar fundado el requerimiento (271.4); el segundo, un proceso penal en el que el Fiscal solicita la comparecencia (simple o restrictiva) por considerarla *suficiente* para asegurar los fines del proceso, requerimiento que es admitido por el Juez de la Investigación Preparatoria.

En el primer supuesto, el Fiscal tendría dos vías para cuestionar la resolución que desestima su solicitud: el procedimiento regulado por el art. 278 (apelación), y la revocatoria (art. 279), cuyo resultado también es recurrible. La única clave que brinda una interpretación distinta de uno y otro supuesto, pareciera ser la mención del art. 279 en el sentido que es necesario que *durante* la investigación aparezcan indicios delictivos fundados de que el imputado está incurso en los supuestos del art. 268. La revocatoria se solicitará cuando aparezcan indicios que no pudieron ser valorados por el Fiscal al momento de su solicitud primigenia, ni por el Juez al momento de dictar el auto que *desestimó* la aplicación de la prisión preventiva. Tendría como sustento un fundamento distinto al de la apelación que pretende la revisión de la legalidad del auto de primera instancia o la razonabilidad de la decisión judicial.

Lo mismo ocurre en el segundo supuesto, si el Fiscal no consideró necesaria en un inicio la aplicación de la prisión preventiva, y luego cambia de criterio, se entiende que su solicitud ahora se sustenta en el comportamiento del imputado *durante el procedimiento*, o en su caso, porque existen nuevos medios de prueba que permiten establecer una base

fáctica distinta de la que se tenía al inicio de la investigación (vgr. elementos que permiten considerar que la pena a imponer es superior a los 4 años de pena privativa de libertad; datos que confirmen el peligro de fuga ya sea porque no pudieron ser evaluados con anterioridad o, por una variación de la situación personal del imputado que permite presumir ahora el peligro de fuga, etc.).

Por otro lado, se debe advertir que la expresión "*indicios delictivos fundados*" es por lo menos oscura, porque si bien es evidente que su valoración es necesaria para la verificación del *fumus boni iuris,* es cierto también que el *periculum in mora* se sustenta en éstos y otros que son fundamentales para la valoración del peligro de fuga y el peligro de obstaculización. No existe ninguna razón para utilizar la expresión "*fundados y graves elementos de convicción*" en el art. 268, y la expresión *indicios delictivos fundados* en el art. 279. Pareciera existir una diferencia de *grado* entre la aplicación de la prisión preventiva y la revocatoria del mandato de comparecencia, y tal situación no se justifica.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En cualquier caso, la regulación de la revocatoria de la medida de comparecencia constituye un despropósito, porque el art. 255.2 regula en forma expresa la variabilidad de las medidas cautelares personales del proceso penal. Si varían las circunstancias fácticas sobre la base de las cuales se rechazó la aplicación de la prisión preventiva, o aparecen indicios que permiten verificar los presupuestos del art. 268, es perfectamente posible que el Fiscal solicite su imposición en aplicación del procedimiento regulado por el art. 271. No existe razón alguna para regular un procedimiento específico, sobre todo cuando el art. 271 exige la concurrencia *obligatoria* del Fiscal, el imputado y su defensor; y en el art. 279 la audiencia se celebra *con los asistentes que concurran.* Es ilógico que la audiencia instaurada para

valorar la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva ofrezca menos garantías que la audiencia regulada por el art. 271[218].

De hecho, nada impide que el impedimento de salida, la suspensión preventiva de derechos o la propia detención domiciliaria, también puedan ser revocadas para dictar mandato de prisión preventiva, y en estos casos bastará la mención hecha por el art. 255.2; y por tanto, se aplicará el procedimiento establecido por el art. 271. Lo mismo pudo suceder con la comparecencia, sin necesidad de instaurar un procedimiento específico, y lo que es peor, menos garantista.

La regulación del procedimiento de revocatoria plantea la duda de si el trámite regulado por el art. 271 sólo procede tras la *efectividad de la detención*.

Una lectura rígida de los arts. 266.3 y 286.1 NCPP[219] podría apoyar dicha tesis, sin embargo, no comparto esa opinión si se tiene en cuenta que

[218] Ofrece menos garantías porque no existe, en sentido estricto, la obligación de asumir la decisión luego de un debate contradictorio (derecho de defensa). En cualquier caso, considero que era suficiente con la mención que realiza el art. 255 en el sentido que las medidas limitativas son reformables en cualquier estado de la causa. Sencillamente debió especificarse en ese artículo que cuando la variación que se pretende es por una medida más grave, es necesaria la solicitud del Ministerio Público y una audiencia contradictoria previa, por lo que lo ideal hubiese sido una remisión expresa al procedimiento regulado por el art. 271 cuando lo que se pretende es variar la comparecencia por prisión preventiva. Y por otro lado, se debió precisar que cuando la variación que se pretende es por una medida menos intensa, ésta procederá tanto a pedido de parte como de oficio. Razón por la cual –como luego veremos- también considero que era innecesario regular un procedimiento de cesación de la prisión preventiva que introduce requisitos que no se encuentran previstos en el art. 255 (vgr. nuevos elementos de convicción). Tanto el procedimiento de revocatoria como el procedimiento de cesación de la prisión preventiva, lejos de reunir más garantías para el imputado, parecen restringir su ámbito de aplicación y las reglas de un debate contradictorio. Si lo que se pretendió era evitar una multiplicidad de solicitudes de variación sobre la base de los mismos argumentos y con el solo efecto de dilatar el proceso, se pudo establecer ciertas reglas genéricas vinculadas al "rechazo" previo de la solicitud.

[219] El art. 266.3 señala que al vencimiento del plazo de convalidación de la detención se pondrá al detenido a disposición judicial, para determinar si dicta mandato de prisión preventiva. Y el art. 286.1 determina que el Juez de la Investigación Preparatoria dictará mandato de comparecencia simple si el Fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo del art. 266.3. Por lo que una lectura rígida de ambos preceptos, indicaría que el Juez de la Investigación Preparatoria sólo puede utilizar el procedimiento regulado por el art. 271 en los casos de vencimiento de plazo de convalidación de la detención. Esto es, que en cualquier caso (ya sea porque no existió una detención previa o porque no se solicitó al

la prisión preventiva es un acto cautelar instrumental al proceso, y no tiene sentido restringir su utilización a los supuestos en los que exista una detención efectiva. La prisión preventiva y la detención no responden a las mismas exigencias, reglas o fundamentos, por lo que ni imponer la segunda es un "requisito" para imponer la primera, ni tal interpretación es una más garantista.

Una lectura conjunta de los artículos 266.3 y 286.1, es correcta para la aplicación de la prisión preventiva en el caso de detenidos, pero no tiene que extenderse a los imputados en situación de libertad. Como ya se dijo, el procedimiento de revocatoria debe restringirse a aquellos casos en los que durante la investigación se genera (o se descubre) una base fáctica distinta que modifica la situación de un pedido de aplicación de la prisión preventiva previamente rechazado, o de un pedido anterior de comparecencia por considerarla en su momento, la única necesaria[220]. En los demás casos deberá aplicarse el procedimiento establecido por el art. 271 e independientemente de que el imputado se encuentre en libertad, o se encuentre en situación de "detenido".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

término de la misma), el Juez tendría que decidir la imposición de la medida de comparecencia, y luego, sólo podría solicitar la aplicación de la prisión preventiva a través del procedimiento de revocatoria.

[220] Es esta la razón por la que no incluimos dentro de los posibles escenarios de la revocatoria, el simple hecho que el Fiscal no solicite la prisión preventiva ni ninguna otra medida cautelar. El Fiscal puede formular convicción respecto de los presupuestos materiales de la prisión preventiva en cualquier estado de la causa, y ostenta la capacidad de solicitar su aplicación al Juez de la Investigación Preparatoria. Nótese que obligar al Fiscal a que forme convicción respecto de los presupuestos materiales de la prisión preventiva al término del plazo de convalidación de la detención, es una interpretación que viola la concepción de una medida cautelar personal que en ningún caso constituye la regla general, ni debe ser obligatoria.

IV.5.2. Cesación de la prisión preventiva

El art. 283 del NCPP establece que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente. La cesación procede cuando *nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia.*

Si el art. 268 NCPP sanciona los presupuestos que debe evaluar el juez para aplicar la prisión preventiva, previa audiencia y solicitud del Ministerio Público, el art. 283 regula los presupuestos que deben ser considerados para el *mantenimiento* de la medida. Esta afirmación es fundamental, si se tiene en cuenta, que un Estado democrático de Derecho no puede concebir una "libertad provisional", ni mucho menos, entender los presupuestos de la cesación de la prisión preventiva, como "condiciones de libertad". Lo que se condiciona, debe quedar claro, es el mantenimiento de la privación cautelar de libertad. La libertad es, siempre, la regla. De esto se desprende que la ausencia de alguno de los presupuestos para la privación cautelar de libertad, no *permite* decretar la libertad del imputado, la *exige*.

En este sentido, se ha dicho que el cese de la prisión preventiva es un procedimiento devolutivo del derecho a la libertad, que procede en los casos que una persona sometida a proceso ha sido privada de la misma como medida de aseguramiento. La libertad se "devuelve" con ciertas sujeciones o cauciones que pretenden asegurar la comparecencia del justiciable a la causa todas las veces que fuera necesario, siendo revocable, por las causas que la misma ley establece y que se vinculan –en lo esencial-

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

con situaciones de quebrantamiento de las obligaciones procesales asumidas[221].

En tal sentido, corresponde dictar el cese de prisión preventiva cuando:

a) "Los nuevos elementos de convicción incorporados al proceso [se entiende posteriores al auto primigenio de prisión preventiva] desvirtúen la estimación inicial que permitía vincular al imputado en calidad de autor o partícipe, con la comisión del delito [configuración del *fumus boni iuris* – imputación penal*];*
b) Que los nuevos elementos de convicción permitan formular una calificación jurídica más benigna que la realizada al momento de la interposición del mandato de prisión preventiva que se pretende cesar. En el sentido que la nuevo *prognosis* de pena configure –ahora- una no superior a cuatro años de pena privativa de libertad [configuración del *fumus boni iuris* – límite penológico];
c) Que razonablemente se pueda inferir que, el imputado, no eludirá la acción de la justicia u obstaculizará la investigación de la verdad [configuración del *periculum in mora* o peligro en la demora]"[222].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Se ha sostenido a lo largo de esta investigación que la manifestación más importante de la provisionalidad de las medidas cautelares encuentra su fundamento en la "obediencia a la regla *rebus sic stantibus",* que involucra que el *mantenimiento* de las medidas cautelares, su contenido y alcance, están supeditadas a la subsistencia de las circunstancias fácticas que constituyen su presupuesto, y que las motivan y legitiman.

En el artículo 283 NCPP la provisionalidad de la prisión preventiva –y por tanto su variabilidad y la exigencia de un análisis permanente de la

[221] CESANO, J.D., "Cesación…", *cit.,* p. 520.
[222] *Ibídem*. p. 534

subsistencia de sus presupuestos- se confirma con la expresión: *las veces que lo considere pertinente*. Es decir, no existe límite procesal de ningún tipo. El imputado puede exigir al juez –que es el obligado a garantizar su derecho a la libertad personal durante el transcurso del proceso penal- que ordene el cese de la medida en *cualquier estado de la causa,* y esto es así, precisamente, porque en cualquier momento puede presentarse una circunstancia que obligue a considerar que la utilidad que prestaba al proceso la prisión cautelar de libertad se ha desvanecido. No se puede establecer límite alguno a la revisión del mantenimiento de la prisión preventiva, por la sencilla razón que el cambio –o el descubrimiento de la inexistencia- de las circunstancias que las justifican es absolutamente imprevisible.

Las circunstancias personales y los antecedentes que se conocían al inicio del proceso o al momento de la adopción de la medida cautelar primigenia, no son los mismos que el Juez puede valorar al momento de la solicitud del cese, durante la sustanciación de la investigación. Distintos elementos de convicción pueden demostrar –luego- que no existe peligro de fuga ni/o peligro de obstaculización probatoria o que no existe una imputación judicial sólida, al menos que ésta no es lo que se pensaba.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por lo tanto es necesaria una *evaluación constante* de la prisión preventiva, que es un deber que el juez debe practicar incluso de oficio, de manera tal que desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada[223].

El TC español ha declarado que existen dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar de prisión preventiva; el primero, exige tomar en consideración, además de las características y

[223] ORÉ GUARDIA, A., "Las medidas…", *cit.*, p. 150.

gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo, introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo [que] ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, STC 8/2002, de 14 de enero, F. 4), también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores[224].

En consecuencia, siendo la prisión preventiva la medida cautelar personal del proceso penal más grave que prevé el ordenamiento jurídico, y como consecuencia de ello, una medida *excepcional* y *subsidiaria*. No cabe duda que la obediencia a la regla *rebus sic stantibus* alcanza una importancia superior en comparación con cualquier limitación de derechos fundamentales del proceso penal.

La institución de la cesación de la prisión preventiva es, sin motivo de duda, uno de los vehículos procesales que dispone el NCPP para hacer valer en el proceso penal la regla *rebus sic stantibus,* en cualquier estado de la causa. Porque solo mediante su aplicación –y los vehículos indispensables para aplicarle- se respeta la naturaleza excepcional y subsidiaria de la medida, y la consagración del principio *in dubio pro libertate*.

[224] SSTC español 128/1995, de 26 de julio, F. 4 b); 37/1996, de 11 de marzo, F. 6 a); 62/1996, de 16 de abril, F. 5; y, 33/1999, de 8 de marzo.

Sin embargo, la principal incógnita de esta norma radica en qué es lo que debe entenderse por "nuevos elementos de convicción". Ya hemos mencionado con relación al análisis del art. 268 NCPP, que la frase "elementos de convicción" presenta una serie de imprecisiones. Si en la configuración del *fumus boni iuris dicha expresión presenta el inconveniente de exigirle al* Juez la certeza de que el proceso culminará con una sentencia condenatoria –en una etapa anterior al enjuiciamiento-, no es una expresión menos compleja para evaluar la aplicación del art. 283 NCPP. Por que lo que se discute es siempre una probabilidad.

Si la aplicación de la prisión preventiva se sustenta en una alta probabilidad de una futura condena; cualquier elemento, en cualquier circunstancia del proceso, es capaz de desvirtuar esa "probabilidad". Cualquier razonamiento que identifique la futura condena como una circunstancia poco probable, o siquiera, que no es altamente probable, obliga al cese de la medida cautelar. Si no es necesaria la certeza acerca de la responsabilidad penal del imputado para aplicar la prisión preventiva, tampoco pueden exigirse elementos de convicción para justificar su cese o variación.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Otro dato controvertido de la redacción del art. 283, lo constituye la posibilidad de que sea el Fiscal el que solicite la cesación de la prisión preventiva. Si bien la norma restringe la solicitud al imputado, ello no significa que el Fiscal no pueda solicitar el cese o variación de la medida. Como ya se dijo, de conformidad con los artículos 61.1 NCPP[225] y 159.1 Constitución[226], el Fiscal se encuentra obligado a ejercer acciones en defensa de legalidad y no cabe duda que actúa en su protección, si solicita la variación o cese de una medida por considerar que ésta es innecesaria en el caso concreto.

[225] Art. 64.1 NCPP.- *"El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones en general que emita la Fiscalía de la Nación"*.
[226] Art. 159.1 Constitución.- *"Corresponde al Ministerio Público: Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho"*.

La pregunta entonces es si la solicitud del Fiscal es vinculante. Sin duda, una petición que tenga por objeto mejorar la situación personal del imputado es vinculante para el Juez, que deberá decretar la libertad o dictar la medida menos gravosa interesada por el Fiscal[227]. Esto es compatible con la necesaria preservación del principio acusatorio en el procedimiento para adoptar la prisión preventiva.

Pero como ya se dijo, el Juez también puede acudir al cese o variación de la medida de oficio. De conformidad con el art. 255.2 no es necesaria la petición del inculpado o el Fiscal, cualquier medida cautelar personal puede cesar o ser reformada por una menos intensa en cualquier estado de la causa y sin contradicción previa. Finalmente, es importante mencionar que las reglas de conducta a las que hace mención el último párrafo del artículo 283, son las restricciones reguladas por el art. 288.3, esto es, es posible acordar la comparecencia restrictiva si el Juez lo considera pertinente para preservar el desarrollo y resultado del proceso penal. Pero no es obligatorio. Ninguna medida cautelar personal se aplica en forma obligatoria, solo se aplica cuando se considera indispensable para la protección del proceso.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

V. Duración

Se ha dicho que una característica esencial de toda medida cautelar personal es su *provisionalidad - variabilidad*, porque debe cesar o ser reformada cuando deja de ser necesaria para el proceso, y en cualquier estado de la causa. La *temporalidad* o *duración limitada*, en cambio, constituye un requisito de la prisión preventiva que ordena su cese o variación una vez transcurrido un plazo, e independientemente de su utilidad en el proceso.

[227] SERRANO BUTRAGUEÑO, I. "La reforma..., *cit.*, pp. 469 – 470.

La *provisionalidad* está supeditada a la concurrencia de un determinado evento distinto al mero transcurso de un tiempo establecido (aplicación de la regla *rebus sic stantibus*: variación o desvirtuación de los presupuestos; y, conclusión del proceso principal), mientras que la *temporalidad* supone que la prisión preventiva no dura siempre lo que dure el proceso principal y puede revocarse con independencia que sobrevenga un hecho concreto (distinto al mero transcurso del tiempo)[228].

Por lo tanto, una revisión integral de ambos conceptos exige establecer una regla de principio en el análisis de la duración de la prisión preventiva, los plazos que aquí se analizan son *siempre* máximos, pero nunca *obligatorios*. Una vez que se aplica al imputado la prisión preventiva mediante una resolución que establece una duración determinada, debe entenderse que vencido ese plazo sin haberse dictado sentencia, debe ser puesto en libertad inmediatamente (art. 273), pero también puede ordenarse su libertad cuando no habiendo transcurrido el plazo, se descarta su necesidad o justificación *durante* el transcurso del procedimiento (arts. 255.2 y 283).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No cabe duda entonces, que cuando el legislador establece un plazo de duración de la prisión preventiva, lo que hace es *reforzar* la protección del derecho a la libertad personal del imputado en aras de la gravedad que comporta esta medida cautelar. Porque si la prisión preventiva cumple una función cautelar, esta debiera *cesar* siempre que no sea *indispensable*, y por el contrario, *mantenerse* siempre que siendo indispensable, no exista una sentencia firme de condena.

Sin embargo, *una necesaria conciencia de protección* del derecho de libertad del aún no condenado hace necesario fijar unos máximos legales de duración de la prisión preventiva[229]. La limitación temporal de la prisión

[228] CALAMANDREI, P., *Introducción..., cit.,* pp. 83-84
[229] BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional…, cit.,* p. 493.

preventiva actúa como remedio al inevitable retardo derivado de la lentitud de la Justicia Penal[230], por que si el proceso penal se encontrara exento de dilaciones indebidas y cumpliera en forma estricta con el rol de eficiencia jurisdiccional, la duración de la prisión preventiva sólo estaría sujeta a su carácter provisional.

A tal punto, que como veremos, ni siquiera ese plazo estipulado en la ley es garantía suficiente para el imputado. Es posible que incluso, no habiendo vencido el plazo estipulado por el Código, la prisión preventiva debe cesar cuando el juez considere que según las circunstancias del caso particular, la duración ha dejado de ser *razonable*.

La limitación de la duración de la prisión preventiva tiene su fundamento entonces en los principios de proporcionalidad y excepcionalidad[231], y constituye un límite objetivo de carácter cuantitativo. Estos principios se desconectan del principio de necesidad (de tutela cautelar), para que prime en este caso, el principio de seguridad jurídica[232].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

V.1 Plazos

La regulación de la duración de la prisión preventiva se ubica en primer lugar en el art. 254.2.c), que recoge un requisito fundamental vinculado a la motivación de la resolución, *los autos que disponen medidas limitativas de derechos fundamentales deben fijar su término de duración, de acuerdo a los plazos establecidos por el Código para cada caso*.

---

230 ASENCIO MELLADO, J.M., *La Prisión…, cit.*, p. 235.

231 Por esta razón considero, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que la verificación de un plazo máximo de duración de la prisión preventiva es una lógica consecuencia del principio de proporcionalidad, y no de la presunción de inocencia.

232 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 90; SÁNCHEZ MELGAR, J., "Límites temporales de la prisión provisional ", *Régimen Jurídico de la prisión provisional*, Sepín, Madrid, 2004, p. 247. Vid. STC español 127/1984.

A diferencia del ordenamiento jurídico peruano, en el ordenamiento procesal español la obligación de fijar un plazo de duración para la prisión provisional es una imposición constitucional (art. 17.4 CE). Sin embargo, la determinación de un plazo máximo de duración "ordinario" por el legislador peruano responde, también, a una lectura constitucional de la limitación de la libertad personal a través de la prisión preventiva, concretamente, del desarrollo del principio de proporcionalidad.

Es en este sentido, a la duración de la prisión preventiva regulada por el NCPP, le son aplicables los mismos fundamentos que han sido descritas por el TC español, en relación con el análisis del art. 17.4 CE:

"*(…) La imposición constitucional de que el legislador determine el plazo máximo de duración, encuentra su fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato*. (…) *Este precepto pretende evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso*"[233].

Los plazos máximos que puede establecer el juez para la duración de la prisión preventiva los desarrolla el art. 272 NCPP, que fija en 9 meses el plazo ordinario, y en 18 el plazo extraordinario aplicable a los procesos complejos[234]. Es un acierto que la nueva regulación no acuda a la gravedad

[233] SSTC 8/1990, de 18 de enero, F.4; 206/1991, de 30 de octubre, F.4; 206/1991, de 30 de octubre, F. 4; 305/2000, de 11 de diciembre, F.4; 98/2002, de 29 de abril, F. 4; y, 95/2007, de 7 de mayo, F. 5.

[234] El art. 342.3 NCPP establece que: "Se considera proceso complejo cuando: a) requiere la *actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la*

de la pena asignada al delito para determinar el límite temporal, pues así se evita la confusión que algunas veces se aprecia en la concepción de la prisión preventiva como una medida de anticipación de la pena[235]. Para la determinación de la duración (y prolongación) de la prisión preventiva, solo puede tomarse en consideración la dificultad del proceso, y únicamente este dato ha de servir como elemento de análisis[236].

El legislador peruano se aparta de los criterios utilizados en la anterior regulación de la duración de la prisión preventiva que efectúa el art. 137 CPP de 1991[237]. Dicha norma establece que la detención (prisión preventiva) no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y dieciocho meses en el procedimiento especial[238] -siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en el art. 135-, y señala que tratándose de procedimientos por tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, el plazo mínimo de detención [prisión preventiva] se duplica (18 meses).

El NCPP no acude a la naturaleza de delito para fijar un plazo de duración extraordinario de la prisión preventiva, y si bien repite el criterio de "proceso complejo" para la regulación de un plazo extraordinario, a diferencia del CPP de 1991 -que se limita a considerar como complejo un proceso seguido contra más de diez imputados en agravio de igual número de personas o del Estado-, incluye un catálogo más amplio de criterios para la consideración de un proceso como complejo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

---

investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

[235] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 508

[236] Ibídem. pp. 507 – 508.

[237] Modificado por la Ley 28105 de 21 de noviembre de 2003

[238] En la medida que las normas que definen la estructura del proceso penal y los tipos de proceso regulados por el CPP de 1991 nunca entraron en vigencia, al aplicarse el art. 137 al CPP de 1940, por proceso ordinario debe entenderse el proceso sumario regulado por el D. Leg. 124, y por proceso especial, el ordinario regulado por el CPP de 1940.

Para la identificación de lo que debe entenderse como proceso complejo en el NCPP, es necesario acudir al art. 342.3 que establece lo siguiente:"*Se considera proceso complejo cuando: a) requiere la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado*[239].

El NCPP mejora la regulación del CPP de 1991 por cuanto no parece razonable que se limite a considerar la presencia de 11 imputados; y 11 agraviados (como mínimo) o el agravio del Estado, para la calificar un proceso como complejo. El NCPP establece un número más amplio de criterios para considerar la complejidad.

Aunque el NCPP no lo menciona expresamente, es evidente que la calificación del tiempo de duración de la prisión preventiva corresponde al Fiscal, la misma que debe ser aprobada o rechazada por el Juez en la audiencia regulada por el art. 271. En principio, puede aplicar un plazo menor al solicitado, pero nunca uno mayor[240].

V.2. Prolongación

El art. 274.1 establece la posibilidad de prolongar el plazo de prisión preventiva cuando concurran circunstancias que importen una especial

[239] El numeral 2 del art. 342 establece en 8 meses el plazo de duración de la investigación preparatoria en un proceso complejo y establece una prórroga de igual duración.
[240] Desde la perspectiva del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. I.1), hubiese sido muy útil que el NCPP establezca la necesidad de que las causas en las que hubiera personas sometidas a prisión preventiva, fueran atendidas de manera prioritaria.

dificultad de la investigación, y exista (o permanezca) el peligro de que el imputado pueda sustraerse a la acción de justicia.

La clave para interpretar esta norma se encuentra en la necesidad de diferenciarla del plazo para los procesos complejos que fija el art. 272.2. Pareciera que la mayor cantidad de tiempo que puede permanecer un imputado en situación de privación cautelar de libertad es de 36 meses (18 meses de plazo por ser un proceso complejo, más 18 "de prolongación"); sin embargo, coincidimos con la interpretación que realiza ASENCIO MELLADO en el sentido de que en realidad, esta prolongación procede cuando al inicio del proceso penal no se advierta su complejidad[241].

Lo curioso es que el art. 274.1 menciona que la prisión preventiva puede prolongarse "por" y no "*hasta*" 18 meses, de lo que se desprende que esto permitiría establecer un plazo máximo (prolongación incluida) de 27 meses para los procesos cuya complejidad se advierte a lo largo de su tramitación; y de 18 meses para los trámites cuya complejidad se advierte *ab initio* (272.2), lo que constituye un sin sentido. Una interpretación correcta de los arts. 272 y 274, es que sea cual fuere la situación en la que se advierta una prolongación del proceso, el plazo máximo que puede decretarse es siempre de 27 meses. Pudiendo prolongarse en 18 meses para los casos del numeral 1 del art. 272 y en 9 meses en los casos previstos por el numeral 2[242], es decir, que cualquier proceso en el que haya operado una prolongación podrá durar *hasta* 27 meses.

No es que se sugiera un plazo máximo de 27 meses de carácter automático, sino, que la prolongación que regula el art. 274.1 se sustenta en una complejidad ciertamente sobrevenida, una necesaria prolongación de

[241] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit*. p. 509.
[242] En un sentido similar se expresa TALAVERA ELGUERA: "(…) tratándose de procesos complejos el plazo límite [de duración de la prisión preventiva] es de 18 meses, con una posibilidad de ser prolongada a pedido del fiscal por nueve meses más (…)". [TALAVERA ELGUERA, P., *Comentarios…, cit.,* p. 43].

la investigación que puede surgir tanto en un proceso que al inicio se consideró simple como complejo. Sin duda alguna en ambos casos se deberá evaluar una dificultad de la investigación que surge en el proceso y que era imposible que fuera advertida al inicio del mismo.

El único supuesto en que la prisión preventiva *puede* superar los 27 meses de duración, es cuando el imputado ha sido condenado en primera instancia. El art. 274.4 establece que la prisión preventiva también puede prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida. Sin embargo, la suma de la prisión preventiva y su prolongación (la mitad de la pena), en ningún caso puede superar la duración de la pena impuesta en la sentencia (art. 411 NCPP[243]). Es obvio que esta prolongación solo se aplica en los casos de una pena de carácter efectiva, porque que constituye un despropósito mantener en prisión a un imputado que ha sido condenado a una pena suspendida o condicional, o incluso, cuando ha sido absuelto.

En todos los casos, la prolongación también debe ser solicitada por el Fiscal, y sus fundamentos, aprobados o rechazados por el Juez siguiendo el procedimiento establecido por el art. 274. Un dato fundamental radica en que el Fiscal solo puede pedir la prolongación antes del vencimiento del plazo primigenio establecido en el auto de prisión preventiva. Esto es lógico si se tiene en cuenta que vencido el plazo, la libertad debe ser dispuesta

[243] Art. 411 NCPP.- "Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288º". No hay duda que es esta una norma muy criticable, consideramos que el plazo para ordenar la inmediata libertad debió ser fijado en un tiempo menor al cumplimiento de la pena, o de lo contrario, se otorga a la prisión preventiva el carácter de anticipo de la pena, o lo que es peor, a la sentencia de primera instancia el carácter de "resolución firme". Ello sin contar con el serio perjuicio que esta norma puede ocasionar frente a la necesaria celeridad en la resolución de los recursos que se interpongan contra las sentencias condenatorias de primera instancia. Sin embargo, es importante recordar que el art. 411 solo será aplicado en los casos que la prisión preventiva sufrida por el imputado hasta la emisión de la sentencia condenatoria + la mitad de la pena impuesta, superen el total de la pena privativa de libertad, por lo que sí se cumplen los plazos asignados por el NCPP a las distintas fases del proceso penal, debería ser muy difícil que esto ocurra.

inmediatamente (art. 273), no cabe la "prolongación" de una privación ilegal de libertad[244]. La puesta en libertad del imputado, sin embargo, no impide al juez imponer las medidas necesarias o aplicar la comparecencia restrictiva cuando lo considere necesario para el aseguramiento del proceso penal y la práctica de las diligencias judiciales (variabilidad). Aunque la norma no es muy clara al respecto, en los casos de prolongación de la prisión preventiva para un imputado que ha sido condenado y ha recurrido la sentencia, también se sigue el procedimiento del art. 274. No se puede aplicar una prolongación automática y de oficio de la prisión preventiva.

Por otro lado, de una lectura del art. 273 surge una duda con relación al término de duración de la prolongación de la prisión preventiva, aplicada contra el imputado que ha sido condenado. Este artículo menciona que al vencimiento del plazo de la prisión preventiva, se *debe* decretar la inmediata libertad del imputado siempre que no haya sido condenado, por lo que no existe entonces una norma expresa que obligue a decretar la libertad del imputado al vencimiento del plazo de prolongación en los casos de sentencia condenatoria. No obstante ello, no es necesaria una norma expresa en este sentido –aunque sí sería saludable que el NCPP lo especificara- en la medida que resulta absurdo que solo se pueda liberar al imputado condenado cuando el plazo de prolongación de la prisión preventiva regulado por el art. 274.4 supere la pena impuesta en la sentencia (art. 411 NCPP). Tal interpretación implicaría que el derecho a la presunción de inocencia queda desvirtuado con la sentencia de primera instancia, aún

[244] "La prórroga o ampliación del plazo inicial de la prisión provisional requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (SSTC español 234/1998, de 1 de diciembre y 305/2000, de 11 de diciembre) y ha de adoptarse antes que el plazo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste (SSTC 305/2000, de 11 de diciembre; 98/2002, de 29 de abril; y, 121/2003, de 16 de junio)". Vid. GIMENO SENDRA, V. "La prisión provisional y sus medidas alternativas", *Las reformas procesales*, Estudios de Derecho Judicial, Nº 58, CGPJ, Madrid, 2005, p. 73.

cuando esta hubiera sido recurrida, y ello es incompatible con el art. II del TP NCPP que exige una sentencia *firme*[245].

Es interesante comparar los plazos establecidos por el NCPP para la duración de la prisión preventiva, con los de la duración de la investigación preparatoria. El art. 342.1 establece que el plazo de la investigación preparatoria es de 120 días naturales, que pueden ser prorrogados por única vez, hasta por un máximo de 60 días naturales. En el caso de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de 8 meses, pudiendo concederse una prórroga por igual plazo.

Ello quiere decir que el plazo máximo de duración de una investigación preparatoria es de 180 días naturales; y, siendo un proceso complejo, 16 meses. Frente a un plazo de duración de 9 meses de la prisión preventiva, que es de 18 meses en los procesos complejos, prorrogable en ambos casos hasta los 27 meses de duración. Esto quiere decir que en un proceso penal en el que la investigación preparatoria pudiera durar entre 120 y 180 días naturales, se establece en 9 meses la duración de la prisión preventiva, y que en un proceso penal con una investigación compleja que pudiera durar entre 8 y 16 meses, se establece una duración de la privación cautelar de libertad que puede durar entre 18 y 27 meses.

Si bien es cierto que con la culminación de la investigación preparatoria no concluye el proceso[246], pareciera que los plazos de duración

[245] Lo mismo ocurre con la aplicación de la ejecución provisional de la sentencia condenatoria regulada por el art. 402 NCPP, además de ser incompatible con el derecho a la presunción de inocencia, para su aplicación se exige que el Juez evalúe la naturaleza o gravedad del peligro de fuga, y por lo tanto, no se explica cuando es que sería procedente la prolongación de la prisión preventiva, y cuando la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, cuando ambas parten de un presupuesto cautelar y no de contenido penal.

[246] Pareciera que la diferencia no se justifica, si se tiene en cuenta que la misma solo puede estar justificada en una previsión de la duración de la Fase intermedia y la Etapa de Enjuiciamiento. No se incluye en este análisis el tiempo estimado de duración de la fase impugnatoria, toda vez que de conformidad con el art. 274.4, una vez condenado el imputado, el plazo de duración no se rige bajo los parámetros señalados, sino, que puede prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta.

de la prisión preventiva son excesivos y que no existe una confianza real en el legislador de que en la práctica, se cumplirán los plazos establecidos para la investigación[247]. Sobre todo si se tiene en cuenta que el NCPP establece los mismos plazos para la duración de la prisión preventiva, ya sea que ésta se sustente en un riesgo de fuga o en el peligro de obstaculización. La aplicación de una misma duración para la evitación de ambos riesgos resulta desproporcionada, teniendo en cuenta que en los casos de riesgo de obstaculización, es posible una labor inmediata de aseguramiento de los elementos y fuentes de prueba[248].

Cuando la prisión preventiva procede en virtud de un peligro de obstaculización de la labor probatoria por parte del imputado, se deben tomar las medidas oportunas que garanticen el proceso con el menor límite posible a la libertad personal. Herramientas como la práctica de prueba anticipada sin esperar el juicio oral, o el incremento de medidas cautelares no personales y disponer el depósito de objetos en manos de terceros o prohibir ciertas actividades de tipo empresarial, judicial, administrativa, etc.; permiten asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal sin necesidad de mantener en prisión preventiva al imputado[249]. Aseguradas las pruebas, por la vía de la prueba anticipada, o por la vía del aseguramiento por vías de su eficaz actuación en el proceso, descartan un mantenimiento de la prisión preventiva que sobre la base del principio de variabilidad de las medidas cautelares, debe cesar en el mismo momento en el que se cumple el objetivo de asegurar las fuentes de prueba, lo que genera un desvanecimiento del peligro de obstaculización probatoria en el proceso en trámite.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[247] Sin embargo, de conformidad con el art. 343.2 NCPP si se vencen los plazos de la Investigación Preparatoria y el Fiscal no da por concluida la misma, las partes pueden solicitar la conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria.
[248] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 508.
[249] *Ibídem. loc. cit.*

V.3. Cómputo

Luego de determinar los plazos máximos legales de duración de la prisión preventiva (ordinaria, extraordinaria y, prolongación) debe analizarse cuáles son las reglas establecidas para el cómputo de los mismos, cuestión que llega a cobrar igual o mayor importancia que su propia duración nominal.

El NCPP se limita a regular aquellas situaciones en las que no se debe computar –a efectos del plazo legal- el tiempo que el imputado haya permanecido en prisión. Así, se regulan tres causales: las *dilaciones maliciosas atribuibles al imputado; cuando se declara la nulidad de todo lo actuado en un proceso ordinario*; y, *cuando se declara la nulidad de lo actuado en un proceso seguido ante la jurisdicción militar y se ordena el conocimiento de los hechos imputados a la jurisdicción penal ordinaria*.

El primer supuesto es una causal de tipo relativo, el Juez deberá evaluar la dilación y cuál es el retraso que ha ocasionado a la Administración de Justicia. Deberá excluir del cómputo, solo el tiempo de duración de ese retraso. Los otros dos supuestos, en cambio, son causales de tipo absoluto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El plazo legal deberá computarse a partir de la nueva aplicación de la prisión preventiva y, en consecuencia, se excluye del cómputo todo el tiempo que el imputado ha permanecido en privación cautelar de libertad con anterioridad al nuevo auto de prisión preventiva.

Pero existen otros dos factores determinantes para el cómputo de la prisión preventiva que el NCPP, lamentablemente, no regula de forma específica. El NCPP guarda silencio en relación con el momento en que debe considerarse el inicio del cómputo de la prisión preventiva, y el momento en que debe entenderse el término de la misma. A estos criterios se debe acudir a partir de la interpretación de los Convenios Internacionales

por la Jurisdicción Internacional, y que son de aplicación obligatoria en nuestro país.

El numeral 1 del artículo 275 señala que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa[250].

En este caso, es evidente que cuando el imputado incumple su deber de buena fe procesal, el Estado debe reaccionar en defensa de la eficacia de la Administración de Justicia. El juez debe determinar si en el caso concreto existe una intención *maliciosa*, la misma que debe diferenciarse claramente, del ejercicio del derecho de defensa. La petición de diligencias, por complejas que sean, debe ser valorada como lícita, salvo que existan elementos que permitan calificarlas como impertinentes o inútiles, y por lo tanto, meramente dilatorias[251].

El art. 504 LECrim española precisa que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos, el tiempo que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia. Una diferencia fundamental entre esta regulación y la del NCPP, radica en que el art. 504 LECrim se limita a utilizar el término *dilación,* mientras que el art. 275.1 NCPP utiliza la expresión "*dilación maliciosa*".

En este sentido, la doctrina procesal española considera que la dilación se debe considerar indebida cuando es causada dolosamente –por abusar de los medios y recursos previstos en la ley- o porque ha sido causada como consecuencia de una falta de diligencia necesaria[252]. El primer supuesto encaja con lo que debe considerarse una dilación *maliciosa* en el ordenamiento jurídico procesal peruano, pero todo indica que es imposible

[250] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 265.
[251] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* pp. 509 – 510.
[252] BELLIDO PENADÉS, R., "La duración de la prisión provisional (y II): problemas de cómputo e incidencia del Código penal de 1995", *Tribunales de Justicia*, Nº 7, Julio, 1998, p. 714.

incluir en esa categoría las dilaciones que se generen como consecuencia de una falta de diligencia necesaria por parte del imputado o su defensor. Una conducta poco diligente, no puede ser calificada como maliciosa.

El TC peruano ha señalado en relación con la valoración de la actividad procesal del imputado, que es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado; de la denominada "*defensa obstruccionista*". No puede generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie,* legitimaron la adopción de la prisión preventiva[253].

El principio de proporcionalidad exige que la limitación de la libertad se sustente necesariamente en hechos vinculados al imputado, por lo tanto, son también conductas atribuibles a aquél las que se deben evaluar para determinar si un determinado tiempo en prisión no debe ser computado en el caso específico. Ello obliga por un lado, solo a considerar en el primer criterio las conductas dilatorias realizadas por el abogado defensor con expreso consentimiento del imputado, y por otro, a descartar la legitimidad de los otros dos supuestos regulados por el art. 275. No puede negársele al imputado el cómputo de determinado tiempo permanecido en prisión, sobre la base de hechos que no le son imputables, y ésta parece ser la situación que se regula en los numerales 2 y 3 del art. 275[254]. En todo caso, solo podrían aplicarse estos criterios si se demuestra que la nulidad de dichos procesos es responsabilidad exclusiva del imputado, circunstancia prácticamente

[253] STC peruano, 2915-2004-HC, de 25 de noviembre, "Asunto Vicente Silva Checa", FJ. Nº 30.
[254] ASENCIO MELLADO sostiene lo siguiente en relación con el art. 275.2 NCPP: "(...) esta disposición, aunque jurídicamente correcta, incurre en una interpretación excesivamente formal de la nulidad y no tiene en cuenta la diversidad de supuestos que conducen a su declaración, algunos, consecuencia de una actuación irregular de los propios tribunales. Hacer recaer sobre el imputado defectos que no le son imputables, puede resultar desproporcionado". ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* pp. 509 – 510.

imposible de demostrar, sobre todo cuando se trata de la nulidad de un proceso anterior seguido ante la jurisdicción militar[255].

Finalmente, hubiera sido deseable que el NCPP incluya en el cómputo del plazo de la duración de la prisión preventiva, el tiempo que el imputado hubiere estado detenido, pero no existe una norma expresa en ese sentido[256]. La única referencia del NCPP la ofrece el art. 490.2, cuando regula el cómputo de la pena privativa de libertad dictada en sentencia condenatoria, e incluye la duración de la detención para efecto del abono en el cumplimiento de la pena. En este sentido es admisible una interpretación extensiva de esta norma para decretar, también, la libertad del imputado por exceso del plazo de duración de prisión preventiva. Incluyendo el tiempo que el imputado permaneció detenido.

V.4. El plazo razonable

El NCPP opta por un sistema de limitación temporal de la prisión preventiva mediante la inclusión de plazos máximos de duración (Capítulo II de la Sección III del Título II; arts. 272 a 275[257]). Pero la concreción de un tope

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[255] Sin embargo, cabe señalar que esta redacción sigue la utilizada por el art. 137 CPP de 1991: "(…) En los casos que se declare la nulidad de procesos seguidos en fueros diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención", que a juicio de SAN MARTÍN CASTRO, pretende resolver un problema vinculado a la anulación de sentencias de los Tribunales militares con motivo de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se estableció su incompetencia material para conocer los hechos que dieron lugar al proceso penal militar. Para el autor, solo en estos casos el plazo empieza a correr desde el momento en que se dicte el nuevo auto de detención [prisión preventiva]. SAN MARTÍN CASTRO. *Derecho..., cit.,* p. 1151. Quien cita las SSTC 525-2001-HC, Asunto "Santos Mondoñedo Robles" de 1 de agosto de 2002; y, 282-2002-HC, Asunto "Betty Francisca Ramírez Camargo", de 11 de junio de 2002.

[256] Sí la incluye en el cómputo la LECr española: Art. 504.5.- "*Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa*".

[257] Incluimos tanto el plazo ordinario y el plazo extraordinario de duración (art. 272), como la obligación de ordenar la libertad al término de los mismos (art. 273), los plazos de prolongación de la prisión preventiva (art. 274) y el cómputo de la prisión preventiva (art. 275); porque todas estas normas definen de un modo u otro el plazo legal de duración de la prisión preventiva. El plazo razonable, en cambio, escapa a dicho ámbito de análisis. No se discute si la duración o el cómputo es legal o ilegal; ni si debe decretarse la libertad por vencimiento de plazo; aquí se discute si es posible decretar la libertad del individuo incluso cuando el plazo legal correspondiente se encuentra vigente y siempre que los presupuestos

legal máximo no equivale a fijar el límite razonable de la prisión preventiva, prescindiendo de las circunstancias del caso concreto. Lo razonable no es el transcurso automático del plazo (y su prolongación), sino el enjuiciamiento concreto de la necesidad de mantener la medida[258].

Lo que quiere decir que el plazo razonable de duración puede ser inferior al plazo máximo legal, siempre que, aun cuando permanezcan los presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva –*fumus boni iuris* y *periculum in mora*- a tal conclusión se arribe luego del análisis de: *1) la complejidad de la causa, 2) la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional y, 3) el comportamiento del imputado.*

Si bien el concepto de "plazo razonable de la prisión preventiva" no está expresamente regulado en el NCPP, sí es utilizado en diversas normas internacionales (arts. 7.5 CADH, 5.3 CEDH y 9.3 PIDCP). Por lo que tal figura no ha de entenderse excluida del ordenamiento jurídico peruano, si se acoge lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. La utilización del concepto de "plazo razonable" es utilizada por el CADH tanto en la redacción del art. 8.1 como por el art. 7.5.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El art. 8.1 de la CADH señala lo siguiente:

"*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y* dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la*

para su adopción justifiquen su mantenimiento. Existen situaciones que permiten sostener que incluso en estos casos, la duración deviene en irracional. Si se aplica alguno de los artículos citados, es porque ha vencido el plazo legal (ordinario, extraordinario o de prolongación), si se decreta la libertad del individuo en un caso en que alguno de dichos plazos se encuentra vigente es por dos razones: 1) porque existe una variación de los presupuestos, y por lo tanto no corresponde el mantenimiento de la medida; o, porque analizadas las circunstancias del caso, la duración de la prisión preventiva no es razonable, aún cuando los presupuestos subsisten e incluso cuando el plazo legal no ha caducado.

[258] Vid. Informes 12/96, Párr. 69 y 70; y, 12/97, Párr. 19 y 22; de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Este artículo establece la garantía del plazo razonable que regula la duración del proceso. Alcanza a todos los procesos y a todos los justiciables y su función radica en protegerlos de dilaciones indebidas. Naturalmente que tratándose de una causa penal, si se toma en cuenta la restricción del derecho a la libertad personal que supone la sola incoación de un proceso penal, el plazo razonable debe ser aplicado y evaluado, si cabe, con mayor rigor. Por lo tanto, esta garantía se encuentra incluida en el derecho al debido proceso que recoge la Constitución peruana en su art. 139.3[259], y en el propio art. I.1 del TP NCPP que declara que la justicia se imparte en un plazo razonable.

Pero el Art. 7.5 CADH también utiliza la expresión "plazo razonable:

"*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable* o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. *Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*".

La primera pregunta que debe hacerse es si la CADH incurre en la reiteración de una regla. Es evidente que no, el art. 7.5 de la Convención tiene un objeto y una finalidad diferentes de los que informan el art. 8.1. Aquél no regula la duración del proceso, sino la duración de la prisión preventiva, y permite que el imputado sea liberado sin perjuicio de que

[259] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho…, cit.,* p. 87. Que lo califica como el derecho del ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. El TC peruano también incluye bajo el concepto de debido proceso (139.3 Constitución), el "derecho al plazo razonable". Vid. STC peruano 1352-00-HC/TC "Asunto Walter Ponce Fernández", de 10 de enero de 2001.

continúe el proceso penal, lo que evidencia que por regla general, "el plazo razonable" de la prisión preventiva es necesariamente, mucho menor que el destinado para todo el proceso.

Son normas que involucran distintas consecuencias prácticas[260], porque si bien hay que desterrar las dilaciones indebidas en cualquier proceso penal -porque cualquier dilación incide sobre el derecho a la libertad-, es obvio que el celo de la autoridad judicial ha de ser mucho mayor en las causas con preso, en la medida que la libertad es un valor informador de todo el ordenamiento jurídico. En tal virtud, el derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de derechos humanos, y por tanto, no puede ser desconocido[261].

Exactamente lo mismo ocurre con los arts. 5.3 y 6.1 de la CEDH. Tal como ha declarado el TEDH, "*no debe confundirse lo dispuesto en el artículo 5.3 con lo que establece el artículo 6.1. Este se extiende a todos los justiciables y su objeto es protegerles contra la excesiva lentitud del procedimiento; en materia punitiva, especialmente, se propone evitar que la incertidumbre del inculpado sobre su situación se mantenga demasiado tiempo. El artículo 5.3 se refiere solamente a los que están en prisión preventiva. Supone una especial diligencia en la tramitación del procedimiento que les afecta*[262]".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[260] Esto quiere decir que el art. I.1 del TP del NCPP solo regula, en forma expresa, el plazo razonable equivalente al descrito por el art. 8.1 CADH. La vigencia del plazo razonable vinculado a la prisión preventiva, se incorpora al ordenamiento jurídico peruano a través de lo dispuesto por el art. 7.5 CADH y la 4ta Disposición final y transitoria de la Constitución de 1993. Como luego veremos, una inclusión expresa del plazo razonable de la prisión preventiva, debió estar acompañada en el NCPP de una norma que dispusiera expresamente la necesidad de otorgar prioridad a las causas penales con preso preventivo.
[261] ORÉ GUARDIA, A., "Las medidas…" *cit.*, p. 170.
[262] STEDH, Caso STÖGMULLER de 10 de noviembre de 1969, párr. 78.

Pero esto no quiere decir que el plazo razonable que se asigna a la duración del procedimiento y el de la duración de la prisión preventiva, no guarden ninguna similitud. Las decisiones de la CIDH y el TEDH demuestran que los parámetros para evaluar el plazo razonable en uno y otro caso guardan una marcada analogía. Sin embargo, existe una analogía, pero no una confusión, en la medida que aun cuando se parte de parámetros similares, el rigor con el que se aprecia las circunstancias del plazo razonable vinculado a la duración del proceso no es el mismo que el que se requiere para evaluar la razonabilidad de la duración de una prisión preventiva en el proceso penal.

Hay pues, evidentemente, una diferencia de *grado,* que tiene sentido si se toma en cuenta que el concepto de razonabilidad se identifica con el de proporcionalidad, y es obvio que ésta ofrece una respuesta distinta frente a la duración del proceso penal o la duración de la prisión preventiva. Porque si es necesario realizar un juicio ponderativo entre la *gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental*, por una parte, *y el peso de las razones que la justifican*, por otro, es obvio que un proceso penal con un imputado en libertad no supone la misma afectación que uno en el que el imputado se encuentre en prisión. Y además, porque las razones que justifican una persecución penal, no son las mismas que justifican la privación cautelar de libertad personal de un imputado con el propósito de asegurar la eficacia del proceso, por la sencilla razón que ésta es accesoria de aquélla.

Puede decirse entonces que el plazo razonable de la prisión preventiva está enmarcado en los ámbitos del derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, mientras el plazo razonable en que una persona ha de ser juzgada lo está en el de la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

proscripción de las dilaciones indebidas (que es una garantía del debido proceso)[263].

Pero como ya se adelantó, la introducción del concepto de plazo razonable en la duración de la prisión preventiva del NCPP, tiene su origen en la interpretación realizada por la CIDH y la CoADH en relación con el art. 7.5 de la CADH. Interpretación que a su vez tiene un origen directo en la interpretación que del art. 5.3 del CEDH ha realizado el TEDH[264]. Por ello es necesario evaluar los criterios utilizados primero, por la Corte Europea, y luego, por el Sistema Interamericano, para arribar a una *concretización* del concepto de plazo razonable.

Debe tenerse en cuenta que la prescripción del plazo razonable es un concepto indeterminado cuya operatividad habrá que concretar en cada supuesto particular, por lo que estos sistemas solo conceden un marco general para acudir a un análisis específico de las circunstancias de cada caso[265].

El primer paso para determinar la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva lo dio la CoEDH en los informes realizados en los Casos Wemhoff, Neumeister, Matzeneter y Stögmuller, en lo que se conoce como la *lista de los siete criterios* fijados para ser evaluados en forma conjunta:

1. *La duración efectiva de la prisión;*
2. *La duración de la prisión preventiva en relación con la naturaleza del delito imputado, a la pena señalada y la pena probable en el caso de condena, y al sistema legal de abono de*

[263] PICATOSTE BOBILLO, J., "La prisión provisional en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Seminario*…, cit., p. 38.
[264] Esta influencia ha sido expresamente reconocida por la Comisión americana de Derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos en sus resoluciones.
[265] ASENCIO MELLADO, J.M., *La Prisión…, cit.*, p. 275.

dicha prisión en el cumplimiento de la pena que, en su caso, se imponga;

3. *Los efectos de orden material, moral, físico y psíquico u otros de la prisión provisional sobre el preso preventivo;*
4. *La conducta del imputado en el proceso respecto al retardo o aceleramiento del procedimiento, solicitando fianza o aplazamientos;*
5. *Las dificultades de la instrucción debido a la complejidad del asunto (números de hechos investigados, diligencias, etc.);*
6. *La forma en que la instrucción ha sido conducida, de acuerdo con el sistema legal que rige la fase de instrucción en cada país;*
7. *La actuación de las autoridades judiciales internas en la conducción de la instrucción, es decir, la diligencia que han puesto en el asunto para organizar la instrucción respecto al examen de las solicitudes del imputado para su puesta en libertad como al comportamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales en el transcurso de juicio*[266].

El TEDH sin embargo, rechazó formalmente este método, declarando que la evaluación de la razonabilidad del plazo no puede ser hecha en abstracto, sino que será una apreciación *"en cada caso y según las circunstancias de la causa, las cuáles son de una extrema variedad"*[267]. Fundamentalmente, decide no apreciar en forma conjunta estos criterios, sino que la concurrencia de cualquiera de ellos podría justificar el alargamiento (mantenimiento) de la prisión preventiva, aplicando factores distintos en cada caso, muchos de ellos idénticos a los usados por la Comisión[268].

[266] SANGUINÉ, O. *Prisión Provisional…, cit.,* p. 398, Nota 1158.
[267] Caso Wemhoff, Sentencia de 27 de junio de 1968, párr. 10.
[268] DEL OLMO DEL OLMO, J.A., "La determinación del plazo razonable de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción en España", La Ley, núm. 4, 1996, pp. 1334-1343.

A continuación se exponen los criterios empleados por el TEDH para la valoración del plazo razonable de la prisión preventiva, los mismos que no son necesariamente concurrentes y que han sido evaluados en función de diversos casos presentados ante el Tribunal:

1) *El peligro de fuga*[269]
2) *El riesgo de repetición de delitos*[270]
3) *El peligro de ocultación de pruebas*[271]
4) *El peligro de colusión*[272]
5) *La complejidad del caso*[273]
6) *El comportamiento del acusado*[274]
7) *La presentación abusiva de recursos*[275]
8) *La diligencia de las autoridades judiciales nacionales en la instrucción del caso*[276]
9) *El examen de las demandas de libertad provisional del preso*[277] *preventivo*[278]

La primera incógnita que acarrea los criterios utilizados por el TEDH, es cuál es la necesidad de considerar incluido en el concepto de plazo razonable, criterios que guardan una estrecha relación con los presupuestos para la adopción y el mantenimiento de la prisión preventiva (peligro de fuga, peligro de ocultación, peligro de repetición de delitos –no aplicable al proceso penal peruano-, y el peligro de colusión).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[269] Neumeister, Scott, Tomasi
[270] Stögmuller, Matznetter, Ringeinstein
[271] Wenfoff, Ringeinstein, B contra Austria.
[272] B. contra Austria y W. contra Suiza.
[273] W. contra Suiza y Van Der Tang contra España.
[274] Stögmuller, W. contra Suiza
[275] Matznetter
[276] Matznetter, Van Der Tang, Bucholz
[277] Neumeister
[278] CUENCA MIRANDA, A., "La prisión provisional en el Derecho Comparado y en el TEDH", *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín, Madrid, 2004, p. 66

Porque si existe un momento en el que la prisión preventiva deja de ser útil al proceso, entonces, la provisionalidad y variabilidad atribuible a toda medida cautelar del proceso penal, y con mucho mayor razón, a la prisión preventiva, obliga a que inmediatamente se levante la medida, o se sustituya por una de menor gravedad, independientemente de si el tiempo de duración de la medida desde el momento de su aplicación hasta el momento de la evaluación de la subsistencia de los presupuestos que la justifican, es razonable o no.

Lo que a mi juicio sucede, es que la Doctrina del TEDH en el tratamiento del art. 6.1 CEDH, no es uno que pueda extrapolarse –sin más trámite ni análisis- a la configuración de un concepto jurídico que involucre las características esenciales del concepto plazo razonable de la prisión preventiva. El TEDH es una instancia supranacional, que como tal, evalúa el acatamiento de las disposiciones del Convenio entre los estados contratantes. Realiza entonces –frente a las alegaciones de los demandantes- un razonamiento funcional, más no dogmático. Y a nadie escapa que la evaluación en torno a la legitimidad del mantenimiento de la prisión preventiva por parte del TEDH no puede limitarse sólo a su duración, es competencia del Tribunal evaluar –también- la legitimidad de la medida en torno a los presupuestos que la justifican –de conformidad con el derecho interno-.

Sobre esa base, considero que la labor interpretativa de este Tribunal se debe evaluar en dos momentos concretos: el primero, el análisis en torno al mantenimiento de la prisión preventiva y la subsistencia de sus presupuestos que es una clara expresión de la provisionalidad de la prisión preventiva (argumentos que ya han sido analizados al analizar los presupuestos de la prisión preventiva y en el apartado del análisis de su variabilidad – cesación de la prisión preventiva); y luego, el análisis posterior del Tribunal, el plazo razonable en sentido estricto, que debe realizarse solo en el caso de que se haya "aprobado" el "test" vinculado a las razones que

se reputan necesarias para mantener la prisión preventiva en el caso y el momento concreto.

Esto quiere decir que el Tribunal evalúa primero, si la prisión preventiva se justifica en el caso concreto y en un momento determinado, si se cumplen con los presupuestos esenciales para dictarla, de conformidad con las disposiciones del derecho interno. También, sobre la base del derecho interno, debe evaluar si la prisión preventiva ha cumplido con el plazo legal establecido como duración máxima de la medida –siempre que el ordenamiento jurídico en cuestión imponga ese límite temporal-.

Ahora bien, si la medida no cumple con los presupuestos legales en un momento determinado, debe levantarse la medida porque es ilegítima, la limitación de la libertad personal no se justifica en una exigencia cautelar, ni encuentra acomodo en lo que la ley dispone.

Si la medida cumple con los presupuestos legales de adopción establecidos en la norma, debe analizarse su duración. Si se da el caso que el ordenamiento jurídico –como ocurre en el NCPP- establece un límite temporal, una duración máxima de la prisión preventiva, entonces debe evaluarse ese plazo. Si se encuentra dentro del marco de duración asignado por el ordenamiento, la medida, en principio, sigue siendo legítima, pero también debe analizarse si en el concreto contexto, la duración es razonable.

De hecho, es lógico sostener que esa misma exigencia debe ser aplicada en un proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria en el proceso penal peruano –o en cualquier ordenamiento-. La evaluación del mantenimiento de la prisión preventiva a la que se encuentra obligado –siempre- un juez en virtud de la necesaria tutela del derecho a la libertad personal del imputado, involucra que la resolución judicial haya aprobado el análisis anterior. Es decir, deberá evaluarse, siempre, y cualquiera sea el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

petitorio del cese o variación; o incluso en ausencia de una solicitud; si se encuentran presentes los presupuestos de la prisión preventiva. Luego, si se cumple con el plazo de duración establecido por el Código. Y finalmente, aun cuando persistan los presupuestos y no se haya superado el plazo legal, si la duración es razonable. Sólo éste último análisis, desde una perspectiva dogmático procesal, es relevante para dotar de contenido al concepto de plazo razonable de la prisión preventiva.

Para muestra un ejemplo del razonamiento del TEDH:

"El Tribunal no ve razones para adoptar un punto de vista diferente del de los Tribunales nacionales, punto de vista que, por otra parte, el demandante no discute. La existencia de un riesgo importante de que el interesado se sustrajese a la justicia, confirmado por un determinado número de elementos pertinentes que persistieron durante toda su detención, constituía un motivo válido y suficiente para rechazar las numerosas peticiones de libertad. Queda, por consiguiente, verificar si las autoridades nacionales manifestaron "una diligencia particular" en el desarrollo del proceso"[279].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En la misma línea, el TEDH ha señalado lo siguiente con relación a la valoración de las circunstancias que deben justificar la prolongación razonable en el tiempo de la prisión preventiva: "*La persistencia de razones plausibles para sospechar que la persona detenida ha cometido un delito es una condición sine qua non de la regularidad del mantenimiento de la prisión, pero al cabo de un cierto tiempo ya no es suficiente; el Tribunal debe entonces establecer si los demás motivos adoptados por las autoridades judiciales continúan legitimando la privación de libertad. Cuando se revelan "pertinentes" y "suficientes",* investiga además si las autoridades nacionales competentes han tenido una "diligencia particular" en el desarrollo del

[279] STEDH, Caso Van Der Tang.

proceso. La complejidad y las particularidades del sumario son elementos a tener en cuenta a este respecto[280].

En este sentido, se debe considerar que el TEDH exige evaluar la presencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para justificar el mantenimiento de la prisión preventiva. Y luego, una vez que sea posible calificar de pertinentes y suficientes estos presupuestos, debe acudirse a la diligencia particular. Es aquí donde opera el análisis de *la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales (complejidad y particularidades del sumario)*.

Pero se debe tener mucho cuidado en la interpretación de esta postura. Considero que cuando se realiza el análisis de los presupuestos de la prisión preventiva, no debe entenderse que la duración de la prisión preventiva depende de la presencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para considerar su extensión en el tiempo como una de carácter razonable. El mantenimiento de la prisión preventiva exige que su carácter instrumental se justifique *siempre*. Por que en el mismo momento que esta medida no sea *indispensable,* carece de sentido, *debe* cesar. Y esto no involucra analizar la duración, en la medida que una vez descartados o desvirtuados los presupuestos que justificaron su adopción la prisión preventiva debe ser levantada o modificada por una medida cautelar personal menos intensa, independientemente del tiempo que el imputado haya permanecido en prisión.

De hecho, justificar el levantamiento de una prisión preventiva en una duración prolongada, cuando en realidad no subsisten los presupuestos que la legitiman, constituye un argumento que aporta pocas luces al tratamiento de una medida cautelar que debe ser considerada como instrumental, provisional, excepcional y subsidiaria. Porque una vez que los presupuestos

[280] SSTEDH, W. c. Suiza, de 6 de enero de 1993; y, Van Der Tang c. España, de 13 de julio de 1994.

de una medida cautelar se desvanecen, mutan o se demuestra que no estamos en la situación que inicialmente se pensaba, la prisión preventiva debe cesar inmediatamente.

Es por esta razón que si bien es cierto que el TEDH evalúa la constatación de la existencia del peligro de fuga, el peligro de reiteración delictiva y el peligro de supresión de pruebas en el análisis de la razonabilidad del plazo de duración de la prisión preventiva, también es cierto que lo hace con carácter previo a la evaluación que debe realizarse si fuera el caso se compruebe la presencia de una imputación delictiva y un riesgo procesal. Es pues necesario entender que la doctrina jurisprudencial del plazo razonable expuesta por el TEDH, es una que acoge una solución funcional. Como ya se dijo, este Tribunal se encuentra en la obligación de revisar la legalidad de los actos que se someten a su jurisdicción, y de verificar si la jurisdicción de un determinado Estado ha respetado el derecho a la libertad personal de determinado individuo. Es necesario en su caso, evaluar no sólo la razonabilidad del plazo, sino también, la pertinencia de la medida en el caso concreto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Pero a mi juicio, ello no involucra incluir en el concepto de razonabilidad del plazo de la prisión preventiva a la verificación de los presupuestos base para su aplicación. Toda evaluación acerca de la legalidad, en un determinado contexto, de la prisión preventiva exige revisar: 1) si los presupuestos subsisten en cualquier estado del proceso; 2) si el plazo legal establecido por el ordenamiento jurídico (si es que existe tal plazo) ha vencido; y 3) si su duración en el momento de la evaluación ha excedido el plazo razonable.

Esto guarda relación con lo declarado por el TC peruano en el sentido que el derecho al plazo razonable, tanto de la duración de la causa cuanto de la prisión preventiva, es un elemento que integra el contenido esencial del debido proceso, lo que permite asumir que el proceso no es un

instrumento en sí mismo arbitrario, sino un mecanismo rodeado de elementos compatibles con la justicia. En similar sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) ha declarado que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto, y por lo tanto el período establecido por determinado ordenamiento procesal[281] no corresponde en forma literal a la garantía del artículo 7.5 CADH, la duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley[282].

La COIDH sigue así, la doctrina establecida por el TEDH, que a su vez es recogida por el TC español:

"(….) ni el art. 17.4 CE es un precepto en blanco, ni la naturaleza del derecho fundamental en el contenido puede ser mecánicamente reconducida a la categoría de los derechos de configuración legal. Ciertamente, si se vulneran los plazos del art. 504 LECrim [española], se habrá producido la lesión del derecho proclamado en el art. 17.4 CE; pero, sin necesidad de rebasar límites temporales, puede también lesionarse el referido derecho fundamental, si el imputado permanece en situación de prisión provisional más allá de un plazo que, atendidas las circunstancias del caso, puede objetivamente estimarse que excede de lo razonable"

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

También alude al concepto de "plazo razonable" la Jurisprudencia Vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en dicho extremo:

"Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida de detención judicial [prisión preventiva], sin embargo, no agotan el contenido de dicho

[281] En referencia al art. 379.6 del Código de Procedimientos en Materia Penal de la Argentina y la ley 24.390 que establecen un periodo de dos años.
[282] Informe N° 2/97. comisión interamericana de derechos humanos. vid. http://www.cidh.org/annualrep/97span/argentina11.205.htm.

derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo es per se razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios es preciso revocarla de inmediato". Existen dos afirmaciones principales en esta Sentencia del Tribunal Supremo peruano. La primera, una que acoge la jurisprudencia de la CIDH y la Corte Europea con relación a la valoración del plazo razonable de la prisión preventiva en el desarrollo de un proceso penal. En efecto, la prisión preventiva tiene un límite de duración establecido en el propio Código Procesal Penal[283], pero dicho límite no supone que la prisión preventiva solo afectará el derecho a la libertad personal del imputado cuando supere dicho límite. Los plazos máximos legales integran la garantía constitucional de la libertad personal, pero no la agotan.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[283] Si bien esta resolución se ubica en el análisis del CPP de 1991, como ya se dijo, el NCPP también establece un plazo expreso de duración de la prisión preventiva tanto para procesos simples como complejos.

El legislador ordinario no es absolutamente libre en la configuración de los plazos máximos de duración de la prisión preventiva. Éstos reducen la indeterminación del concepto de plazo razonable e integran el contenido del derecho a la libertad, de tal forma que la situación de prisión preventiva por tiempo superior al plazo lesiona el derecho a la libertad, pero no agotan el contenido del derecho porque *ni todo plazo máximo legal es per se razonable –sólo prima facie-, ni el legislador ordinario es totalmente libre en su labor de establecer plazos máximos legales.*

Del análisis de esta jurisprudencia, se debe admitir que no cabe duda que cuando la medida ya no cumple con los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato. Pero con lo que no se puede estar de acuerdo, es que dicho postulado se integre en el concepto de plazo razonable de duración de la prisión preventiva. La necesaria revocación de una medida cautelar personal en aplicación de la regla *rebus sic stantibus,* exige la revocación de la prisión preventiva como consecuencia de su carácter instrumental y provisional. La prisión preventiva se mantiene sólo mientras sea *indispensable* para el proceso.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Lo que en realidad existe aquí, es simplemente la revocación de una medida por imperio de la variabilidad que se atribuye a cualquier medida cautelar personal del proceso penal que tiene como una de sus principales características, su carácter provisional. El plazo razonable de la prisión preventiva es un instrumento que permite levantar la medida en supuestos distintos, en los que: 1) el plazo legal no ha sido agotado; y, 2) persisten los presupuestos materiales que la justifican; y, sin embargo, no existen razones para prolongar un proceso que, siguiendo la lógica del proceso debido y la proscripción de las dilaciones indebidas; debió ser resuelto de forma más rápida para evitar así una prolongación de una privación cautelar de libertad cuyo único objeto es asegurar un proceso penal cuya prolongación también debe justificarse en la conducta del imputado, la diligencia debida del

tribunal y la complejidad del proceso. Un proceso calificado como "sencillo", por ejemplo, no justifica el cumplimiento del plazo establecido en la ley. Como tampoco se justifica la prolongación del proceso –y de la prisión preventiva- en una elevada carga laboral, falta de medios, etc. Los "espacios muertos", en los que se acumulan días, meses y años en los que no se dispone ningún acto de investigación, y sin embargo, se mantiene la prisión preventiva; no justifican el mantenimiento de la prisión preventiva. Y no la justifican porque ésta no es razonable, independientemente de la persistencia de los presupuestos y del cumplimiento del plazo legal.

VI. Abono de la privación cautelar de libertad en el cumplimiento de la condena[284]

La existencia de una sentencia firme de condena en el proceso penal, exige que el tiempo que el condenado permaneció en privación cautelar de libertad, sea computado a efectos de la duración que se espera con respecto a la pena. La doctrina menciona que esta institución demuestra la *práctica identidad* de la prisión preventiva y las auténticas penas privativas de libertad, pero es fundamental tener en cuenta que la misma sólo se verifica en los inevitables *efectos* de una y otra medida, y no, en el fundamento de su imposición[285].

[284] Se utiliza expresión abono de la prisión cautelar de libertad por dos razones fundamentales: la primera –porque como se verá- es posible abonar la privación de libertad sufrida tanto como consecuencia de un mandato de detención como por la aplicación de una medida de prisión preventiva, la privación de libertad en el marco de un proceso de extradición, y la detención domiciliaria. La segunda, porque lo que es objeto de abono es la privación cautelar de libertad, y no aquella que es consecuencia de una condena (aplicación de una pena privativa de libertad). La expresión abono de condena es incorrecta, en todo caso, podría optarse por la expresión abono (de la prisión preventiva) en la condena.

[285] MORENO CATENA Y MUÑOZ CONDE señalan que aun cuando el CP español señala expresamente que la detención y la prisión preventiva no se considerarán penas, no invalida

El fundamento del abono radica en que, a pesar de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, ésta ocasiona una privación del derecho a la libertad (efecto), y una *honda* razón de justicia obliga a que una vez producida la condena se compute el tiempo pasado en prisión cautelar de libertad como tiempo de cumplimiento de la pena.

Incluso cuando desde un plano teórico las diferencias vitales entre una y otra institución puedan confundirse mediante la inclusión de la institución del abono de privación cautelar de libertad en un determinado ordenamiento jurídico, sencillamente no existe otra alternativa. Su ausencia constituiría un agravamiento de la condición de un preso preventivo al que se le ha aplicado una medida cautelar que es una herramienta excepcional, y cuyos efectos solo se justifican en función de una amarga necesidad, propiciar la eficacia de la realización de justicia.

El principio *favor libertatis* exige la inclusión del abono de prisión preventiva en el ordenamiento jurídico, incluso a riesgo de una confusión con la pena privativa de libertad, que si es el caso admitir en un plano teórico (en orden a sus efectos), nunca puede trasladarse al ámbito del fundamento de las resoluciones judiciales. Es por esa razón que si es del caso admitir una equiparación de los efectos entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, no coincido con un sector de la doctrina procesal peruana cuando sostiene que el abono –previsto por el art. 47 CP- es la "principal" muestra de que la prisión preventiva actúa dentro del sistema penal como un equivalente *funcional* a la pena privativa de libertad, porque -insiste el autor- si la prisión preventiva no fuera un castigo, esta previsión legal carecería de razón de ser[286].

---

en absoluto el carácter material de pena, por el sufrimiento que entrañan para el sujeto. Vid. "En torno a…", *cit.,* p. 408.

[286] REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., En busca..., *cit.,* p.320.

No considero que una previsión como ésta solo tenga sentido si se equipara sus efectos funcionales, entiendo que su razón de ser demuestra todo lo contrario. El abono reconoce la inexistencia de una identidad de funciones. Una opera en el ámbito penal; y la otra, en el ámbito procesal, el cautelar propiamente dicho. Por lo que es necesario regular el abono para justificar la injerencia en el derecho fundamental con fines estrictamente procesales. Si la prisión preventiva fuera un castigo, no sería necesaria la figura del abono, bastaría con efectuar el "cómputo" realizando una "suma de castigos".

Si se excluye el abono se admite que el condenado "merece" que el tiempo permanecido en prisión supere incluso el tiempo establecido como pena privativa de libertad en la condena. Y tal razonamiento dista mucho de uno que se acerque al ideal de justicia. La privación de la libertad antes de la condena debe ser siempre interpretada en un sentido restrictivo y se debe favorecer siempre la mínima limitación posible del derecho fundamental del imputado. Resulta lógico que cuando se evalúa la incidencia real en la limitación de derechos fundamentales, se analice globalmente el tiempo en que el imputado ha permanecido privado de libertad, independientemente de las razones que hayan podido justificar –en su momento- una u otra privación cautelar de libertad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Y estas razones, son unas que tienen un marcado rasgo cautelar, que a mi juicio, es mucho más importante que los fundamentos en los que se apoya la teoría de la "equivalencia" entre prisión preventiva y pena privativa. Si el abono no existiese, el rasgo "punitivo" de la prisión preventiva sería mucho más severo, en la medida que mayor sería el sufrimiento, la limitación de la libertad, el reproche; conceptos estrictamente ligados al ideal de pena.

Por ello, es imprescindible utilizar esta herramienta, pero también lo es el hecho de que en ningún caso, puede formar parte del proceso intelectivo

realizado por el Juez en el momento que decide aplicar la prisión preventiva, solo puede formar parte del proceso argumentativo de la sentencia y su ejecución[287]. Lo contrario constituiría una justificación manifiestamente inconstitucional del mandato de prisión preventiva (contraria al derecho a la presunción de inocencia), y esto queda claro desde el mismo momento en que el abono de la privación cautelar de libertad está regulado por el CP[288] y en una norma procesal –el art. 490 NCPP- que sólo regula la ejecución de la sentencia. Esto es, que opera solo luego de la condena. Porque son el CP y el título de condena –la ejecución de la sentencia- los únicos instrumentos que regulan las consecuencias jurídicas y reglas de aplicación vinculadas al Control Social, y con él, la verificación de la política de prevención general y especial en un Estado de Derecho.

La única excepción a esta regla se ubica en el análisis del *mantenimiento* de la prisión preventiva, ya que en casos puntuales, su ámbito de aplicación puede influir en la interpretación del peligro de fuga (y siempre en un sentido favorable para el imputado). Esta es la posición del TEDH quien le atribuye una importancia práctica en la valoración del *mantenimiento* (nunca la aplicación) de la prisión preventiva, cuando sostiene que el peligro de fuga, *entendido como el efecto del temor que la pena inspira a un inculpado o acusado, va decreciendo a medida que la detención se prolonga, y que disminuye, por consiguiente* [en virtud de la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[287] Este hecho adquiere importancia en un ordenamiento jurídico como el peruano en el que como ya se dijo, tradicionalmente se ha justificado la imposición de la prisión preventiva a través de la sola verificación de la prognosis de pena superior a los 4 años. Tal valoración implica un razonamiento judicial en el que, una vez que se verifica el fumus boni iuris y por lo tanto, se entiende que existe una alta probabilidad de condena a una pena superior a los 4 años, luego se considera que la prisión preventiva no acarrea un perjuicio mayor al imputado, en virtud del abono que será aplicado con la sentencia condenatoria. Este razonamiento afecta el derecho a la presunción de inocencia.

[288] "El Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 19/1995 de 23 de noviembre, regula la prisión preventiva o provisional en su aspecto sustantivo –no procesal- (…) para dotarla de una naturaleza que siendo ajena a la de pena produce no obstante, y como no podía ser de otro modo, evidentes efectos para el cómputo del cumplimiento de las privativas de libertad". MILANS DEL BOSCH, S. Y J. DE URRÍES., "Aspectos sustantivos de la prisión preventiva (Especial referencia a su abono a la condena posterior)", *La Ley*, 1996-3, p. 1366.

aplicación del abono de la privación cautelar de libertad], *el* resto *de la pena que el interesado espera tener que cumplir*[289].

VI.1. Propio o estricto

El abono propio o estricto es aquel tiempo de prisión preventiva sufrido en el mismo procedimiento en el que luego existe una condena a pena privativa de libertad (efectiva). En ese caso, resulta lógico que el tiempo permanecido en prisión se aplique como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta[290].

VI.2. Impropio o amplio

Se conoce como impropio o amplio, el abono que tiene lugar cuando habiendo –el imputado- permanecido un tiempo en prisión preventiva, el procedimiento ha sido sobreseído y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva. En todos estos supuestos el tiempo de prisión preventiva, *indebidamente* padecido, se aplicaría a otra condena que se esté cumpliendo[291].

La posibilidad de computar en otros procesos diferentes el tiempo anterior de privación cautelar de libertad, es una manifestación y consecuencia de lo que ha de considerarse un principio general del derecho, de común aplicación en las diversas ramas jurídicas, en virtud del

[289] Asunto Wemhoff, sentencia de 27 de junio de 1968, párr. 14; Asunto Neumeister, sentencia 27 de junio de 1968, pag. 39, parr. 10 Asunto Matznetter, sentencia de 10 de noviembre de 1969, párr. 11). No obstante ello, es imposible evitar ciertos reparos frente a este razonamiento. Factores criminógenos y las condiciones de la mayoría de centros penitenciarios, hacen evidente que la prisión preventiva es una "amarga experiencia" y existen suficientes razones para considerar que una vez en libertad, el individuo hará todo lo posible para impedir un nuevo ingreso en el centro penitenciario, independientemente del "tiempo restante" de condena.

[290] Vid. Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario, Universidad Complutense de Madrid. http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/abono.htm.

[291] *Ibídem*.

cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse, con prioridad, de forma específica, de modo que solo ha de acudirse a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente[292].

VI.3. El abono de la prisión cautelar de libertad en el ordenamiento jurídico peruano

El CP peruano regula el abono de la prisión cautelar de libertad en el cumplimiento de la pena a través de su art. 47:

"*El cómputo de la detención que haya sufrido el procesado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad, por cada día de detención. Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención*".

Esta norma incluye en el término detención, tanto a la detención propiamente dicha, como a la prisión preventiva, en la medida que el CPP de 1940 y el CPP de 1991 utilizaban –indistintamente- el término detención para calificar ambas instituciones[293].

En todo caso es una cuestión que ha sido aclarada por el art. 490 NCPP, que regula el cómputo de la pena privativa de libertad en la ejecución de sentencia. Su numeral 2 menciona que el Juez de la Investigación Preparatoria[294], realizará el cómputo de la pena, descontando

---

[292] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.,* p. 289. Quien se apoya en la jurisprudencia del TS español. Vid. SSTS de 2-7-1993 (RJ 1993, 5701): 22-11-2001 (RJ 2001, 10643); 21-7-2003 (RJ 2003, 5390).

[293] En todo caso podía diferenciarse una y otra según se les califique como detención preliminar o detención judicial. Por lo que la utilización del término detención, en sentido estricto, demuestra que la voluntad del legislador era la de incluir en el abono ambas medidas cautelares personales.

[294] De conformidad con el art. 489.1 NCPP, la ejecución de las sentencias condenatorias firmes, salvo lo dispuesto por el Código de Ejecución penal respecto de los beneficios

de ser el caso el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición.

Se debe incluir entonces en el cómputo del tiempo en que el imputado ha permanecido privado de libertad, tanto como consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, como por efecto de la imposición de una medida de detención –en cualquiera de sus modalidades- regulada por el Título II NCPP[295]. De hecho, cuando en un proceso penal se hayan dictado ambas medidas, es evidente que debe computarse el plazo desde el momento en que el imputado es detenido hasta el día de la condena firme[296]. Lo mismo sucede con la privación cautelar de libertad sufrida en el procedimiento de extradición y con la detención domiciliaria –que se analiza más adelante-.

La duda que plantea el ordenamiento jurídico peruano, es si éste permite aplicar el abono *amplio o impropio*. Es decir, si sólo se encuentra permitido cuando la prisión preventiva se aplica en el mismo procedimiento en el que luego se condena al imputado a una pena privativa de libertad, o

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

penitenciarios, serán de competencia del Juez de la investigación Preparatoria. Se entiende, del Juez que previno el caso, el Juzgado encargado de la realización de la investigación preparatoria que dio origen al juicio en el que se ha declarado la sentencia condenatoria.

[295] Lo mismo ocurre en el ordenamiento jurídico español. Ya la jurisprudencia recaída en la interpretación del art. 33 del CP de 1973 había realizado una interpretación amplia de la mención legal a la prisión preventiva a favor del reo, considerando posible el abono del tiempo de detención sufrido, e incluso el del arresto del quebrado [*Vid.* SSTS de 24-2-1984, 3-12-1990, 15-1-1991; entre otras]. Posteriormente el art. 58 CP de 1995 sustituyó con acierto la expresión "prisión preventiva" que empleaba el art. 33 del CP anterior, por la referencia al "tiempo de privación preventiva de libertad". Y actualmente, la LO 10/1995 que modificó el art. 58 CP vigente, también consolida el criterio jurisprudencial al utilizar las expresiones "tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente". *Vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión…, cit.*, pp. 287-288.

[296] "*El abono ha de ser total, debiendo hacerse una interpretación amplia, tanto para computar como prisión cualquier tipo de privación de libertad que sea anterior en el tiempo a la prisión provisional, y tenga por razón el hecho que esté constituyendo el objeto del proceso, sin perder de relación de continuidad*". *Vid.* ODONE SANGUINÉ., *La prisión…, cit.,* p. 208. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ RAMOS, L., en AA VV, *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado,* cit., p. 401; BARONA VILAR, S. Prisión provisional…, cit., pp. 152 – 153.; MILANS DEL BOSCH, S. Y J. DE URRÍES., "Aspectos sustantivos…", cit., p. 1367-1368.

si es acaso posible aplicarlo a una condena que corresponde a un procedimiento distinto de aquél en el que se dispuso la privación cautelar de libertad del imputado.

Ni el CP ni el NCPP esclarecen dicha situación, en la medida que utiliza una afirmación genérica: *El cómputo de la detención que haya sufrido el procesado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta.* No señala expresamente si la detención o prisión preventiva deben ser dictadas en el mismo proceso, ni tampoco menciona en forma expresa la posibilidad de extender el abono a procesos distintos a aquél donde se aplicó la medida cautelar personal.

Esta discusión también ha sido planteada en la interpretación del abono de la prisión provisional en el ordenamiento penal español. En un inicio, el art. 33 CP español de 1973 establecía que la causa susceptible de abono venía constituida por: "*el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa*". Es decir, sí regulaba expresa y únicamente el *abono propio,* y por lo tanto, la norma exigía la existencia de una identidad de delitos[297].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

No obstante ello, fue la Jurisprudencia del TS español la encargada de realizar una interpretación amplia de dicha normativa, que permitiera abonar la prisión preventiva a procesos distintos, por entender que una interpretación literal de la norma tendría consecuencias injustas en los procedimientos en los que habiéndose privado la libertad del imputado con fines cautelares, luego, la sentencia no fuera de condena privativa de libertad (o lo fuera por un tiempo menor a la duración de la prisión preventiva). Ello supondría que se habría "pagado" un tiempo de prisión –de

[297] Vid. ASENCIO MELLADO, J.M., *Prisión…, cit.,* p. 186. Que se apoya en la Consulta núm. 12 de la FTS de 21 de diciembre de 1945 que señalaba lo siguiente: "*el principio absoluto del abono de la totalidad de la prisión sobre la base del caso normal de una sola causa…resulta injusto e improcedente que esa totalidad de prisión preventiva que se debe abonar a un penado le sirva, a la vez, para el cumplimiento de otras penas…*". cit. por el autor.

idénticos efectos a una condena- de modo injusto, lo que resultaría contrario al carácter no punitivo de las medidas cautelares[298].

Sin embargo, la propia Doctrina Jurisprudencial estableció un límite en el tratamiento del abono impropio, al rechazar el abono de la prisión preventiva para *causas posteriores*, por considerar que ello "*equivaldría poco menos que autorizar al sujeto para la comisión de delitos a cargar en el saldo de privación de libertad que se tiene a su favor, toda vez que el mismo, conocedor de tal situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, podría delinquir sabiendo que la pena por esa posterior infracción no habría de sufrirla, lo que obliga por evidentes razones de prevención del delito y de seguridad pública a impedir la misma; lo contrario repugna la lógica y a los fines preventivos de la pena. Por todo ello la respuesta ha de ser que solo ha de producir este abono a las causas anteriores al momento de iniciarse la prisión preventiva*". Esto quiere decir que la causa a cuya pena ha de hacerse el abono debe ser anterior a la prisión preventiva –cuyo tiempo ha de abonarse- lo que no implica necesariamente, que el nuevo delito (al que se pretende abonar) sea anterior al delito que dio origen a la primera causa.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El CP de 1995, siguiendo la jurisprudencia del TS, incluyó en la institución de abono de la privación cautelar de libertad las modalidades de abono propio e impropio. La redacción original del art. 58.1 disponía lo siguiente: "*El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad al cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa que dicha privación haya sido acordada, o en su defecto, las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que haya tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión*".

[298] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La *prisión…, cit.,* p. 288.

Finalmente la LO 15/2003 de 25 de noviembre, modificó el tenor del art. 58. Actualmente el art. 58 CP español también regula expresamente tanto el abono propio como el impropio. El numeral 2 menciona que el abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal. Asimismo, el numeral 3 señala que solo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

Así, la nueva regulación del CP español es mucho más específica, en la medida que no sólo regula la posibilidad del abono impropio sino que además establece las reglas de aplicación y ciertos límites imprescindibles.

En consecuencia, tomando como base la Doctrina Jurisprudencial española anterior a la regulación expresa del abono impropio por el CP, es de considerar que es perfectamente posible aplicar dicho criterio al ordenamiento jurídico peruano. Sobre todo por que si bien en el caso del art. 33 del CP español existía una mención expresa que parecía restringir la interpretación al abono propio, la redacción del CP peruano es mucho mas flexible en este sentido, y ofrece mayor razón para realizar una interpretación favorable al condenado que permita computar el tiempo permanecido en prisión preventiva a diversas causas, siempre que se respete el mismo límite establecido en el caso español para evitar el "saldo a favor" que "invite" al imputado a delinquir. No se puede computar una prisión preventiva sufrida con anterioridad a la causa penal que se pretende abonar.

Ahora bien, debe entenderse que el límite de una interpretación coherente del art. 47 CP peruano no sólo se limita a considerar ilegítimo el supuesto del "saldo a favor", sino que también debe recurrirse al art 275

NCPP que regula el cómputo de la prisión preventiva. En la medida que tampoco será posible el abono impropio de condena en los casos que el proceso penal en el que el imputado sufriere una prisión preventiva, haya sido declarado nulo. De hecho, una interpretación estricta de esta norma, no permitiría siquiera el abono propio, es decir, si se declara nulo el proceso y se dicta una nueva prisión preventiva en función de la misma causa, si ésta no computa a efectos del plazo asignado a la prisión preventiva, entonces se entiende que tampoco computa a efectos del abono de prisión cautelar de libertad en el caso que dicho proceso culmine con una sentencia condenatoria con carácter firme.

En el mismo sentido, pareciera que tampoco es posible aplicar el abono impropio cuando el proceso anterior en el que el imputado a sufrido una prisión preventiva, ha sido seguido ante la jurisdicción militar, y ha sido declarado nulo el proceso con el objeto de que la jurisdicción ordinaria emita –si fuera necesario- un nuevo auto de prisión preventiva, y una posible sentencia condenatoria sobre el fondo.

Sin embargo, tal como se sostuvo en el análisis del cómputo del plazo de la prisión preventiva, ambas causales para excluir el cómputo no deberían ser admitidas en un ordenamiento procesal inscrito en un Estado de Derecho. Si partimos de la base que en el Perú, la libertad constituye la regla, y su privación una excepción, es necesario establecer que ambas reglas configuran una ilegítima violación de la libertad personal, la presunción de inocencia y el debido proceso. En el Perú es posible inaplicar los numerales 2 y 3 del art. 275 NCPP, en virtud de la potestad de control difuso de las normas ordinarias que la Constitución asigna a los jueces. Y esto permite inaplicar dichas normas tanto en el marco del cómputo del plazo de la prisión preventiva, como en aquél que regula las reglas del abono de la prisión cautelar de libertad en el cumplimiento de la pena dictada en una sentencia de condena.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO TERCERO

LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

I. Aspectos generales

El Capítulo I de este trabajo desarrolla el marco general aplicable a las medidas cautelares personales del proceso penal. En él se ha intentando explicar que estas medidas deben respetar las características exigibles a una legítima limitación de derechos fundamentales; y, las cualidades necesarias para configurarlas como un instrumento estrictamente cautelar.

También se ha dicho que, en el ámbito constitucional, los dos pilares básicos en los que descansan las medidas cautelares personales son: el derecho a la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. Solo pueden perseguir el aseguramiento del proceso penal (respeto a la presunción de inocencia); y siempre, a través de una medida equilibrada, aquella que en el caso concreto es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Hasta aquí, la prisión preventiva y las medidas alternativas comparten los mismos fines y características. Pero existe una característica fundamental que también ha sido apuntada, y que se atribuye con carácter exclusivo a la prisión preventiva: si en un Estado de Derecho cualquier limitación de derechos fundamentales es excepcional –en la medida que la libertad es la regla y su limitación una excepción - en el ámbito de las medidas cautelares personales, la medida más grave que prevé el ordenamiento, la prisión preventiva, es la *ultima ratio*[1].

[1] Este razonamiento, el de la prisión preventiva como última alternativa, sin duda es aplicable al NCPP peruano, aunque para ello es necesario acudir al art. 253.3, cuando indica que la restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere *indispensable*. Sin embargo, es mucho más clara es la redacción del NCPP de Nicaragua. Art. 180.- "*Siempre que los supuestos que motivan la prisión preventiva puedan ser satisfechos razonablemente con la aplicación de otra u otras medidas personales menos gravosas para el acusado, el juez competente, de oficio o a instancia de parte,* deberá imponerlas en su lugar*, mediante resolución motivada (…)*". Es muy claro, también, el PIDCP, que también integra el ordenamiento jurídico peruano: Art. 9.3.- "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general".

La subsidiariedad de la prisión preventiva es consecuencia de la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de la libertad personal y la tutela cautelar personal. Porque si solo se analiza su eficacia o la prognosis de la posible pena a imponer –como de hecho es la práctica habitual en muchos países de nuestro entorno- la prisión preventiva se convierte en la regla general. Existe una afectación del principio de proporcionalidad, aún cuando formalmente, no se afecte la presunción de inocencia (porque su función se justifica en un propósito estrictamente cautelar: evitar la fuga y/o la obstaculización probatoria).

En esa línea, la configuración de un catálogo complejo de medidas cautelares personales como alternativas para proteger el proceso, a través de la inclusión de instrumentos preferentes a la aplicación de la prisión preventiva, también es resultado de las exigencias vinculadas a la intensidad de la limitación de un derecho fundamental y, a la correspondiente aplicación del principio de proporcionalidad (subprincipio de necesidad o mínima intervención).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Si se parte de que la presunción de inocencia no se quebranta cuando la prisión preventiva cumple una función de aseguramiento procesal, entonces la existencia de alternativas no se deduce de este principio. Es un problema de intensidad de la medida, y por ello relacionado con el principio de proporcionalidad: que se erige en la obligación de acudir a la medida menos gravosa pero capaz de cumplir el mismo objetivo[2].

Por el contrario, cuando sus fines fueran espurios, porque constituyen una genuina anticipación del Derecho penal en una fase anterior a la condena, ninguna medida limitativa de la libertad personal puede justificarse, y para arribar a dicha conclusión, no se tiene que acudir a

[2] LLOBET RODRÍGUEZ, J. *La Prisión…, cit.* p. 303; SANGUINÉ, O., *Prisión…, cit.,* p. 658. SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho…, cit.,* p. 1157.

criterios que evalúen su intensidad. La presunción de inocencia no puede ser limitada a través de medida alguna y en ninguna fase del proceso[3].

El estudio de las medidas alternativas es entonces el corolario de lo que se ha pretendido demostrar hasta este punto. La subsidiariedad de la prisión preventiva y el respeto del derecho a la libertad en un Estado constitucional no solo depende de una construcción teórica que repita *–in extremis-* su naturaleza de *última ratio* y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad o mínima intervención.

El principal drama de una sociedad que no usa, sino *abusa* de la prisión preventiva, muchas veces se ubica en la inexistencia de alternativas útiles, escalonadas, capaces de cumplir los mismos objetivos a través de una limitación menos intensa de la libertad[4] u otro derecho fundamental[5].

Cuando no existen mecanismos intermedios suficientes entre libertad y prisión, aunque se proclame retóricamente el respeto a los derechos del imputado, se está ante una declaración vacua y sin referente legal alguno[6].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[3] Por ello, cualquier medida cautelar personal que se sustente en un norma que regula objetivos como el de evitar la alarma social, la prevención de delitos, etc., supone una afectación de la presunción de inocencia. Pero en ordenamientos como el peruano (con excepción de la suspensión preventiva de derechos) cuando se justifica una medida en esas funciones, lo que existe es una aplicación ilegal de la norma, porque el NCPP no fija tales objetivos. Distinto es el caso de una medida –como sucede en la LECr española- que dispone expresamente un objetivo espurio –evitar la reiteración delictiva-. Ya no es un problema de interpretación del precepto, tiene que ver con la constitucionalidad de la norma aplicada.

[4] Es muy interesante el razonamiento de FAIRÉN GUILLÉN en relación con el ordenamiento procesal penal español: "*Y, desde luego, debe terminarse con la diferenciación tan abrupta "prisión provisional-prisión atenuada-libertad provisional con fianza-o sin fianza". Faltan escalones. Estas "medidas" pueden ser muy útiles, no como simples sustitutivas de la prisión provisional ya existente en la Ley Procesal y en el CP, sino como "medidas independientes"; esto es, que sean introducidas en la Ley Procesal sin tener en cuenta la prisión preventiva*". FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional III. La Reforma Procesal Penal 1988-1992,* Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1992, p. 381.

[5] En esta línea se ubica también la crítica de BARONA VILAR que establece que "a diferencia de otros países, España se ha caracterizado por el establecimiento de un régimen poco "alternativo" a la prisión provisional". BARONA VILAR, S., *Derecho…, cit.,* p. 511.

[6] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 496.

Pero antes de ingresar al estudio específico de las medidas alternativas, es necesario aclarar por qué esta investigación insiste en este calificativo cuando al parecer –siguiendo su propia naturaleza subsidiaria-, es la prisión preventiva la que constituye una alternativa de aquéllas[7].

Las medidas cautelares personales, son, todas alternativas para asegurar el desarrollo y resultado del proceso, independientemente de que entre todas ellas, la prisión preventiva sea *subsidiaria.* No considero que el término "alternativas" desconozca dicha condición, bien entendido, es uno que la refuerza, en tanto descarta una aplicación "por defecto" de las demás medidas cautelares personales del proceso penal.

El subprincipio de necesidad no solo se manifiesta en la aplicación de la prisión preventiva, sino, en la de cualquier medida cautelar personal del proceso penal. En la evaluación de la medida pertinente, es prioritaria o preferente siempre, la menos intensa, y subsidiaria de aquella, la siguiente en intensidad. Así, hasta arribar a la prisión preventiva como *última alternativa*. Por esta razón, este estudio insiste en que la prisión preventiva es la "última opción", pero en tanto tal, sigue siendo una *alternativa*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En consecuencia, el término "alternativas" no resta importancia a los criterios aquí esbozados, que son el verdadero núcleo de un sistema cautelar personal propio de un Estado de Derecho: la necesaria configuración de un complejo catálogo de medidas que respeten el derecho a la presunción de inocencia; y, la aplicación del principio de proporcionalidad –caso por caso- para elegir siempre la medida *indispensable*.

[7] *Ibídem. loc. cit.*

II. La Comparecencia

II.1 Medidas alternativas y Derecho Internacional

Un antecedente relevante de la comparecencia en el ámbito internacional, se ubica en la Resolución (65) 11 de 9 de abril de 1959 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que dota una serie de medidas y principios tendentes a restringir el uso de la prisión preventiva y su duración excesiva. Esta resolución propuso a los Estados miembros la sustitución de la prisión provisional por otro tipo de medidas, señalando las siguientes:

1. Permanencia vigilada en el domicilio.
2. Orden de no abandonar un lugar determinado sin autorización previa del juez.
3. Orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades.
4. Retirada de pasaporte u otros documentos de identidad.
5. Pago de fianza.
6. Emplazamiento de los delincuentes jóvenes en una institución especializada.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Fue esta una enumeración a título de ejemplo, que permitiría –en el contexto europeo- la admisión de otras medidas que pudieran llegar a considerarse como alternativas a la prisión provisional[8].

Otro antecedente importante lo constituye la Recomendación Nº R (80) 11 de 27 de junio 1980, que propone las siguientes alternativas:

1. Promesa del interesado de acudir cuando sea llamado por la autoridad judicial y de no dificultar la acción de la justicia.

[8] BARONA VILAR, S., *Prisión…, cit.,* p. 211.

2. Obligación de residir en una determinada dirección (domicilio, centro de albergue, institución especializada, etc.)
3. Prohibición de abandonar o de salir, sin autorización del juez, de un lugar o de una zona determinada.
4. Obligación de presentarse regularmente ante ciertas autoridades.
5. Retención de pasaporte o documento nacional de identidad.
6. Entrega o presentación de una caución o de otras garantías para la persona, teniendo en consideración sus posibilidades.
7. Control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial.

Más recientes son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad, conocidas como Reglas de Tokio[9], y adoptadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990 mediante Resolución 45/110. Son especialmente importantes las siguientes reglas:

La Regla 1.5 establece que los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

La 2.1, establece que las disposiciones pertinentes se aplicarán a todas las personas sometidas a *acusación*, *juicio* o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de administración de justicia penal.

La Regla 2.3 establece que, a fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal

[9] http://www.unhchr.ch

establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la *fase anterior al juicio* hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

Pero si bien las Reglas de Tokio realizan un aporte vinculado tanto a la privación de libertad como consecuencia de una sanción, como a la privación cautelar de libertad. En este último contexto, que es el que interesa a esta investigación, son fundamentales las Reglas contenidas en el numeral 6: "Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención".

> 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como *último recurso*, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.
>
> 6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.
>
> 6.3 El delincuente (sic.) tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

Las Reglas de Tokio describen los tres pilares básicos para consolidar un catálogo de alternativas capaces de asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal: la prisión preventiva como último recurso, el principio de mínima intervención –aplicable tanto a la prisión preventiva como a

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cualquier medida cautelar personal del proceso penal-, y la construcción de alternativas eficientes.

II.2 El ordenamiento procesal peruano

Sin duda la propuesta por acudir a estas vías alternativas influenció la redacción del CPP 1991. Este Código estableció restricciones muy similares a las que prevé el NCPP en el ámbito de la comparecencia restrictiva. De hecho, esta influencia se ha notado en muchos de los procesos de reforma de Código procesal penal en América Latina, que también las regulan como alternativas a la prisión preventiva[10].

Muchas de estas propuestas se incluyen en lo que el CPP 1991 y el NCPP denominan comparecencia, institución que regula un cúmulo de restricciones que pueden ser impuestas al imputado –individual o conjuntamente- para la constatación de los mismos objetivos que se pretenden con la aplicación de la prisión preventiva.

La diferencia fundamental entre la comparecencia y la prisión preventiva es que la primera configura un *status obligatorio*, y la segunda *un status de sujeción*[11]. Mientras el imputado en prisión preventiva no puede eludir la situación en que se encuentra, el imputado en libertad provisional [o comparecencia] es libre para cumplir las obligaciones que acompañan aquélla[12].

Sin embargo, desde el punto de vista funcional, de sus objetivos, no existen diferencias. Las restricciones incorporadas por el art. 188 NCPP

[10] Reforma procesal que a su vez, "es el corolario de las reformas constitucionales en América Latina que acogieron las garantías penales y procesales penales, amén de la labor realizada por los diversos Tribunales Constitucionales en estas materias". BARONA VILAR, S., "¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?", *Revista del Poder Judicial*, Nº XIX, 2006, p. 238.
[11] DEL POZZO, C. V., Introduzione allo studio della libertá personale nel processo, Milano, 1959, pp. 71-73.
[12] ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización…", *cit.,* p. 462.

también persiguen evitar la fuga del imputado y la obstaculización probatoria, y es por esta razón que se configura como una medida cautelar[13] alternativa.

La necesidad de aplicar una u otra limitación (o en su caso, aplicar una medida cautelar personal alternativa distinta a ambas), viene delimitada por la configuración de la *necesidad* de evitar un peligro procesal específico (*periculum in mora*); y, la aplicación de la regla de proporcionalidad en el caso concreto (*fumus boni iuris*).

En el Perú la doctrina califica la comparecencia como una medida cautelar personal del proceso penal que presupone una mínima constricción posible de la libertad personal[14]. Sin embargo, en el NCPP -y lo mismo ocurre con el CPP 1991- es una afirmación que debe ser recibida con algunos matices.

La comparecencia es la medida, por antonomasia, alternativa a la prisión preventiva. Cuando se dan los presupuestos necesarios para aplicar una medida cautelar personal, la prisión preventiva es la elección *subsidiaria*, y la comparecencia la medida *prioritaria,* porque sin duda se está ante una medida –que globalmente considerada- es significativamente menos intensa y cumple los mismos fines.

Pero el NCPP regula dos tipos de comparecencia: la simple y la restrictiva. En el caso de la comparecencia simple, como se intentará demostrar, en realidad no se está frente a una medida cautelar personal en sentido estricto. Porque no es una medida accesoria, provisional, ni instrumental y, porque no configura una limitación [adicional] de un derecho

[13] No ocurre lo mismo con figuras similares en otros ordenamientos. Es por ejemplo el caso del controle judiciaire francés que revela una pluralidad de funciones: medidas de vigilancia del imputado para evitar su fuga, medidas de readaptación social con neto carácter de medidas de seguridad, etc. No puede considerarse, globalmente, como una medida cautelar. *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización …", *cit.,* pp. 463-464.
[14] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho…, cit.,* p. 1157.

fundamental, con fines cautelares. Es una manifestación –legal- de que en el proceso penal la libertad constituye la regla.

La comparecencia restrictiva incorpora un cúmulo de posibilidades que pueden ser perfectamente entendidas como medidas cautelares personales independientes. El NCPP establece una serie de pautas, que denomina restricciones, que pueden utilizarse en forma individual o ser acumuladas a determinados casos específicos. Estamos frente a una figura que se asimila a la libertad provisional[15] regulada por la LECr español, la misma que siguiendo este razonamiento, ha sido calificada por un sector de la doctrina como una medida cautelar *proteica*: diferentes medidas, entre las que el Juez debe elegir, según las circunstancias concretas del caso y conjugando el principio de proporcionalidad[16].

En tal virtud, la aplicación del principio de proporcionalidad (subprincipio de necesidad) exige una doble valoración. Primero, exige una valoración en torno a la medida de comparecencia simple, determinar si la ausencia de una limitación [adicional] específica puede generar un peligro para el proceso. Descartada ésta como una situación idónea para el procesado –porque existe apariencia de buen derecho y peligro procesal-, debe analizarse la comparecencia restrictiva, frente a las demás medidas cautelares personales del proceso penal.

Es necesario establecer, primero, si alguna o varias de las restricciones que incluye la comparecencia restrictiva constituyen garantía suficiente para proteger el proceso. Si esto ocurre, será necesario aplicar alguna o algunas de las restricciones dispuestas para "neutralizar" el peligro.

---

[15] Nos referimos a la libertad provisional del ordenamiento español, no a la que fuera regulada en el CPP 1991 peruano (art. 182) que es una figura totalmente distinta, que equivale a la actual cesación de la prisión preventiva.

[16] MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Penal* (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 298.

Por el contrario, si incluso varias (o todas) las restricciones dispuestas no son suficientes, el juez deberá acudir a otra de las medidas dispuestas por el NCPP (siempre que se cumpla con los demás presupuestos), que configuran una limitación más intensa de los derechos fundamentales del imputado.

Pero como se verá, es evidente que en el NCPP este análisis también esta condicionado a que se solicite una medida específica. El Juez no puede aplicar una medida cautelar personal más intensa que la solicitada por el Fiscal, sólo puede aplicar aquélla o una menos intensa. Cuando no se solicite medida cautelar alguna, solo es posible aplicar la comparecencia simple. De ahí que la solicitud, por el Fiscal, de una medida cautelar personal específica; o cuando menos, de una medida más intensa que aquélla impuesta por el Juez, es un auténtico presupuesto de las medidas cautelares personales del proceso penal.

Al análisis de cada una de esas restricciones, sus combinaciones y el procedimiento de aplicación, se arriba en el análisis específico de la comparecencia restrictiva. Pero lo que ahora importa es que la comparecencia regula un cúmulo de instituciones: la comparecencia simple y, la comparecencia restrictiva, que se compone a su vez, de un número mucho mayor de medidas limitativas posibles. Un auténtico subcatálogo dentro del haz de medidas cautelares personales del NCPP.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.3 La doctrina jurisprudencial peruana.

Respecto de la medida de comparecencia –regulada por el CPP 1991-, la Jurisprudencia peruana señala que procede "*en defecto*" de los requisitos previstos para la prisión preventiva:

"*(…) Ante la ausencia de uno de los presupuestos para ordenar el mandato de detención* [prisión preventiva] *procede aperturar el proceso con orden de comparecencia (…)"*[17].

"*(…) El mandato de comparecencia es dictado en los casos que no procede mandato de detención, esto es, en defecto de la concurrencia de cualquiera de los siguientes presupuestos materiales: prueba suficiente, pena probable y peligro procesal (sic.*[18]*); bastando solo la ausencia de uno de estos presupuestos para que no se configure mandato de detención alguno* [prisión preventiva] *quedando expedita la vía para acceder a las demás medidas de coerción personal que los hechos y las circunstancias ameritan al caso (…)"*[19].

(…) "la medida de detención [prisión preventiva] *tiene carácter excepcional y las medidas coercitivas deben guardar proporción con la gravedad del daño causado (sic.)*[20] *, la peligrosidad del procesado; si la prognosis de la*

[17] Ejecutoria Superior de 24 de noviembre de 1998, Exp. Nº 43-98-A.

[18] El desarrollo que se ofrece a continuación de la medida de comparecencia descarta la validez de este razonamiento. El *fumus boni iuris y el periculum in mora,* son presupuestos que justifican la adopción de cualquier medida cautelar personal, incluida la comparecencia restrictiva. Esta afirmación sólo es válida para la comparecencia simple –que no constituye una medida cautelar personal- pero no es ésta a la que hace referencia la jurisprudencia citada.

[19] Ejecutoria Superior de 11 de enero de 1999, Exp. Nº 98-77-SPO1 [citado por SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho…, cit.,* p. 1158].

[20] La referencia al "daño causado" no tiene sentido, una medida cautelar personal no es una respuesta punitiva del Estado, es un instrumento cautelar. Cuando se evalúan los elementos de convicción que justifican la medida, y, la posible pena a imponer, no se evalúa el "daño", se analiza la proporcionalidad del instrumento cautelar en atención a la posible consecuencia jurídica. Una expresión que presume la existencia de un daño, y, que presume a su vez que éste ha sido causado por el imputado, viola el derecho a la presunción de inocencia, esto solo puede verificarse en la sentencia.

pena a imponérsele no supera los 4 años de pena privativa de libertad es del caso dictar orden de comparecencia (…)"[21].

Probablemente esto demuestra por qué en el Perú la prisión preventiva ha sido la "reina" de las medidas cautelares personales del proceso penal. Existe una insistencia, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en considerar que las medidas alternativas a la prisión preventiva deben ser aplicadas "en defecto de". Y aunque parezca un tema irrelevante, resulta vital para entender la insuficiente motivación y la alarmante ausencia de una cabal aplicación del principio de proporcionalidad en las resoluciones que la imponen.

Porque como se ha intentado explicar, un correcto análisis del peligro procesal y del conflicto –estatal- entre la necesidad de perseguir –eficazmente- el delito y el necesario respeto del derecho a la libertad, *exige* una evaluación que permita elegir la medida *indispensable*.

Un estudio riguroso de las medidas cautelares personales del proceso penal exige algo más que el simple hecho de insistir en la necesaria subsidiariedad y excepcionalidad de la prisión preventiva, premisa que en apariencia "repetimos" en forma automática y sin un mínimo de reflexión jurídica. Resulta curioso que siempre se repita que la prisión preventiva es excepcional, y sin embargo, nunca se trate el instrumento como tal.

No se incurre en una redundancia si se sostiene, que si la prisión preventiva es la medida subsidiaria, la última de las alternativas posibles; entonces, la comparecencia es la medida *prioritaria*. Aunque para muchos esto sea tan solo una obviedad, lo cierto es que si el legislador hubiese tenido presente este argumento, habría regulado la comparecencia de forma totalmente distinta. Y si ese dato fuera aportado, además, a la doctrina

[21] Ejecutoria Superior de 24 de noviembre de 1997, Exp. Nº 8004-97 [La Rosa Gómez de la Torre, M., Jurisprudencia del proceso penal sumario, Grijley, Lima, 1999, p. 241].

jurisprudencial, no existiría un razonamiento jurídico tan falaz y dañino como lo es sostener que "*el mandato de comparecencia es dictado en los casos que no procede mandato de detención*".

Sencillamente porque este razonamiento es fatal si lo que se pretende es edificar la hipótesis central de este trabajo: *La medida cautelar necesaria, es aquella que cumple con el objetivo de asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal, sobre la base de la limitación menos intensa posible de un derecho fundamental*.

No es necesario hacer referencia alguna a la prisión preventiva para entender la función que cumple en el proceso la medida de comparecencia, porque es según el caso, tan útil o importante como aquélla. De hecho es más importante, por prioritaria y por que cumple con una exigencia en un Estado de Derecho: optimiza la libertad individual.

Sostener que la medida de comparecencia procede "en los casos que no procede prisión preventiva[22], es lo mismo que sostener que la prisión preventiva debe ser dictada cuando no procede el mandato de comparecencia. Por lo que en realidad se está ante un auténtico razonamiento circular, una petición de principio que no aporta ninguna regla de interpretación a la construcción del razonamiento jurídico.

Lo que es peor, como ya se dijo, la comparecencia es en realidad, un cúmulo de medidas cautelares personales y en el NCPP además, existen medidas distintas a la prisión preventiva y la comparecencia. Por lo que en el

[22] El establecimiento de una regla como la descrita, puede ser perfectamente entendido como un "formato" al que recurren muchos jueces y tribunales en el Perú. Sería inútil citar las innumerables resoluciones de los distintos tribunales que acuden a dicha fórmula. Ello sin contar que es, como ya se dijo, ¡una fórmula contenida expresamente en la ley!, tanto por el CPP 1991 como por el NCPP. Sin duda, una de las principales razones por las cuales, en el Perú, muchas veces se ha "justificado" la aplicación de la prisión preventiva, solo, en la prognosis de pena. Y a su vez, la razón por la cual nunca se justifica la presencia de los presupuestos que son necesarios, también, para la aplicación de una medida alternativa.

contexto actual tal declaración ya ni siquiera es una afirmación obvia, es falaz.

Gran parte de este problema reside en una vieja costumbre de la jurisprudencia, calificar la "procedencia" o "improcedencia" de la prisión preventiva. Se insiste en hablar de la presencia o ausencia de sus presupuestos, cuando en realidad estos son dinámicos, no existe la "comprobación" de un supuesto para la aplicación de la consecuencia jurídica –que es lo que ocurre en los normas de contenido penal sustantivo- sino, la valoración de una serie de circunstancias que permiten calificar, como mucho, de *razonable* su aplicación.

La prisión preventiva se encuentra regulada en una norma que –como ha señalado el TS español- *no se basa en la comprobación de un hecho concreto y la determinación de su consecuencia jurídica, es decir: no es una norma de las conocidas como de programación condicional, en las que dado el hecho se debe aplicar la consecuencia jurídica.* [Su] *aplicación no depende de la comprobación de un hecho, sino de la formulación de un pronóstico –a partir de los hechos– sobre el comportamiento futuro de una persona. Se trata, en consecuencia, de una disposición legal para cuya aplicación el legislador concede a los tribunales un margen de apreciación dentro del cual deben ser ponderadas las circunstancias con el fin de fundamentar una decisión respecto de los medios legales adecuados para lograr un determinado fin*[23].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[23] STS español 5975/2002, de 23 de julio (FJ 1°).

En este sentido, las medidas cautelares personales se sustentan en pronósticos sobre un comportamiento futuro, y la limitación del derecho fundamental se materializa en un instrumento que puede ser proporcional al caso concreto, razonable, apropiado. Si el juicio de valoración respeta la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, si el pronóstico se encuentra justificado en la motivación y, si todos los presupuestos se asientan en criterios objetivos y en datos constatados, la medida cautelar personal ha sido correctamente utilizada. Cuando la medida se encuentra debidamente justificada, no significa que esta procede "en defecto de" o "frente a la ausencia de". Es, según los datos aportados al proceso, la medida *necesaria*. No reemplaza, ni sustituye, ni es más o menos usual, importante, justa o injusta. Simplemente es la que de forma razonable, cumple con el objetivo.

II.4 La Comparecencia simple

II.4.1 ¿Una medida cautelar personal del proceso penal?

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La comparecencia simple se encuentra regulada en el art. 286 NCPP. El numeral 1 señala que el Juez de la Investigación Preparatoria *dictará* mandato de comparecencia simple si el Fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el art. 266. El numeral 2 sostiene que también *lo hará* cuando, de mediar requerimiento Fiscal, no concurran los presupuestos materiales previstos en el art. 268 (presupuestos de la prisión preventiva).

Completa su regulación el art. 291.1 que señala que el Juez *prescindirá* de las restricciones previstas en el art. 288 (comparecencia restrictiva), cuando el hecho punible denunciado esté penado con una "sanción leve" o "los actos de investigación no lo justifiquen".

En tal virtud, la comparecencia simple está delimitada negativamente. La Doctrina[24] y el propio NCPP (art. 286) sostienen que ésta procede cuando no corresponde prisión preventiva, pero bien es cierto que esto también se predica de la comparecencia restrictiva y las demás medidas cautelares personales. La diferencia radica en que la comparecencia simple, cuando se cumplen determinadas condiciones, constituye una medida *obligatoria*, su regulación incorpora un "mandato".

Esto se explica claramente por la naturaleza preceptiva de los términos elegidos por el NCPP para establecer cuándo debe ser utilizada: "*dictará*" (286.1 NCPP), "*lo hará*" (286.2 NCPP) y "*prescindirá*" (291.1NCPP); a diferencia de las demás medidas personales del proceso penal, cuya construcción demuestra que su aplicación es siempre de carácter potestativo o facultativo[25].

Por otro lado, volviendo al art. 286, el numeral 1 indica que la comparecencia simple se puede aplicar cuando el Fiscal no solicite prisión preventiva –u otra medida cautelar-. Lo que quiere decir que no sólo es obligatorio aplicarla cuando se cumpla con alguna de las condiciones establecidas, también los es cuando no exista un requerimiento fiscal específico (por lo que en realidad, ésta constituye una tercera condición). Entonces, es una "medida" coercitiva que, en contra de lo que dispone el art. 255 NCPP, puede ser aplicada de oficio.

[24] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho…, cit.,* p. 1159.

[25] Es la única "medida" que presenta esta construcción. El art. 268.1 NCPP –prisión preventiva- indica que el Juez "podrá" dictar mandato de prisión preventiva. El art. 287.1 –comparecencia restrictiva- menciona que se impondrán las restricciones "siempre que" el peligro de fuga u obstaculización pueda evitarse. El art. 293.1 –internación preventiva- utiliza la frase "el juez podrá ordenar". El art. 295.1 –Impedimento de salida- establece que el Fiscal "podrá solicitar" la medida; y, además, se establece que su utilización debe ser "indispensable". Finalmente, el art. 297 –suspensión preventiva de derechos- menciona que el juez "podrá dictar" medidas de suspensión preventiva de derechos. En todos los casos es una facultad del juzgador, propia de un ejercicio que involucra un pronóstico, que no se apoya en normas de programación condicional. En el caso de la comparecencia simple es una norma de carácter imperativo. La medida es obligatoria cuando el delito denunciado esté penado con una sanción leve o, cuando los actos de investigación aportados al proceso no lo justifiquen [no justifiquen la comparecencia restrictiva]. También es obligatoria –como se verá- cuando el Fiscal no solicite una medida específica.

Si hacemos un recuento de lo que se ha venido sosteniendo hasta aquí, es materialmente imposible que una medida cautelar personal del proceso penal se aplique de oficio y en forma obligatoria, todas ellas requieren una solicitud fiscal, una audiencia contradictoria previa, y una motivación que las justifique (art. 255 NCPP)[26]. La evaluación de la apariencia de buen derecho y el peligro procesal; la necesaria motivación de la resolución; la exigencia de utilizarla sólo en casos estrictamente necesarios (imprescindible); el requisito de postulación de parte; etc., exigen que ninguna medida cautelar sea obligatoria. De lo contrario, es imposible verificar su carácter instrumental, incluso, su provisionalidad.

Por lo tanto, cuando se sostiene que la comparecencia simple es –en determinados supuestos- una medida obligatoria; y, la única que puede ser aplicada sin previa solicitud y audiencia contradictoria; es porque no constituye una medida cautelar personal del proceso penal. Esto es lo que se intenta demostrar a continuación.

El primer dato que debe evaluarse en el ámbito de las medidas personales es, cuál es la limitación al derecho fundamental que ésta incorpora. El art. 291.2 NCPP menciona que la infracción a la comparecencia [simple] en los casos que el imputado sea citado para su declaración o para otra diligencia, determinará la orden de ser conducido compulsivamente por la policía. La obligación consiste entonces en la orden de comparecer ante la autoridad judicial o fiscal las veces que el imputado sea llamado[27] y siempre que su asistencia sea imprescindible.

Existe una restricción de la libertad, o acaso, de la autonomía del imputado, en la medida que su libertad de tránsito se ve limitada, porque en determinados supuestos, *debe* acudir al llamado de la autoridad –judicial o

[26] Obviamente no me refiero a las que el propio art. 255 excluye (vgr. detención), que no forman parte de este estudio.
[27] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.*, p. 500.

fiscal-. Incorpora un deber, al punto, que su incumplimiento acarrea una consecuencia específica: una privación provisionalísima de la libertad, la *conducción compulsiva*.

En este orden de ideas, podría alegarse que es una auténtica medida cautelar personal, si se atiende a la existencia de: una imputación penal –la comparecencia solo puede dictarse luego de la formalización de la investigación- que podría configurar un *fumus boni iuris* específico; un peligro procesal, vinculado al riesgo de que se frustre un acto procesal específico; y, una limitación, concretamente y como ya se dijo, la obligación de acudir al llamado de la autoridad.

Pero eso no basta. Las medidas cautelares personales del proceso penal, además *deben* ser accesorias, instrumentales y provisionales[28], y un dato fundamental para ubicar estas características es verificar si la limitación, la "obligación" de asistir al llamado de la autoridad, es consecuencia de una decisión cautelar, o forma parte de los deberes que asume cualquier imputado en la sustanciación de una investigación preparatoria.

Los ciudadanos que se encuentran sometidos a un Estado de Derecho, asumen una serie de derechos y obligaciones que guardan una estrecha relación con los roles y situaciones que asimilan en una determinada sociedad, en un tiempo y circunstancias determinados, a través de reglas específicas: el ordenamiento jurídico.

[28] Es muy interesante en este sentido el análisis realizado por ORTELLS RAMOS, y sin duda ha sido tomado como referencia (aunque bien es cierto, con algunas diferencias importantes), para el concepto de instrumentalidad utilizado en esta investigación. Resulta especialmente importante –para entender lo que aquí se sostiene- el análisis que realiza este autor, en relación con la prueba anticipada y su posible condición de medida cautelar. *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización…", *cit.,* p. 468 – 482.

La autonomía de la voluntad de los individuos se ve sometida a un conjunto de normas, que regulan distintos espacios de la vida en sociedad, y evidentemente, no constituyen limitaciones a la libertad que se aplican en situaciones determinadas, por una autoridad estatal y con fines instrumentales. Son, deberes y obligaciones que se asumen desde la propia constitución del Estado.

No es lo mismo establecer derechos y obligaciones al propietario de un bien, que disponer un acto de expropiación justificado en un caso concreto. El conductor de un vehículo a motor debe cumplir con una serie de obligaciones (no conducir en estado de ebriedad, usar cinturón de seguridad, respetar las señales de tráfico, etc.); la asunción de ciertos deberes constituye un límite a su autonomía, pero no es posible comparar ello con la suspensión de la licencia de conducir a raíz de la aplicación de una medida cautelar en un proceso penal o administrativo.

En el mismo sentido, un sujeto que se encuentra imputado por la supuesta comisión de un delito asume un importante número de deberes procesales. Cuando adquiere la condición de imputado, también adquiere, como ocurre con la diversa cantidad de roles que se pueden ejercer en sociedad, obligaciones, e incluso puede recibir alguna sanción durante el proceso penal si las incumple. Pero no puede confundirse esto con la existencia de una medida limitativa que se produce como consecuencia de una resolución cautelar y con un objetivo de carácter instrumental y accesorio, que no es otro que asegurar el proceso principal.

De ahí que la diferencia, fundamental, entre la reacción jurídica frente al incumplimiento de obligaciones procesales –del proceso principal- y la acción jurídica que se genera como consecuencia de la aplicación de una medida cautelar –resolución cautelar-; es que la primera es aplicable a cualquier ciudadano que se encuentre sometido a un proceso penal. La

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

segunda, sólo puede aplicarse luego de una valoración específica del riesgo.

Las obligaciones del proceso forman parte del expediente principal, porque se integran en la propia imputación penal que da origen al mismo y, se rigen por las reglas aplicables a cualquier imputado. En cambio, las medidas cautelares del proceso penal, en tanto limitación adicional específica y accesoria, incorporan obligaciones que se sustentan en una motivación expresa, atribuibles al imputado en forma específica. Si se asume que toda medida cautelar incorpora obligaciones específicas, garantías para su cumplimiento, duración expresa, controles estrictos, etc.; entonces, se arriba a la conclusión que la resolución cautelar define una situación personal perfectamente individualizada.

La resolución cautelar no justifica la limitación de derechos del individuo solo en la existencia de reglas, sino, en reglas que obligan a expresar los motivos específicos que exigen una acción determinada para reforzar la tutela de un interés del Estado, que de otra forma, no podría ser satisfecho.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Entonces, siguiendo la descripción del art. 291.2 NCPP ya apuntada, se debe analizar si la obligación y la correspondiente consecuencia jurídica frente a su incumplimiento [conducción compulsiva][29], forma parte de una resolución cautelar específica, o se configura por la propia existencia de una investigación penal.

De conformidad con el art. 79.1 a) NCPP, el juez –a requerimiento del Fiscal o de las demás partes-, previa constatación, declarará contumaz al imputado cuando de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener

[29] Consecuencia jurídica que puede ser entendida antes que como una coerción cautelar, como una de carácter represivo, lo que también constituye un dato fundamental para descartar su naturaleza cautelar. *Vid.* CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal Civil y Penal, II. Principios del Proceso Penal,* cit., p. 170.

conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales. El art. 79.2 menciona a su vez, que declarará ausente al imputado cuando se ignore su paradero y no exista evidencia que estuviera conociendo el proceso. El auto que declara la contumacia o ausencia debe ordenar su *conducción compulsiva.*

El art. 337.3 NCPP señala que el Fiscal –durante la investigación preparatoria- puede disponer la concurrencia del imputado que se encuentre en disponibilidad de informar circunstancias útiles para los fines de la investigación. Señala esta norma que el imputado está *obligado* a comparecer ante la Fiscalía y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación. Su inasistencia injustificada también determina su *conducción compulsiva*.

Estas normas son algunos de los ejemplos del NCPP, que demuestran que el imputado (o denunciado, según el caso) puede ser conducido compulsivamente siempre que su presencia para declarar o para realizar otro acto procesal sea obligatoria (lo que no debe confundirse con la obligación de decir la verdad o "colaborar con la justicia").

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esto indica que la obligación de asistir a las diligencias y, la correspondiente conducción compulsiva que es consecuencia de su incumplimiento, se produce incluso, cuando no haya sido dictado un "mandato de comparecencia simple"[30]. La obligación nace con el inicio de la investigación preparatoria, no, a raíz de una medida cautelar específica.

[30] REYES ALVARADO opina lo siguiente en relación con la comparecencia simple regulada por el NCPP: "*No es necesario que se establezca expresamente que el imputado se encuentra sujeto a ese mandato [comparecencia simple] toda vez que la consecuencia de infringir esta medida se da aun cuando no haya sido dictada*". *Vid.* REYES ALVARADO, V.R., "Las medidas de coerción…", cit., p. 193. Siguiendo este razonamiento, si la consecuencia [conducción compulsiva] se da aun cuando no haya sido dictada la comparecencia simple, quiere decir que no se da cuando se infringe la medida, sino, cuando se infringen deberes procesales que se exigen a cualquier imputado [incluso deberíamos decir investigado, porque es una obligación que también se extiende a aquellas personas que no han sido objeto de una formalización de la investigación preparatoria, y pueden ser conducidas en forma compulsiva, incluso, durante las diligencias preliminares].

Nace con el proceso, no es producto de una decisión jurisdiccional que *refuerza, colabora*, con el aseguramiento de su desarrollo y resultado.

Además, la provisionalidad de las medidas cautelares personales del proceso penal indica que la valoración (constante) de los presupuestos obligan a levantar la medida cuando las condiciones que la motivaron han desaparecido. Sin embargo, esto no ocurre con la comparecencia simple, esta se mantiene mientras dura el proceso principal. Porque aún cuando fuera "levantada", las obligaciones que supuestamente impone seguirán vigentes. Entonces, la comparecencia simple carece de dos características esenciales de las medidas cautelares de naturaleza personal: la instrumentalidad (accesoriedad) y la provisionalidad.

En consecuencia, no se está frente a una medida cautelar específica[31], tan solo ante la "comunicación" al imputado, de la inexistencia de una medida cautelar personal en su contra, porque el juez asume que ésta no es necesaria, que el imputado cumplirá con sus obligaciones procesales –las obligaciones que hemos descrito y que forman parte del *status* del imputado antes y después de que se declare la comparecencia simple-. O, porque en el análisis de la apariencia de buen derecho, el juez asume que cualquier medida cautelar personal –ya sea por ausencia de indicios o por que la sanción que se pretende asegurar es ínfima- resultaría desproporcionada.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[31] En el mismo sentido se pronuncia MÁLAGA DIÉGUEZ en relación la libertad provisional incondicionada del ordenamiento procesal penal español: "*Tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, por el contrario, la excepcionalidad que caracteriza a las medidas cautelares determina que, como regla general, el imputado debe encontrarse en una situación de libertad plena, sin otra obligación que la de comparecer ante el órgano jurisdiccional cuando sea llamado (vgr. para ser interrogado para un careo, para asistir a una vista o diligencia, etc.). De este modo, deviene innecesario distinguir esa situación de la libertad incondicionada, que no constituye una medida cautelar (…)*". p. 225-226. La comparecencia simple sería el equivalente a la libertad incondicionada, una situación que, como señala el autor, no constituye una medida cautelar, porque la única obligación que exige es la de acudir al llamado del órgano jurisdiccional, ni siquiera existe una obligación de comparecencia apud acta.

Se expresa así un principio fundamental en un Estado de Derecho, la *situación* del imputado es la libertad plena, la regla general, y la aplicación de una medida cautelar personal –incluso la menos intensa- es la excepción[32].

En conclusión, la comparecencia simple no constituye una medida cautelar personal en el proceso penal peruano:

En primer lugar, porque como se verá, sus presupuestos [aunque más que presupuestos es correcto hablar de condiciones] son la *inexistencia* de *fumus boni iuris* o *periculum in mora.*

En segundo lugar, siguiendo el razonamiento anterior, una medida cautelar nunca puede aplicarse en forma obligatoria, su aplicación debe ser el resultado –como sucede siempre con las medidas cautelares personales- de una evaluación por comparación. La comparecencia simple en cambio, puede ser consecuencia, ahora sí, de una norma de programación condicional. Cuando la sanción [prevista] es una de carácter leve, cuando los actos de investigación no justifican una medida cautelar personal; o, cuando el Fiscal no solicita una medida específica, es una consecuencia *inmediata*, *obligatoria.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[32] No obstante, en lo que queda de este estudio, seguiré denominándole medida e insistiré en que debe ser "aplicada" luego de la formalización de la investigación. Con esto no reconozco su condición de medida cautelar personal, ni siquiera en forma indirecta. Insisto en el término medida, porque sigue constituyendo una acción de comunicar la inexistencia de una medida limitativa específica, la declaración de una situación procesal. En lo relacionado a que dicho estado debe ser declarado luego de la formalización de la investigación, insisto en esa postura porque si bien es cierto que el art. 338.4 indica que el fiscal debe formalizar la investigación antes de solicitar las medidas coercitivas, aun cuando la comparecencia no es una medida coercitiva, lo cierto es que también se debe declarar su inexistencia -que es lo que supone la comparecencia simple- en dicho momento.

II.4.2 Condiciones

La redacción de la comparecencia simple en el NCPP (art. 286), regula en un sentido negativo los presupuestos de la comparecencia restrictiva. Porque al constituir ésta la medida limitativa más benigna del ordenamiento procesal –la comparecencia simple no es una medida cautelar personal- lo que nos indica el NCPP, es que cuando no es necesario aplicar la comparecencia restrictiva, la situación del imputado debe ser la libertad (comparecencia simple).

Entonces, no es la existencia de ciertos presupuestos lo que obliga a aplicarla, sino, su inexistencia. Concretamente, la ausencia de los presupuestos que justifican cualquier medida cautelar personal del proceso penal: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora.* Y es por esta razón que aquí se prefiere utilizar el término "condiciones".

1. Ausencia de *Fumus boni iuris*

1.1 Sanción leve

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el análisis de la regulación de la prisión preventiva, se sostuvo que el límite penológico forma parte del *fumus boni iuris,* porque no solo se requiere la existencia de fundados elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, además, es necesario que dicha vinculación arroje, una alta probabilidad de sancionarlo con una pena privativa de libertad superior a 4 años.

Las demás medidas cautelares personales del proceso penal, también pueden fijar un límite a la entidad de la sanción que puede recaer en la sentencia. Éste límite será menos intenso –porque la medida cautelar es menos intensa- pero no significa que no exista. El art. 286 *exige* la aplicación

de la comparecencia simple cuando la sanción prevista es una de carácter leve. Lo que significa que la comparecencia restrictiva solo procede cuando el hecho denunciado prevé una pena que *supere* la condición de "sanción leve".

Ninguna limitación cautelar de derechos fundamentales se justifica cuando la sanción que se prevé resulta tan leve, que incluso existe la posibilidad que al momento de la (posible) sentencia condenatoria, no se aplique limitación alguna. Es obligatorio dictar comparecencia simple, incluso, cuando existan fundados elementos de convicción acerca de la responsabilidad penal del imputado y, exista peligro procesal, ya que el principio de proporcionalidad impide una extralimitación de este tipo[33].

Lo que ocurre es que el art. 291 NCPP no indica qué es lo que debe entenderse por "sanción leve". El juez debe dotar de contenido dicha mención en forma razonada y acudiendo a un análisis sistemático de las normas del CP y el NCPP.

En principio, debe tomarse como referencia el art. 268.1.b) NCPP en el sentido que una pena leve debe ser inferior a 4 años de pena privativa de libertad[34]. Pero esto no ofrece ninguna luz en la definición porque ya sabemos que, en la medida que es imposible aplicar la prisión preventiva cuando la pena a imponer sea inferior a 4 años, entonces, por debajo de ese límite pueden operar tanto la comparecencia simple como la restrictiva (entre otras), y esto no soluciona el problema, aquí se intenta resolver cuándo se debe utilizar la primera y, en qué circunstancias puede utilizarse la

[33] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 500.
[34] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho…, cit.,* p. 1160. Quien sostiene –en relación con el CPP 1991- que se considera hecho punible leve cuando la sanción conminada en abstracto no supera, en ningún caso, los cuatro años de privación de libertad, porque en estos supuestos la posibilidad de una pena privativa de libertad efectiva es de difícil imposición por cuanto cabe suspender la ejecución de la pena (art. 57.1 CP), reservar el fallo condenatorio (art. 62.1 CP) o convertir la pena privativa de libertad a multa, prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres (art 52 CP).

segunda. Lo mismo es aplicable al impedimento de salida, que fija el límite penológico en 3 años (art. 295.1 NCPP).

Si la sanción leve involucra aplicar, obligatoriamente, la comparecencia simple, es por que se entiende que la limitación que se espera dictar en la sentencia es inferior –en intensidad- a las restricciones que impone la comparecencia restrictiva. En principio, siempre que sea estrictamente necesario, es posible aplicar la comparecencia restrictiva cuando la sentencia condenatoria pueda suspender la ejecución de la pena (art. 57 CP) o reservar el fallo condenatorio (art. 62 CP); en la medida que la consecuencia jurídica que se desprende al aplicar ambas instituciones involucra reglas de conducta (arts. 58 y 64 CP)[35] de una intensidad igual o inferior a las restricciones del art. 288 NCPP.

Entonces, la mejor referencia a la que se puede acudir para definir el concepto de "sanción leve", y por lo tanto, establecer la obligación de aplicar comparecencia simple, es el art. 68 CP, que establece la posibilidad de eximir la sanción en los casos que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de 2 años; o con pena limitativa de derechos; o multa[36]. Es lógico que el ordenamiento procesal acuda a límite descrito por la institución penal que exime de sanción al imputado[37].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[35] La suspensión de la ejecución de la pena puede operar cuando la condena se refiera a una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años (art. 57.1 CP); e involucra las siguientes reglas de conducta: prohibición de frecuentar determinados lugares, prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización del Juez, comparecer al Juzgado y reparar los daños ocasionados por el delito (art. 60 CP). La reserva del fallo condenatorio procede cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad de 3 años o con multa (art. 62.1 CP), e involucra las siguientes reglas de conducta: prohibición de frecuentar determinados lugares, prohibición de ausentarse del lugar de residencia, comparecer mensualmente al Juzgado, reparar los daños ocasionados por el delito, que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito, y las demás reglas que el Juez estime pertinentes (art. 64 CP).

[36] Si bien el art. 68 CP exige además, que la responsabilidad del agente sea mínima, ello no es relevante a efectos de aplicar la comparecencia simple, porque lo que interesa es fijar un límite penológico abstracto. El supuesto de "sanción leve" y el de insuficiencia de actos de investigación no son concurrentes.

[37] Esta interpretación la confirma la redacción del art. 52 CP, que permite convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo. Las penas privativas de libertad no mayores de 4 años, de conformidad con la misma norma, solo se pueden convertir en

El caso de la pena de multa es el más claro, es evidente que la comparecencia simple en estos casos siempre es obligatoria, incluso cuando no exista posibilidad de aplicar una exención de pena, porque en aquellos procesos por delitos que no llevan aparejada directamente pena de privación o restricción de libertad, el imputado no puede durante su tramitación, amparado por la presunción de inocencia [y el principio de proporcionalidad], sufrir una aflicción mayor que la que en definitiva cupiera imponerle con la pena establecida en la sentencia firme[38].

A diferencia del límite penológico de la prisión preventiva, el art. 291.1 no exige una "prognosis de la sanción". Al exigir que "el hecho denunciado esté penado con una sanción leve", se debe acudir a la pena conminada o abstracta, basta con verificar cuál es la pena máxima prevista para el delito denunciado[39].

1.2 Actos de investigación que no justifiquen la comparecencia restrictiva

Tal como sucede con la prisión preventiva, en la comparecencia restrictiva el *fumus boni iuris* también involucra dos componentes. Además del límite penológico analizado, debe existir cierta "base fáctica", indicios que revelen no solo la existencia de un delito, además, la posible

prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres; por lo que sigue existiendo un cierto grado de proporcionalidad. En el caso de penas inferiores a 2 años, está claro que no.

[38] MORENO CATENA, V. *Derecho…, cit.,* p. 300.

[39] A mi juicio no son aplicables los arts. 45 y 46 (incluidos el 46-A, 46-B y 46-C). El juez no necesita valorarlos porque en realidad, esto solo ocurre en un "pronóstico" que solo exige la prisión preventiva. El caso del concurso real (art. 50 CP) es distinto, si se diera el caso que la imputación involucre una pluralidad de delitos cuya pena es inferior a los dos años, es evidente que las sumas de estas penas no atienden a una concepción estricta de individualización de la pena, sino, evidentemente configuran una pena abstracta superior (o incluso muy superior) a dos años. Lo mismo puede decirse del concurso real retrospectivo (art. 51 CP). El caso del concurso ideal (art. 48) es mucho mas complicado, porque al ser una norma de carácter potestativo (se reprimirá con el máximo de la pena más grave pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte), requiere una individualización, un pronóstico, y todo indica que el incremento que regula la norma se encuentra vinculado a hechos graves.

responsabilidad del imputado en aquél, en calidad de autor o partícipe. Exigencia que es menor a la de la prisión preventiva, que requiere "elementos de convicción" que arrojen una alta probabilidad de sancionar al imputado.

El art. 268 utiliza la conjunción disyuntiva "o", por lo que esta condición y la anterior no son concurrentes. Cada condición por sí sola, no solo justifica, exige la aplicación de la comparecencia simple.

Lo que queda por demostrar es qué es lo que debe entenderse por actos de investigación que no justifiquen la aplicación de la comparecencia restrictiva. Para ello es necesario acudir a los arts. 336.1 y 338.4 NCPP. El art. 338.4 NCPP señala que el Fiscal sólo puede solicitar medidas coercitivas luego de formalizar la Investigación Preparatoria. El art. 336.1 indica que se podrá formalizar la investigación preparatoria cuando –de la denuncia, el Informe Policial o las Diligencias Preliminares- aparezcan indicios reveladores de la existencia de un delito.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esto indica que debe trazarse una diferencia entre los indicios reveladores de la existencia de un delito que justifican la imputación formal y, los actos de investigación que autorizan la aplicación de una medida cautelar personal. Sobre todo si se toma en cuenta que la formalización de la investigación (la imputación formal) no sólo exige indicios reveladores, exige también, una cierto sustento que permita al menos presumir, que es *posible que* el imputado sea declarado responsable (suficientes elementos)).

El NCPP no aporta un criterio específico que permita esclarecer esa diferencia, no existe una definición precisa, como en el caso de la prisión preventiva. Sin embargo, aquí se entiende que el Juez debe insistir en dotar de contenido dicha mención, para eso deberá acudir a un análisis de los actos de investigación cuyo resultado en cada caso deberá arrojar un pronóstico que puede ubicarse en una línea que nace en la "posibilidad" de

una condena, pasa por la "probabilidad", y culmina en un estadio cercano a la "certeza".

Es cierto que a la certeza sólo se arriba en la sentencia condenatoria (cualquier otra concepción viola la garantía de presunción de inocencia) y, que en sede cautelar, se aplicará la prisión preventiva cuando el pronóstico involucre altas probabilidades de condena. Por lo que es a partir de esos criterios que deberá interpretarse el presupuesto para poder aplicar la comparecencia restrictiva; y en su caso, la condición para declarar –obligatoriamente- la situación de comparecencia simple.

Cuando la evaluación del soporte fáctico, se encuentre muy cercano a la posibilidad o "suficiencia", al cumplimiento del requisito mínimo exigible para formalizar la investigación preparatoria (en los casos que por ejemplo, solo existen la denuncia y la declaración de la víctima), se deberá declarar la comparecencia simple. Cuando exista un sustento probatorio de la existencia de, por lo menos, la *probabilidad* de una sentencia condenatoria, podrá aplicarse una medida cautelar personal, siempre que además, la sanción que se espera no sea leve, exista peligro procesal y, la medida haya sido solicitada por el Fiscal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2. Ausencia de *periculum in mora*

El *periculum in mora* constituye un presupuesto fundamental en la aplicación de cualquier medida cautelar personal del proceso penal, por lo tanto, su ausencia también obliga a aplicar la comparecencia simple.

Para dotar de contenido a esta figura es imprescindible realizar un análisis del art. 287.1 NCPP, el cual menciona que se impondrán las restricciones previstas en el art. 288 (comparecencia restrictiva) *siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad puedan razonablemente evitarse*.

De esta norma se desprenden dos datos; el primero, que para aplicar la comparecencia restrictiva es necesario evaluar su eficacia en el caso concreto. El ordenamiento procesal admite aplicar una medida más intensa que la comparecencia restrictiva –siempre que el Fiscal la solicite y se cumpla con los demás presupuestos- en aquellos casos en los que las restricciones sean insuficientes para evitar el peligro. El segundo, el hecho que también admite una lectura en un sentido positivo: si la comparecencia restrictiva debe ser "capaz" de evitar el *periculum in mora*, entonces, también es cierto que solo puede ser impuesta frente a la presencia del mismo.

Y es aquí donde entra en juego el art. 291.1 NCPP. Si se entiende que los actos de investigación aportados deben "justificar" la comparecencia restrictiva u otra medida cautelar personal, es porque el Juez no debe limitar su análisis a la apariencia de buen derecho. También es necesario verificar que aquellos actos de investigación reflejan la existencia de un peligro procesal, circunstancias personales del imputado y del caso particular, que permitan colegir que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por ello es fundamental volver al concepto de instrumentalidad desarrollado en esta investigación. No tiene ningún sentido aplicar (o mantener) una medida cautelar personal penal, si no se está frente a la presencia de un peligro para el proceso, en tanto es solo la *necesidad* de evitarlo, lo que justifica su imposición. Y este razonamiento es otro que confirma que la comparecencia simple no es una medida cautelar personal.

Para determinar inexistencia de un peligro procesal, deben evaluarse los criterios establecidos en los arts. 269 y 270 NCPP[40]. Si se está frente a un sujeto que no representa peligro alguno para la investigación (sea por que es un sujeto plenamente arraigado, una conducta procesal intachable, ausencia de antecedentes, etc.); no es necesario aplicar una medida cautelar personal específica, porque la medida cautelar no se corresponde con un régimen de "merecimiento", ni se limita a una evaluación de la entidad de la (posible) sanción, esto la confundiría con una pena anticipada.

En tal virtud, los actos de investigación también permiten dilucidar la existencia o inexistencia de un peligro procesal específico. Si éste no existe o es mínimo, independientemente de la entidad de la sanción y el *fumus boni iuris,* debe descartarse la utilización de una medida cautelar personal, o lo que es lo mismo, se debe aplicar la comparecencia simple. Al no constituir condiciones concurrentes, la ausencia de peligro procesal es suficiente para aplicar la comparecencia simple, no es necesario que concurra con la falta de apariencia de buen derecho, y viceversa.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[40] Por lo tanto esta investigación remite al lector al análisis de dichos criterios en el ámbito de la prisión preventiva (Vid. Capítulo II). Las causas que permiten identificar el peligro procesal que pretende evitar la comparecencia restrictiva (y cualquier otra medida alternativa) no son ni tienen que ser distintas. Una vez que la autoridad judicial define la presencia de un peligro procesal en el caso, sobre la base de esos criterios, debe analizar qué medida cautelar permite neutralizarlo. Y si son varias, utilizar la menos intensa –tomando como referencia, además, cuál ha solicitado el fiscal-. Y esto es así porque la prisión preventiva y las medidas alternativas persiguen los mismos fines. Los arts. 269 y 270 son útiles para dotar de contenido las funciones aplicables a todas las medidas cautelares del NCPP.

II.4.3 Procedimiento

El art. 286 menciona que el Juez de la Investigación Preparatoria *dictará* mandato de comparecencia simple si el Fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el art. 266[41].

El art. 266 NCPP regula la figura de "convalidación de la detención"[42] lo que significa que el NCPP intenta dotar de claridad a la situación del detenido, de tal forma que al vencimiento del plazo, se decida expresamente sobre su situación personal.

Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente (art. 330.2). La detención es la medida coercitiva destinada a asegurar esta etapa.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Entonces, el plazo de las Diligencias Preliminares tiene directa relevancia en la situación del detenido, porque al término del mismo, el

[41] En el análisis anterior, el de las condiciones, se describe este supuesto porque no es en sentido estricto, un presupuesto formal. En la medida que no debe cumplirse con una formalidad procesal –la solicitud del Fiscal- sino que por el contrario, la *condición* es su inexistencia, que obliga a dictar la comparecencia simple. Sin embargo, ocurre que también es necesario evaluar esta condición en el ámbito del procedimiento, porque es vital determinar cuándo la comparecencia simple es una medida obligatoria, esto es, cuál es el momento en el que se entiende que el Fiscal ha perdido –inicialmente- la oportunidad de solicitar una medida cautelar personal específica.

[42] El art. 266 permite que una vez vencido el plazo de detención preliminar el Fiscal si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, debe poner al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención, que tiene una duración –adicional- de 7 días naturales. En caso contrario debe disponer la inmediata libertad. Esta figura no es aplicable a los detenidos por delitos de terrorismo, espionaje o Tráfico ilícito de drogas, en la medida que éstos delitos disponen un plazo de detención de 15 días. De acuerdo al propio art. 266 NCPP, el Juez al término de la detención de 15 días o al término de la convalidación de la detención para delitos ordinarios, debe decidir la imposición de la prisión preventiva u otra medida alternativa, al momento de formalizar la investigación.

Fiscal –si lo considera necesario- formaliza la investigación preparatoria y solicita las medidas cautelares pertinentes. Por esta razón resulta vital la obligación de dictar mandato de comparecencia simple cuando el Fiscal no solicite una medida cautelar personal específica. Permite evitar una prolongación ilegal del mandato de detención.

Pero el art. 266 –al que hace referencia el art. 286- también describe el plazo de detención –de 15 días- para los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje. Lo que quiere decir que, si finalizado éste, el Fiscal no solicita una medida cautelar específica al formalizar la investigación, también es obligatorio declarar la comparecencia simple.

En el caso del plazo de detención ordinario que no ha sido convalidado, el art. 264.1 dispone que al término de las 24 horas, el Fiscal *decidirá* si ordena la libertad del detenido, o si, comunicando la continuación y formalización de la investigación preparatoria, solicita prisión preventiva u otra medida alternativa. Sin embargo, se ha demostrado que la comparecencia simple no constituye una medida limitativa adicional –distinta a las obligaciones procesales que adquiere cualquier imputado- razón por la cual se entiende que al término de las 24 horas en realidad el Fiscal tiene, no dos, sino tres opciones. Otorgar la libertad del detenido y continuar con las Diligencias preliminares; formalizar la investigación y solicitar una medida cautelar personal para asegurar el proceso; y, formalizar la investigación y no solicitar medida cautelar alguna. En éste último caso el Juez también está obligado a declarar la comparecencia simple[43].

Y siguiendo esa línea argumental, lo mismo debería ocurrir con el denunciado que no fue sometido en ningún momento a detención, o con aquél que permaneció 24 horas en calidad de detenido y al que luego se le

[43] Existe una "cuarta opción", que el Fiscal solicite la "aplicación" de la comparecencia simple. Pero en realidad, esto equivale a no solicitar medida alguna, en ambos casos es obligatorio que e Juez declare dicha situación.

otorgó la libertad. Se debe declarar la comparecencia simple siempre que al momento de la formalización de la investigación, no se solicite una medida cautelar personal específica. O, cuando solicitada, el Juez verifique la inexistencia de *fumus boni iuris o periculum in mora*.

Declarar la comparecencia simple no involucra impedimento alguno para solicitar luego una medida cautelar personal. La variabilidad de las medidas cautelares personales –en tanto instrumentales- permite solicitarlas en cualquier momento del proceso y siempre que cumplan una función específica, se encuentren debidamente justificadas y sean proporcionales al objeto que se persigue. No existe ningún obstáculo para aplicar la comparecencia simple y luego, si el Fiscal lo considera necesario y el Juez acepta y motiva la decisión, aplicar una medida cautelar personal más intensa que pueda justificarse en mayores elementos de juicio.

Lo ideal es no situar al imputado en una situación "inestable" en el que se otorga o mantiene una libertad aparente, es preferible definir su situación personal. Y como ya se dijo, la comparecencia simple es la declaración judicial que involucra la comunicación al detenido de que no se impondrá –por el momento- una medida cautelar personal en su contra[44].

En consecuencia, no existe en sentido estricto, un procedimiento para aplicar la comparecencia simple, y esto es coherente si se admite que no

[44] Lo que debe quedar claro es que es esta una propuesta de cómo puede ser interpretado el art. 286.1. Pero no necesariamente acoge la intención del legislador. El NCPP no obliga a solicitar una medida cautelar personal o la comparecencia simple al momento de formalizar la investigación. El Fiscal "puede" solicitar la medida cautelar personal en ese momento o luego. Es decir, de conformidad con el art. 286, en realidad solo sería obligatorio dictar la comparecencia simple al término del plazo de la detención convalidada o la extraordinaria. Y esto es así, porque probablemente el legislador entiende que la comparecencia simple es una medida cautelar personal, y que un sujeto que ha sido sometido a detención, cuando menos, debe estar sometido a comparecencia simple si se da el caso que el Fiscal no solicita la "variación de la detención" por una medida cautelar personal específica. Esta investigación, sin embargo, entiende que la comparecencia simple no constituye una medida cautelar personal, y que es aconsejable declararla siempre que, formalizada la investigación, no se solicite medida cautelar personal alguna. Da mayor claridad a la situación del imputado y no viola el principio de legalidad (recuérdese que no involucra una limitación "adicional").

constituye una medida cautelar personal o limitación específica de derechos fundamentales. Si el Juez puede aplicar de oficio la comparecencia simple, entonces es obvio que tampoco procede realizar una audiencia contradictoria previa cuando el Fiscal la solicita, porque siendo la situación [procesal] más benigna posible, no existe contradicción respecto de su situación personal. Este mismo argumento indica que tampoco procede recurso de apelación contra la resolución de oficio del juez, o contra aquélla que acepta la solicitud del Fiscal en orden a declarar la situación de comparecencia simple. El imputado no necesita impugnar la resolución porque ésta no acarrea una limitación –adicional- de derechos fundamentales del imputado. Si el Fiscal no está de acuerdo con la resolución que dispone la comparecencia simple, lo que debe hacer es solicitar la imposición de una medida cautelar personal, cuya necesidad deberá sustentar en una audiencia contradictoria.

Evidentemente no sucede lo mismo si el Fiscal solicita una medida cautelar personal específica, y el Juez, luego de rechazar el pedido decide aplicar comparecencia simple. En estos casos se recurre al procedimiento regulado para la aplicación de la medida solicitada, y su rechazo, admite la interposición de un recurso de apelación. Esto supone que en estos casos el único sujeto procesal legitimado para impugnar la resolución judicial –que rechaza la medida- es el Fiscal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.5 La comparecencia restrictiva

A diferencia de la comparecencia simple, la comparecencia restrictiva sí es una medida cautelar personal del proceso penal.

Incorpora limitaciones específicas (art. 288) y, el incumplimiento de las obligaciones acarrea la posibilidad de revocar la medida y dictar mandato de prisión preventiva u otra medida alternativa más intensa (art. 287.3). Se configura así un *status obligatorio.* Además, las restricciones que incorpora

son el resultado de una evaluación cautelar que persigue proteger el proceso. Se está frente a una medida cautelar personal porque se apoya en sus elementos esenciales: una limitación de derechos fundamentales instrumental y provisional; que debe respetar la garantía de presunción de inocencia y la regla de proporcionalidad.

Es por esta razón que persigue los mismos fines que la prisión preventiva: la evitación de la fuga del imputado e impedir la obstaculización de la investigación[45]. Lo que a su vez confirma una idea base en su configuración: es una medida alternativa a la prisión preventiva –la alternativa por antonomasia-, y en aplicación del subprincipio de necesidad, debe ser utilizada con carácter *prioritario*[46], cuando sea capaz de cumplir –con eficiencia- esos (mismos) objetivos.

En consecuencia, debe cumplir con los presupuestos exigibles a toda medida cautelar personal del proceso penal: el *periculum in mora* y *el fumus boni iuris; y,* en tanto constituye una medida de distinta intensidad que la prisión preventiva, responde a presupuestos específicos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.5.1 Presupuestos

Se ha dicho que las "condiciones" para aplicar la comparecencia simple son, en un sentido inverso, los presupuestos para aplicar la comparecencia restrictiva. Razón por la cual aquí la explicación de la comparecencia simple se asimila perfectamente. Simplemente es necesario acomodar el razonamiento en un sentido positivo.

[45] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 498.
[46] Es prioritaria frente a la prisión preventiva y cualquier medida cautelar personal alternativa, siempre que se cumplan los presupuestos básicos para adoptar cualquier medida cautelar. La comparecencia simple más que una prioridad, es la regla. Frente a la ausencia de uno o ambos presupuestos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), es obligatoria.

Si la inexistencia de una sanción leve y la ausencia de actos de investigación, constituyen condiciones -no concurrentes- para aplicar la comparecencia simple; significa entonces, que la existencia de una sanción superior a una de carácter leve y, la presencia de actos de investigación que la justifiquen, son presupuestos necesarios y concurrentes, para aplicar la comparecencia restrictiva. La ausencia de uno de estos presupuestos, constituye en un sentido inverso, la presencia de una de las condiciones de la comparecencia simple, y por tanto, es obligatorio aplicar ésta.

1. *Fumus boni iuris*

1.1. Límite penológico: la consecuencia jurídica que prevé el tipo penal denunciado debe superar la condición de sanción leve

La comparecencia restrictiva queda excluida en los procesos penales en los que el delito imputado esté penado con una sanción leve. Como ya se dijo, a diferencia de la regulación de la prisión preventiva, no se exige una prognosis de la sanción, basta con analizar la pena asignada para el delito (su extremo máximo). *Podrá* [recuérdese que es una medida potestativa] acordarse cuando la pena máxima prevista por el tipo penal denunciado supere los dos años de pena privativa de libertad; o, cuando el CP acumule como sanción, indistintamente, la inhabilitación o la multa; y, la pena privativa de libertad.

Pero debe interpretarse el *fumus boni* iuris, tal como sucede con la prisión preventiva, en un sentido negativo. Cuando la imputación incluye un delito que solo prevé una pena limitativa, una pena de multa o una pena privativa de libertad (máxima) inferior a los 2 años, *no es posible* aplicar la comparecencia restrictiva, la medida [o "situación"] obligada, es la comparecencia simple.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Y este dato es fundamental porque explica algo vital, el "marco" de aplicación de la comparecencia restrictiva no "queda abarcado" [en el caso de las penas privativas de libertad] por penas que se ubiquen entre los 2 y 4 años. Si se utiliza dicho razonamiento se incurre en el error de entender que es imposible aplicar la medida de comparecencia (simple o restrictiva) en aquellos casos donde la prognosis de pena (o la pena máxima conminada) supere los 4 años de pena privativa de libertad. Lo que constituiría una conclusión tan violenta, que incluso puede involucrar un razonamiento que indique, que en estos casos, la prisión preventiva es obligatoria [incondicional].

Es posible, y en muchos casos *necesario,* aplicar la comparecencia restrictiva a procesos penales en los que la pena conminada supere los 4 años de pena privativa de libertad. También es posible aplicar la comparecencia simple a los procesos penales en los que se investigue un delito que tiene asignada una pena superior a 2, o incluso, 4 años de pena privativa de libertad (en los casos en los que no existan elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado, peligro procesal alguno, o, solicitud fiscal expresa).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

1.2. Cuando los actos de investigación aportados lo justifiquen

Si la comparecencia simple es obligatoria cuando los actos de investigación no justifican una medida cautelar personal, entonces, una interpretación a *contrario sensu* indica que la aplicación de la comparecencia restrictiva exige la concurrencia de dos elementos para la configuración del *fumus boni iuris.* Solo se podrá aplicar cuando la pena conminada supere el criterio de sanción leve; y, cuando los actos de investigación, el soporte fáctico, la justifiquen.

Pero sucede que en este caso, también debe dotarse de contenido a este presupuesto. ¿Qué debe entenderse por actos de investigación que justifiquen la medida?

Como se dijo en el análisis de las condiciones para aplicar la comparecencia simple, podrá aplicarse la comparecencia restrictiva cuando el juez entienda que los medios de prueba que constituyen el soporte de la investigación, por lo menos supera los requisitos mínimos exigibles para la formalización de la investigación preparatoria. Un pronóstico cercano a la certeza puede justificar la prisión preventiva y cualquier otra medida cautelar personal y, uno cercano a la sola "posibilidad", obliga a aplicar la comparecencia simple. La "probabilidad" de una sentencia condenatoria, es el escenario "ordinario" de la comparecencia restrictiva.

2. *Periculum in mora*

La comparecencia restrictiva, como toda medida cautelar personal del proceso penal, también requiere de un peligro procesal que permita justificar su imposición.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Cuando el NCPP hace referencia a los actos de investigación que la justifiquen, involucra una doble lectura. Como ya se dijo, dichos actos deben arrojar un juicio acerca de la presencia del *fumus boni iuris;* pero además, deben constituir el soporte que acredite que el imputado representa un peligro para el proceso, ya sea porque puede eludir la acción de la justicia o, porque puede obstaculizar la actividad probatoria. Si la aplicación de cualquier medida cautelar personal exige determinar que ésta es necesaria en el caso concreto, el anverso de la moneda indica que siempre, será posible establecer que la medida solicitada no es necesaria, o incluso, que no se requiere medida cautelar alguna porque el desarrollo y resultado del proceso penal no corren un peligro importante, o no corren peligro alguno.

Cuando no existe peligro, la regla general es la libertad del imputado, la comparecencia simple. Frente a la presencia del *periculum in mora* [y el *fumus boni iuris*], opera el catálogo de medidas cautelares personales, y, la comparecencia restrictiva es la medida prioritaria.

Para verificar la existencia de un peligro procesal y su intensidad, se deben acudir a los mismos criterios utilizados para verificar el peligro procesal en la prisión preventiva (arts. 269 y 270 NCPP), es la razón por la cual son medidas alternativas: persiguen los mismos objetivos.

Si el Fiscal solicita cualquier medida cautelar personal -porque considera que se cumplen los presupuestos-, se debe evaluar prioritariamente la eficiencia de las restricciones que a continuación se detallan. Una correcta identificación de las restricciones y las funciones que están llamadas a cumplir en el proceso penal es imprescindible para establecer cuándo una, o un conjunto de ellas, es suficiente.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Cuando ello ocurra, no se debe acudir a una medida más intensa, aun cuando el Fiscal solicite su aplicación. Constituye suficiente justificación del rechazo, la motivación de las razones por las cuáles se entiende que la comparecencia restrictiva es la medida necesaria, la única imprescindible en el caso concreto.

II.5.2 Las restricciones

1. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia

El art. 288.1 NCPP desarrolla la obligación –del imputado- de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada como una de las restricciones que incorpora la comparecencia restringida. Sin embargo, no se está frente a una restricción en sentido estricto, sino ante una medida complementaria[47] que *garantiza* las obligaciones que a continuación se describen, las reglas impuestas por la comparecencia restrictiva.

La supervisión de su cumplimiento recae en una tercera persona o una institución determinada, que debe ser designada por el Juez y está obligada a informar periódicamente, en los plazos designados. Es una obligación cívica que adquiere una persona no vinculada al proceso, que colabora con la Administración de Justicia.

2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse ante la autoridad.

El numeral 2 del art. 288 NCPP en realidad regula 3 restricciones distintas. La obligación del imputado de, no ausentarse de su residencia, no concurrir a determinados lugares o, presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

[47] La definición se recoge del desarrollo que realiza BARONA VILAR en relación con la retirada de pasaporte como medida complementaria de la comparecencia *apud acta* en la LECr española (art. 230). Aquí se considera que la obligación de cuidado y vigilancia por tercera persona también es una medida complementaria. Incluso, en este caso es mucho más clara, porque no constituye ni directa ni indirectamente, una medida coercitiva dirigida contra el imputado [lo que si podría suceder con la retirada del pasaporte]. *Vid.* BARONA VILAR S., *Derecho…*, p. 512.

La **obligación de *no ausentarse de la localidad en que reside*** es una restricción que importa una limitación al derecho a la circulación o libertad de tránsito (art. 2.11 Constitución peruana) y puede comprender una zona de la ciudad, un departamento, una provincia, un distrito, un círculo de población o una comunidad[48]. Pero no debe interpretarse como una *detención domiciliaria*. No supone la sujeción al domicilio, comprende un ámbito territorial más amplio que debe ser fijado por el Juez.

Tampoco debe concebirse como la imposibilidad *absoluta* de salir de determinada circunscripción territorial, lo que se impide es la *ausencia* que evidentemente tiene un cierto cariz de permanencia. Es el ejemplo típico de *cambio de domicilio o los viajes prolongados.* Puede moverse por el territorio nacional, incluso viajar, pero no puede ausentarse de forma definitiva o por un espacio temporal prolongado. Esta es la mejor forma de diferenciar esta restricción, no solo de la detención domiciliaria, también –como luego se verá- del impedimento de salida.

Es una medida de muy difícil control que se justifica en la idea de que el imputado vive en condiciones ordenadas de vida y en su propio lugar de domicilio y puede considerarse absolutamente integrado[49]. Permite al Juez una localización permanente del imputado, tenerlo a disposición judicial y controlar el cumplimiento de las obligaciones procesales, las notificaciones y otras restricciones. Sin duda alguna persigue, como objetivo, neutralizar el peligro de fuga.

La obligación de *no concurrir a determinados lugares*, también constituye una limitación a la libertad de circulación. Es una restricción que debe ser utilizada para evitar el peligro de obstaculización probatoria, para impedir que el imputado se encuentre en disposición de destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar determinadas fuentes de prueba. Es útil para

[48] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho…, cit.,* p. 1164.
[49] *Ibídem. loc. cit.*

evitar que el imputado concurra al lugar en el que se produjeron los hechos para alterar la escena del crimen[50].

También es una medida útil para proteger el proceso penal que ventila una imputación por delitos económicos, patrimoniales, contra la administración pública, etc., donde la ingente cantidad de documentos, necesarios para el esclarecimiento del hecho, pueden verse perjudicados si el imputado asiste libremente al lugar donde éstos se encuentran. Esta medida permite evitar el peligro procesal sin necesidad de acudir a una suspensión preventiva de derechos, que es una medida mucho más intensa, y de dudosa justificación constitucional.

Impide que determinado imputado acuda al centro de trabajo en el que existe documentación relevante para el proceso y, la restricción debe durar el tiempo necesario para el aseguramiento de las pruebas en el transcurso de la investigación. Así se permite al imputado realizar sus labores profesionales en otros centros de trabajo, o reanudar sus labores una vez que se ha cumplido con el propósito de asegurar las fuentes de prueba.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta figura no incluye el objetivo de evitar la reiteración delictiva[51]. Perseguir dicho propósito niega a la comparecencia restrictiva su calidad de medida cautelar personal, o en todo caso, se crea un híbrido a partir del cual la medida de comparecencia cumple fines procesales y de prevención

[50] CAFFERATA NORES, J. *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983, p. 82; SÁNCHEZ VELARDE, P., *Manual…, cit.* p. 748; REYNA ALFARO, L.M., *El proceso…, cit.,* p. 409.

[51] Alguien podría sostener que el art. 253.3 sí permite aplicar esta medida restrictiva con el propósito de evitar la reiteración delictiva. En la medida que es un precepto general aplicable a todas las medidas contenidas en el Título I de la sección III del NCPP (medidas de coerción procesal). Sin embargo este trabajo no considera esa opción. El art. 253.3, al establecer cuáles son los fines que pueden ser aplicables a cada medida en particular, utiliza, como ya se dijo, la frase "según los casos"; y, ello indica que debe acudirse a la regulación específica para saber qué funciones persigue cada medida. Por eso se ha dicho que la suspensión preventiva de derechos (art. 297 NCPP) es la única que persigue evitar la reiteración delictiva, porque de conformidad con el principio de legalidad aplicable a toda medida limitativa de derechos fundamentales, es la única que lo dispone en forma expresa (otra cosa es si esa función es inconstitucional o no). La comparecencia restrictiva no indica en forma expresa que sea posible utilizarla para evitar la reiteración delictiva.

del delito[52]. Estos últimos, no pueden aplicarse en sede cautelar porque constituyen una violación a la garantía de presunción de inocencia[53], se configura una medida de seguridad predelictual, de carácter inconstitucional[54].

La **obligación del imputado de presentarse a la autoridad** en los días que se le fijen, equivale a la figura de libertad provisional regulada por el ordenamiento jurídico español, la misma que el TC ha calificado como "una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente"[55].

---

[52] Y esto es lo que la diferencia de la regla de conducta que prevé el CP para la reserva del fallo condenatorio (art. 64.1) y la suspensión de la ejecución de la pena (art. 58.1): la prohibición, fijada en la sentencia, de frecuentar determinados lugares. Si bien tanto estas reglas de conducta como las obligaciones que incorpora el art. 288 suponen la misma limitación de un derecho fundamental (homogeneidad), están claramente diferenciadas por la función que persiguen. Las primeras solo operan una vez acreditada la responsabilidad penal del imputado, la comparecencia restrictiva solo para neutralizar el peligro procesal antes de la sentencia firme.

[53] En el mismo sentido, REYNA ALFARO, L.M., *El proceso…, cit.,* p. 409.

[54] En Argentina se resolvió un caso que ilustra en forma magnífica ésta crítica. El art. 310 del CPP de la Nación permite al juez, en los casos que no proceda prisión preventiva, impedir que el imputado se ausente de determinado lugar o concurra a algún sitio. En virtud de esta norma, un Juez de instrucción dispuso la prohibición a determinados imputados para asistir a encuentros de fútbol en los que participen los equipos de primera división de Chacarita Juniors y Boca Juniors; e, impuso la obligación de presentarse a la comisaría con jurisdicción en su domicilio en los entretiempos de cada partido en que participe la primera división del club en el que resulta simpatizante. La Cámara Nacional de apelaciones en lo criminal y correccional (CNCC) revocó dicha medida señalando lo siguiente: *(…) "la abstención de concurrir a estadios de fútbol dispuesta por el a quo es una medida contraria a nuestra Carta Magna, toda vez que mediante su dictado, se soslaya el principio de inocencia que goza toda persona sometida a proceso (…) tal principio de inocencia no se encuentra desvirtuado, ni aun mediando respecto de los imputados auto de procesamiento firme, toda vez que ese estado solo se pierde una vez acreditada su culpabilidad mediante el dictado de una sentencia condenatoria pasada a cosa juzgada"*. [Vid. CNCC, Sala I, jueces Bruzzone, Donna, Elbert, "Ibáñez, Roberto Joaquín, y otros. Prohibición de concurrir a estadios deportivos", rta. 23/03/04. Citado por Lerman, M.D., "Embargos, inhabilitaciones y prohibiciones de ausentarse o concurrir a determinados lugares durante el proceso", Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia, (Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan, Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 531].

[55] STC 85/1989, de 10 de mayo.

Es la clásica restricción de la libertad de circulación que usualmente se utiliza como alternativa a la prisión preventiva, y es considerada una de las más efectivas[56]. Obedece a razones de prudencia, ya que con ella se pretende tener noticias con cierta frecuencia, del paradero del procesado que se halla en libertad[57], lo que se conoce en España como comparecencia *apud acta*[58].

La comparecencia periódica puede realizarse ante cualquier autoridad, que no necesariamente ha de ser la judicial, por lo que se sigue la regulación alemana[59]. En todo caso, la autoridad encargada debe ser establecida por el órgano jurisdiccional, el imputado se encuentra obligado a acudir los días señalados en el auto que dispone la aplicación de la comparecencia restrictiva.

En el Perú constituye una "regla no escrita" que el imputado comparezca una vez al mes[60] ante el Tribunal, y el control de la obligación se encuentra casi siempre a cargo del Secretario Judicial. Sin embargo, lo deseable es que sea el órgano judicial quien determine la frecuencia de la presentación del imputado, una menor o mayor periodicidad dependerá de las circunstancias concretas del caso y la finalidad que se persiga con la medida, siempre que se respete el principio de proporcionalidad[61].

El legislador no sólo ubica estas tres causales en la misma norma (art. 288.2 NCPP), además utiliza la disyunción conjuntiva "o". Lo que indica que el Juez puede optar solo por una de las restricciones previstas en el numeral 2. Cada una de ellas puede ser acumulada con las restricciones previstas en los demás numerales, pero no pueden ser acumuladas entre sí.

---

[56] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho…, cit.,* p. 1163.
[57] BARONA VILAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* p. 231.
[58] Art. 530 LECr española. *Vid.* GIMENO SENDRA, V., *Derecho…, cit.,* p. 552.
[59] § 116,1 STPO *"La instrucción de presentarse en determinados momentos al Juez, a la autoridad de diligencias del procedimiento penal, o a una delegación determinada por ellos"*.
[60] En España suele ser cada 15 días. *Vid.* GIMENO SENDRA, V., *Derecho…, cit.,* p. 552.
[61] GIMENO SENDRA, V., *Derecho…, cit.,* p. 552.

Es una técnica legislativa deficiente, hubiera sido más claro si cada una de estas restricciones se regulaba por separado, así se entiende claramente que el Juez puede optar por una o varias de las medidas descritas en el art. 288. No hay ninguna razón para que solo el numeral 2 acumule tres restricciones, cuando esto no ocurre en los demás numerales. Sobre todo cuando no guardan relación entre sí[62], no era necesario regularlas en el mismo apartado[63].

3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa

Esta es una obligación que también puede ser aplicada para evitar el peligro de obstaculización[64], persigue el mismo objetivo que la prisión incomunicada, evitar que el imputado sea capaz de influenciar a los coimputados, testigos o peritos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (art. 270.3), o evitar que induzca a otros a realizar comportamientos obstruccionistas (art. 270.4).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Es posible lograr ese objetivo si se prohíbe al imputado sometido a comparecencia, comunicarse con las personas que se considere que, de

[62] Podría alegarse que la redacción se justifica porque son restricciones excluyentes. Sin embargo, un correcto entendimiento de la prohibición de ausencia, que exige cierto carácter de permanencia, demuestra que es perfectamente posible acumularlas. Cuando se ordena no ausentarse del domicilio no se aplica una detención domiciliaria. Se prohíbe "cambiar de residencia" o ausentarse por un espacio temporal muy prolongado. No obstante, el imputado puede moverse por la ciudad, población, incluso por el país o fuera de él, si ello no supone un estado de "ausencia" (Vid. Impedimento de Salida). Entonces, es perfectamente posible imponer dicha prohibición, y además, impedir que asista a ciertos lugares, e incluso, obligarlo a acudir ante la autoridad para controlar el cumplimiento de ambas restricciones. Son acumulables y una interpretación del art. 287.3 –que indica que puede aplicar una de las restricciones o combinar varias de ellas- podría justificar una interpretación de ese tipo, en tanto existiría una ley que autoriza la acumulación.

[63] *El art. 155 del CPP chileno regula en el literal d) la prohibición de salir del país, el literal c) la obligación de presentarse periódicamente y, el literal f) la prohibición de comunicarse con determinadas personas. De acuerdo a la propia redacción del art. 155 (primer y último párrafo) el Juez puede imponer –a solicitud del Fiscal, del querellante o la víctima- una o más de las medidas previstas en el catálogo, según resultare adecuado al caso.*

[64] SÁNCHEZ VELARDE, P., *Manual…, cit.,* p. 748; ORÉ GUARDIA, A., *Derecho Procesal Penal*, Alternativas, Lima, 1999, p. 353; REYNA ALFARO, L.M. *El proceso…, cit.,* p. 410.

tener comunicación con él, podrían enfrentar ese riesgo. Tal como sucede con la prisión incomunicada (art. 280), en este caso también se deja a salvo el derecho de defensa, la prohibición de comunicarse con ciertas personas nunca incluye al abogado defensor.

Es importante el uso de la frase "personas determinadas" por el NCPP. La prohibición de comunicarse debe ser respecto de personas plenamente identificadas o, cuando menos, identificables. Se deben evitar obligaciones indeterminadas, juicios de valor amplios, deberes imprecisos. Es lo que ocurre cuando el órgano jurisdiccional ordena la prohibición de comunicarse con personas "involucradas en el proceso" (¿quiénes exactamente?), o "personas de "dudosa reputación", "individuos que pudieran poner en peligro el desarrollo del proceso", etc. Este tipo de afirmaciones, constituyen deberes imprecisos y muchas veces excesivos, imposibles de cumplir, desproporcionados.

Si el Juez pretende identificar varias personas y no individualizar a todas las personas que comprenden un grupo, debe establecer coordenadas que permitan al imputado identificar a sus miembros. Las organizaciones delictivas –bandas armadas, grupos terroristas, grupos vinculados al narcotráfico-; y las personas cuya pertenencia a instituciones públicas o privadas es plenamente constatable –el personal de una empresa o una institución pública- son "referencias grupales" válidas. También son válidas referencias como "coimputados" o "testigos", siempre, que el imputado conozca o pueda conocer, con carácter previo, a quiénes se les atribuye esa condición.

Es una medida mucho menos intensa que la prisión preventiva incomunicada, y en su caso, de menor eficacia. Porque la primera es un *status de sujeción*, el más severo. La segunda constituye un *status obligatorio* que será útil en aquellos casos en los que el riesgo sea mucho menos intenso.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El juez, al aplicar esta medida, deberá sustentar los motivos por los que considera que la prohibición al imputado en libertad, es necesaria para neutralizar el peligro de obstaculización probatoria. Si no se cumple con los presupuestos para dictar prisión preventiva es posible aplicar solo esta restricción o acompañarla de las demás restricciones previstas por el art. 287. Si todas estas medidas son insuficientes, y además, se cumple con los demás presupuestos de la prisión preventiva, se deberá aplicar ésta. Lo importante es que debe existir una motivación, muy clara, en función a la manifestación de las razones que conducen a evaluar la *necesidad* de la medida elegida, ésta debe ser *imprescindible*.

4. La caución

4.1 Características

El art. 288.4 establece la posibilidad de imponer una caución económica cuando las posibilidades del imputado lo permitan, e indica que puede ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente. Por su parte el art. 289.1 menciona que la caución consistirá en una suma de dinero que se fijará en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla *las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad*.

Es una regulación curiosa, porque el art. 288 la incorpora como una auténtica restricción [autónoma] y, el art. 289.1 regula una *garantía* de cumplimiento de las restricciones impuestas en la comparecencia restrictiva. Este estudio se inclina por considerarla una garantía, similar a la custodia regulada por el art. 288.1 –que el NCPP también califica, equivocadamente, como restricción-[65]. Lo que guarda relación con un sector de la doctrina

[65] Es interesante e ilustrativa la redacción del art. 288.2: "El juez podrá imponer una de las restricciones o combinar varias de ellas según resulte adecuada al caso, y ordenará las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las restricciones impuestas al imputado". Esta investigación entiende que la caución se sitúa en la segunda opción, entre

española que la califica, antes que como una de las obligaciones de la comparecencia (o libertad provisional), como una *garantía* que tiene como fin asegurar el cumplimiento de aquéllas[66].

Existe la limitación de un derecho, pero es una de carácter accesorio. Las restricciones incorporadas por el art. 288.2 (obligación de no ausentarse de la localidad; de no acudir a determinados lugares; o, de presentarse a la autoridad), y el 288.3 (la prohibición de comunicarse con personas determinadas); pueden aplicarse de forma aislada o conjunta, no requieren la presencia de otra medida específica para su adopción. La caución, en cambio, requiere precisamente que se fije por lo menos alguna de esas restricciones, que son el objeto a garantizar.

Y esto tiene importantes efectos prácticos, el NCPP no recoge la figura de "prisión provisional eludible con fianza", regulada por el art. 529 de la LECr española. En el Perú la libertad nunca puede estar condicionada a la entrega de caución o fianza, no opera como una medida sustitutiva de la prisión preventiva[67], ni constituye una de las obligaciones que deben ser cumplidas por el imputado bajo amenaza de revocar la comparecencia restrictiva (287.2 NCPP).

Por otro lado, su condición de garantía explica la constitución de un fiador a favor del imputado. No se puede aplicar a un tercero una medida cautelar sobre la base del peligro procesal que representa el imputado –ello

las medidas que garantizan esas obligaciones, sin perjuicio que el Juez pueda disponer otras "garantías" no descritas expresamente en el NCPP.

[66] BARONA VILAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* p. 213. Sin embargo, en un trabajo posterior califica la "fianza" como una de las "obligaciones que en el derecho español puede comportar el régimen de la libertad provisional". *Vid.* BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO), Tirant lo Blanch, 15ª ed., Valencia, 2007, p. 511.

[67] Por lo tanto, se considera que es materialmente imposible revocar la medida de comparecencia por prisión preventiva, sobre la base del incumplimiento del pago de la caución ordenado en la resolución cautelar. El Juez tendrá que acudir a otras vías para obligar al imputado a realizar el pago; o en su caso, la ausencia de pago de la caución puede ser una razón (conducta procesal), entre otras, para variar la comparecencia por prisión preventiva. Pero la revocatoria no puede ser automática.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

viola el principio de proporcionalidad-. Un tercero solo puede contribuir al cumplimiento de las obligaciones, a través de la custodia o la prestación de una fianza. No es sujeto pasivo de la medida, asume la obligación de garantizar su cumplimiento[68]. Lo mismo ocurre en realidad con el imputado, el depósito de la caución es una garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

La caución garantiza el cumplimiento de las obligaciones que persiguen asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal, no garantiza las posibles responsabilidades pecuniarias del imputado[69].

El art. 289.1 establece que la caución consiste en una suma de dinero que se fijará en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad. Para establecer la calidad y cantidad de la caución se debe acudir a la naturaleza del delito, la condición económica, personalidad y antecedentes del imputado, el modo de cometer el delito y la gravedad del daño, así como las circunstancias que puedan influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia peruana estableció los siguientes criterios: 1) se debe fijar a inculpados con solvencia económica; 2) su objeto exclusivo es que el imputado comparezca al llamamiento judicial tanto para cumplir actos procesales como para asegurar las obligaciones impuestas en la resolución cautelar; y, 3) se determina tomando

---

[68] En un sentido similar, SAN MARTÍN CASTRO: *"Hay que definir la fianza como el aporte patrimonial –sea en dinero en efectivo, inmuebles o bienes o valores inmobiliarios- que hace un tercero, destinado a garantizar las obligaciones procesales del imputado derivadas de la comparecencia restrictiva. No es significativo, por tanto, que el aporte patrimonial corresponda al propio imputado o a un tercero, puesto que lo esencial es que se preste tal garantía en resguardo de las obligaciones procesales impuestas al sujeto pasivo de la medida". Vid.* San Martín Castro, C., *Derecho…, cit., pp. 1165 – 1166.*

[69] PASTOR MOTTA, L. "Las medidas alternativas a la prisión provisional", *Régimen jurídico…, cit.,* p. 324. No, como equivocadamente sostiene la Resolución de 30 de setiembre de 1997 de la Sala Penal Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres, Exp. Nª 4240-97-B, cuando señala que busca "asegurar la posible reparación civil".

en cuenta la naturaleza del delito (gravedad e impacto social); el daño causado; y, las condiciones personales del imputado[70].

No se está de acuerdo en que la redacción del art. 289.1 –que probablemente siguió la doctrina expuesta por la jurisprudencia citada- acuda a la gravedad del daño, el impacto social o la modalidad de comisión del delito. Si estos elementos fortalecen la presencia del peligro de fuga u obstaculización, entonces pueden justificar la imposición, cantidad y calidad de la caución. Pero lo cierto es que para eso bastan los elementos que configuran el *fumus boni iuris* en torno a la base fáctica y la posible responsabilidad penal y la pena a imponer. El impacto social, el daño causado y la modalidad de comisión del delito son instituciones que acercan esta figura, que pretende ser una garantía cautelar, hacia el espacio reservado a la prevención general y especial, de competencia exclusiva del Derecho penal, que sólo opera con la sentencia condenatoria.

La personalidad del imputado, sus antecedentes y las demás circunstancias que puedan influir en el peligro procesal, sí son argumentos de estricto contenido procesal. Pero llama la atención que el art. 289.1 solo los mencione como circunstancias que puedan influir en el "interés" del imputado para ponerse fuera del alcance de la justicia. Pareciera que la caución no garantiza las restricciones impuestas para evitar el riesgo de obstaculización, sin embargo, esa no es su naturaleza.

También es posible garantizar la restricción de no concurrir a determinados lugares y la de no comunicarse con determinadas personas. Si se incumplen estas obligaciones es perfectamente posible ejecutar la caución o fianza personal, y éstas son obligaciones que involucran un entorpecimiento de la actividad probatoria, no un peligro de fuga.

[70] Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1998, Exp. Nº 5115-97

Finalmente, es fundamental analizar la condición económica del imputado, en la medida que no es de recibo fijar una medida de imposible cumplimiento.

4.2 Clases

4.2.1 **Caución personal:** el imputado deposita la cantidad fijada por el Juez en el Banco de la Nación.

4.2.2 **Fianza personal:** Solo cuando el imputado carezca de solvencia económica ofrecerá fianza personal escrita de una o más personas naturales o jurídicas, quiénes asumen solidariamente la obligación de pagar la suma que se haya fijado. El fiador debe tener capacidad para contratar, y acreditar solvencia suficiente.

4.2.3 **Caución real:** El imputado constituye depósito de efecto público o valores cotizables u otorga garantía real por la cantidad determinada por el Juez. Solo procede cuando las circunstancias del caso demuestran que las modalidades precedentes son ineficaces.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4.3 Cancelación y Ejecución

El art. 289.4 menciona que cuando el imputado sea absuelto o sobreseído, o siendo condenado no infringe las reglas de conducta que le fueron impuestas, le será devuelta la caución con los respectivos intereses devengados, o en su caso, quedará sin efecto la garantía patrimonial constituida y la fianza personal otorgada (cancelación).

Es confusa la redacción de esta norma, la utilización de la frase "reglas de conducta" genera dudas porque es el término utilizado para las restricciones incorporadas por la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena. Sin embargo, el art. 289.4 en realidad hace referencia a las restricciones impuestas por el art. 288, no a las reglas de

conducta que incorporan los arts. 58 y 64 CP, de naturaleza estrictamente punitiva.

Otro dato es que no queda claro qué es lo que sucede cuando el imputado infringe las restricciones. En una deficiente técnica legislativa que desnaturaliza una institución de un marcado cariz cautelar, el NCPP difiere la ejecución o cancelación de la garantía al momento de la sentencia. Por lo que siempre se cancela la garantía (se devuelve) con una sentencia absolutoria o una resolución de sobreseimiento. La cancelación o devolución de la caución en casos de sentencia condenatoria está condicionada al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la comparecencia.

¿Pero que ocurre si el imputado infringió las reglas de conducta y luego es absuelto? El NCPP entiende que la caución debe ser devuelta, y nada justifica ese razonamiento. Lejos de dotar a la caución de una apariencia esencialmente cautelar, pareciera que descansa en fines punitivos o represivos. Constituye una señal que pareciera indicar que el declarado inocente tiene derecho a entorpecer la administración de justicia, lo que no guarda ningún sentido con la naturaleza de las medidas cautelares personales que solo se justifican en la necesidad de contribuir a la eficacia de la Administración de Justicia, y que no se apoyan en criterios que guarden relación con la responsabilidad penal del imputado.

La caución no tiene naturaleza confiscatoria ni punitiva, tanto el sobreseimiento como la absolución e incluso la condena, involucran la devolución de la garantía, porque lo que interesa al momento de su aplicación es asegurar el resultado del proceso -¡cualquiera!- no la naturaleza del resultado. Es decir, lo esencial es verificar que el imputado cumple sus obligaciones procesales, porque ello contribuye a una correcta realización de Justicia

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esto acredita que es una herramienta esencialmente instrumental, cuyos efectos deben cesar, como ocurre con cualquier medida cautelar, cuando culmina el proceso al cual sirve. Pero sobre la base de ese mismo argumento, la violación de los deberes procesales debe acarrear su ejecución inmediata durante la sustanciación del proceso. Ello dota de vigencia a una medida cautelar como la comparecencia restrictiva y su correspondiente garantía, la caución.

Un Estado de Derecho que pretende una Administración de Justicia eficaz y la utilización de la prisión preventiva como una herramienta excepcional y subsidiaria, es más eficiente si dota de coerción y eficacia a estas medidas alternativas. Enviar este tipo de señales, donde al parecer existen "excepciones", que indican que "violar los deberes procesales" no acarrea una consecuencia jurídica; son fatales para la instauración de una regulación de la tutela cautelar personal eficiente.

Es preferible obligar a todos a cumplir con los deberes procesales, antes que acudir a figuras como la prisión preventiva, sobre la base del manido argumento de que las medidas alternativas "son insuficientes".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II.5.3 Procedimiento y Control

Lamentablemente, los arts. 287 y 288 no establecen en forma expresa que la comparecencia restrictiva sólo puede ser dictada por el Juez, luego de la solicitud del Fiscal y la audiencia contradictoria respectiva, que hubiera sido lo pertinente. Pero la ausencia de una mención expresa, no justifica en ningún caso su imposición de oficio. El art. 255.1 es muy claro, las medidas establecidas en el Título I –que incluye la comparecencia restrictiva- sólo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal. Y ya se ha dicho que la única excepción –además de las reconocidas al Fiscal y la Policía que la propia norma exceptúa- es la comparecencia simple, porque no constituye una medida coercitiva en sentido estricto. La comparecencia restrictiva sí es una

medida limitativa, coercitiva, cautelar personal del proceso penal, y por lo tanto, sí debe existir solicitud y audiencia previas.

Por otro lado, lo ideal hubiese sido que la redacción del art. 286 fuese mucho mas completa. Por que pareciera que sitúa un binomio comparecencia simple – prisión preventiva, que no guarda relación alguna con las demás disposiciones que integran la tutela cautelar personal, sobre todo e relación con la comparecencia restrictiva.

A continuación se propone una nueva redacción de esta norma:

286.1.- El Juez de la Investigación Preparatoria dictará mandato de comparecencia simple si el Fiscal no solicita la aplicación de una medida cautelar personal al momento de la formalización de la Investigación Preparatoria.

286.2.- También lo hará cuando, de mediar requerimiento fiscal, no concurran los presupuestos materiales que exige el ordenamiento para aplicar comparecencia restrictiva u otra medida cautelar. El Juez podrá aplicar, siempre que se cumplan los presupuestos y mediante auto motivado, sólo la medida solicitada por el Fiscal, o una medida menos intensa que la solicitada, nunca una de mayor intensidad.

Una redacción como ésta hubiera incluido a la comparecencia restrictiva y las demás medidas cautelares personales del proceso penal – distintas a la comparecencia y la prisión preventiva- en la valoración del catálogo. El legislador opta por una redacción demasiado confusa. Por un lado, parece que no se puede optar por la comparecencia restrictiva (u otra medida cautelar) cuando –solicitada la prisión preventiva- no se cumple con los presupuestos del art. 268. Por otro, también parece indicar que solicitada la comparecencia restrictiva u otra medida alternativa a la prisión preventiva, es imposible aplicar la comparecencia simple.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Pero una visión integral del catálogo de medidas cautelares y de la justificación teleológica de la inclusión de medidas alternativas no indican tal cosa. El Fiscal puede solicitar cualquier medida del catálogo ¡no sólo la prisión preventiva!, siempre que justifique su necesidad y motive los medios de prueba que acreditan sus presupuestos. El dato fundamental lo constituye el hecho que el Juez no puede optar por una medida más intensa que la solicitada por el Fiscal, éste es el único límite, luego, puede optar por aquélla que, siendo capaz de cumplir el objetivo, es la menos intensa; y siempre, que se cumplan con los criterios legalmente establecidos para su aplicación.

Si el Fiscal solicita la aplicación de la comparecencia restrictiva la Audiencia y resolución se rigen por lo dispuesto en los arts. 8, 203.2, 203.4 y 254 NCPP[71]. Además, la resolución que rechace o acepte la solicitud puede ser impugnada, según el caso, por el Ministerio Público y el imputado (art. 256 NCPP). Los demás sujetos procesales solo pueden participar en ambos trámites –posteriormente-, presentando informes escritos o formulando cualquier requerimiento, siempre que no peligre la finalidad de la medida (art. 258 NCPP).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Un dato fundamental vinculado al procedimiento y control de las restricciones impuestas lo constituye el art. 287.1 NCPP. La mención a la posibilidad de utilizar, alternativamente, alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan las restricciones impuestas a la libertad. La tecnología, introduce mecanismos que vienen siendo utilizados en algunos países de nuestro entorno y, que involucran no solo la limitación del derecho a la libertad, de hecho también afectan la intimidad del individuo.

[71] Naturalmente, cuando solicite la prisión preventiva la audiencia se rige por el art. 271, incluso, cuando la medida que adopte el Juez sea la medida restrictiva o cualquier otra distinta a la prisión preventiva. Cuando el Fiscal solicite comparecencia simple, siguiendo la línea argumental de este estudio, en verdad eso equivale a no elegir medida cautelar alguna, no es necesario una audiencia previa para acordarla.

Son mecanismos (vgr. "pulsera electrónica") que constituyen una herramienta eficaz para neutralizar el peligro procesal, que puede constituir una auténtica alternativa a la prisión preventiva, cuyo análisis específico escapa al objeto de esta investigación. Sin embargo, es evidente que la norma que regula su posible utilización, *a priori,* es demasiada parca en su contenido.

Una restricción de derechos fundamentales, como se estableció en el Capítulo I, exige su regulación en una norma que cumpla con los criterios de "*calidad de la ley habilitadora*" y *el "canon de la previsibilidad de la medida",* y en definitiva, el art. 287.1 no los cumple. No hay una explicación estricta de los derechos que pueden ser afectados, ni los presupuestos para utilizar medios tecnológicos, ni cuáles son los límites de su utilización, su duración, etc. Si el legislador pretende regular la posibilidad de incluir medios tecnológicos que –en el futuro- contribuyan al reforzamiento de la tutela cautelar personal, necesita una regulación mucho más específica, sobre todo cuando se pone en peligro la dignidad del ser humano.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

También es especialmente importante el art. 287.3, el cual menciona que si el imputado no cumple con las restricciones impuestas en la resolución que aplica la comparecencia restrictiva, previo requerimiento realizado por el Fiscal o por el Juzgador, se revocará la medida y se dictará mandato de prisión preventiva.

El problema que plantea esta norma es que no resuelve qué es lo que ocurre si no se cumplen con los presupuestos para adoptar la prisión preventiva. No resulta tan difícil que se cumpla el presupuesto de peligro procesal –peligro de fuga u obstaculización- en la medida que la violación de las obligaciones impuestas, es una muestra clara de su presencia, de hecho, confirma que esta medida alternativa ha sido ineficiente para asegurar el desarrollo del proceso penal.

Pero no resuelve qué es lo que ocurre cuando la pena esperada, es inferior a 4 años de pena privativa de libertad. Atendiendo a que el procedimiento de revocatoria analizado en el Capítulo II (art. 279 NCPP), que es el aplicable en este caso, exige el cumplimiento de los presupuestos del art. 268, todo indica que será imposible aplicar la prisión preventiva. El Juez deberá acudir a otros mecanismos, como la ejecución –en el proceso, no en la sentencia- de la caución; y, el endurecimiento de las restricciones o la aplicación o acumulación de otra medida cautelar[72].

El "requerimiento" al que hace mención el art. 287.3 es el que deben realizar el Juez o el Fiscal –según el caso- para conminar al imputado a cumplir con los deberes impuestos. Sólo será posible revocar la comparecencia restrictiva si existe una advertencia previa por parte de la autoridad frente al incumplimiento. Una vez efectuada, además, solo procede la revocatoria por prisión preventiva si ésta es solicitada por el Fiscal (279.2 NCPP[73]).

Finalmente, la revocatoria de la comparecencia restrictiva no solo se produce cuando se cumplen las restricciones impuestas en la resolución cautelar, sino también cuando no se concurre a las citaciones que se cursan al imputado para la realización de las diligencias procesales en que resulte necesaria su presencia, puesto que éste es el supuesto común y propio de toda medida de comparecencia. El cumplimiento de las restricciones es un

[72] El art. 256 NCPP señala que la infracción de una medida impuesta por el Juez, determinará la sustitución o la acumulación con otra medida más grave, teniendo en consideración la entidad, los motivos y las circunstancias de la trasgresión, así como la entidad del delito imputado. Lo que significa que una interpretación sistemática de esta norma con el art. 287.3, indica que la prisión preventiva no es la única alternativa. Se puede imponer alguna restricción adicional de las reguladas por el art. 288, el impedimento de salida, la suspensión preventiva de derechos. Incluso la detención domiciliaria, si se cumple con los presupuestos de la prisión preventiva y con alguna de las causales humanitarias.

[73] Tal como se sostuvo en el Capítulo II, el Juez nunca puede aplicar la prisión preventiva de oficio, a pesar de lo dispuesto en el art. 256 NCPP.

quid pluris en atención al mayor peligrosismo procesal, adicional a las obligaciones procesales de todos los imputados[74].

II.5.4 Duración

El NCPP no establece un plazo de duración para la comparecencia restrictiva, un error del legislador en la medida que se está frente a una medida cautelar personal del proceso penal que establece una limitación de derechos fundamentales, y por tanto, un límite a su duración es imprescindible.

La ley debe establecer límites temporales a las resoluciones prioritarias en el proceso penal para actuar como cautelas, no es posible la sola sujeción a la regla *rebus sic stantibus*. Que una medida sea menos gravosa no significa que el Estado pueda aceptarla de forma ilimitada, ni que pueda tramitarse el proceso infringiendo el deber de celeridad[75].

Incluso es de reconocer que las restricciones que incorpora el art. 288 NCPP, regulan distintas formas de aplicar la medida de comparecencia restrictiva, y deben acarrear una duración diferenciada. La obligación de no ausentarse del lugar de residencia no exige el mismo tiempo de duración que la obligación de no comunicarse con personas determinadas. Lo mismo sucede con la obligación de no concurrir a determinados lugares. Es posible asegurar las fuentes de prueba que corren peligro de destrucción, falsificación o supresión, en un tiempo mucho menor del que se requerirá, por ejemplo, para la comparecencia periódica, que en principio si puede pretender asegurar la disponibilidad del individuo durante todo el proceso.

Con todo, incluso la comparecencia periódica exige la regulación de un plazo específico, ninguna medida cautelar personal debe prolongarse –

[74] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho…, cit.,* p. 1166.
[75] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación…", *cit.,* p. 513.

necesariamente- lo que dure el proceso principal. Es necesario, en todos los casos, establecer límites específicos.

La práctica forense demuestra lo absurdo que consiste que un imputado tenga que acudir durante años, de forma interminable, a "firmar el cuaderno judicial respectivo". Se llega a convertir en una medida totalmente desproporcionada, y lo que es peor, con el paso del tiempo, en una que ya no cumple ningún objetivo.

En cualquier caso, la ausencia de un plazo concreto no exime al órgano jurisdiccional del control de su duración. Estas medidas se encuentran sujetas a un plazo razonable[76] en la línea de interpretación trazada por los arts. 9.3 PIDCP, 5.3 CEDH, y, 7.5 CADH, así como la Jurisprudencia del TEDH y la CIDH[77]. Es necesario entonces acudir a los criterios de: la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional y, el comportamiento del imputado, para determinar si la limitación del derecho fundamental se justifica en el caso concreto. No se justifica una prolongación indefinida de ninguna medida cautelar personal del proceso penal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[76] PASTOR MOTTA, L., "Las medidas…", *cit.,* p. 330. Sin embargo, este autor entiende que el plazo razonable es consecuencia de la provisionalidad de las medidas cautelares personales. Como pudo apreciarse en el análisis del plazo razonable de la prisión preventiva, esta investigación no acoge esta explicación. El plazo razonable no guarda ninguna relación con los presupuestos, con el carácter provisional o la regla *rebus sic stantibus.* Al contrario, es contrario a esta figura, en tanto la ausencia de presupuestos exigen el levantamiento de la medida, sin necesidad de verificar cuánto ha durado la misma. Por el contrario, constituye una forma de extinción de la medida, para los casos en los que precisamente, los presupuestos permanecen, pero la duración es injustificada. Para determinar si la duración es racional debe analizarse la complejidad de la causa, la conducta del imputado y la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional.

[77] SSTEDH, W. c. Suiza de 6 de enero de 1993, Van Der Tang c. España de 13 de julio de 1994. Stögmuller, Wemhoff y Matznetter.

III. El arresto domiciliario

III.1 Aspectos generales

El arresto domiciliario[78] es una medida cautelar personal del proceso penal que consiste en la imposición coactiva de la obligación de permanecer en el propio domicilio, con el fin de asegurar la sujeción del imputado al proceso penal, pero al mismo tiempo, evitando su ingreso en un Centro Penitenciario cuando existan razones que se opongan a tal ingreso[79].

Éstas pueden ser de tipo humanitario o estar vinculadas a la necesidad de neutralizar el peligro procesal en un caso concreto, según el modelo de detención domiciliaria que asuma determinado ordenamiento jurídico (amplio o restringido). En función de ello podrá calificarse a la medida como una de carácter alternativo o sustitutivo, y este dato es fundamental porque explica un distinto tratamiento en el CPP 1991 y el NCPP 2004.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sin embargo, independientemente de que se le califique como sustitutiva o alternativa, debe quedar claro que el arresto domiciliario es una medida cautelar personal y, que si se le compara con la prisión preventiva, es verdad que acarrea importantes diferencias en su ejecución, sin embargo, forzoso es concluir que no es una situación de restricción de libertad, sino, una *privación* de libertad[80].

---

[78] La legislación comparada suele denominar a esta medida "arresto domiciliario", para diferenciarla de la detención en todas sus modalidades, no obstante, esta no es la opción del legislador peruano, que la denomina "detención domiciliaria" tanto en el NCPP 2004 como en el CPP 1991. También se utilizan los términos de "prisión atenuada" [que más adelante se desarrolla], "permanencia con vigilancia en el propio domicilio" o, "beneficio casa por cárcel". CASTILLO ALVA, J.L., "El cómputo del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena privativa de libertad", *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 140, 2007, p. 17.

[79] DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?", *La Ley*, N° 6148, Dic-2004, p. 1595.

[80] ASENCIO MELLADO, J.M., "Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad", *La Ley,* N° 6211, 16 de marzo, 2005, p.1.

Por ello, para la dogmática y la doctrina jurisprudencial española, el hecho que [la medida] se ejecute en el domicilio del imputado no empaña su esencia. Se debe trasladar en bloque la doctrina del TC español sobre los límites y fines legítimos que debe perseguir la privación cautelar de libertad, así como los requisitos formales que debe cumplimentar la resolución que adopte el arresto domiciliario. Y ello porque desde la perspectiva constitucional, lo decisivo no son tanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la prisión preventiva rigurosa, cuanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la situación de libertad[81].

Es interesante también la postura de la Corte Constitucional colombiana[82], que menciona que las personas que se acogen a las reglas correspondientes a la detención domiciliaria están, desde el punto de vista jurídico, privadas de libertad, y no puede entenderse que pierdan ese carácter por el hecho que el lugar de detención no sea el edificio en que funciona el establecimiento carcelario, sino su domicilio o el sitio de trabajo[83].

En el mismo sentido se pronuncia un sector de la Doctrina jurisprudencial peruana: "(…) *La detención domiciliaria, por su naturaleza, sus propósitos y los requisitos para su implementación resulta similar a la detención preventiva [prisión preventiva] que por su material ejecución resulta ser mas rigurosa y perjudicial, sin embargo en ambas situaciones hay privación de libertad de locomoción, sujeta a vigilancia permanente* (…)"[84].

---

[81] STC español 56/1997; DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La Nueva prisión atenuada domiciliaria ¿Una alternativa a la prisión provisional ordinaria?", *La Ley,* Año XV, Nº 6148, 16 de diciembre de 2004.

[82] Sentencia Nº C-1510/00 de 8 de noviembre de 2002.

[83] Criterio que guarda coherencia con la regulación del Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano en materia cautelar personal. En su Art. 307 A) regula como medidas de aseguramiento las siguientes: "Privativas de Libertad": 1) detención preventiva en un establecimiento de reclusión; y, 2). Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

[84] Resolución de la Sala especial B de 10 de agosto de 2004 – exp. Nº 019-01-d3. Citada por CASTILLO ALVA, J.L., "El cómputo…", cit., 19.

Un dato curioso es que un sector de la doctrina peruana parece entender que la detención domiciliaria constituye una privación de libertad en las regulaciones que la configuran como una medida sustitutiva o prisión preventiva atenuada y, una restricción de libertad (que se incardina en la comparecencia restrictiva) en los casos que se le regula como una auténtica alternativa a la prisión preventiva[85]. En un sentido similar se expresa el TC peruano, que considera que de acuerdo con el art. 143 CPP 1991, la detención domiciliaria (…) *es una modalidad del mandato de comparecencia, por lo tanto, no constituye un mandato de detención propiamente dicho* (…)[86]

La crítica que cabe realizar a esta postura radica en que la calificación de la limitación de un derecho fundamental, como restricción o privación, no depende de su naturaleza sustitutiva o alternativa, porque la misma no influye en la "intensidad" de la intervención en el derecho fundamental.

Poco importa que el antiguo Código (y el actual) califiquen [o en realidad ubiquen] la detención domiciliaria como comparecencia con restricciones, o comparecencia con mandato de detención. Sencillamente, ambos códigos ingresan a una contradicción evidente y sitúan una privación cautelar de libertad en el lugar equivocado[87].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[85] ÁVALOS RODRÍGUEZ, C. "El principio de proporcionalidad en el mandato de comparecencia con detención domiciliaria", p. 11; CASTILLO ALVA, J.L., "El cómputo…", *cit.*, p. 19. [ÁVALOS RODRÍGUEZ critica la posición de la doctrina que defiende que la detención domiciliaria tiene mayores semejanzas con la prisión preventiva; y alega, que eso queda descartado desde que el CPP 1991, la establece como una medida obligatoria y en su caso, como una alternativa a la prisión preventiva]. En el caso de CASTILLO ALVA, solo califica como privación de la libertad la prisión [preventiva] atenuada, luego, distingue ésta de la sustitutiva (opción que rechazo) y de la detención domiciliaria como alternativa.

[86] STC peruano de 9 de diciembre de 2003 Exp. 2000-2003/HC/TC.

[87] Es interesante –y gráfica en cuanto a lo que nos interesa- la regulación de la detención domiciliaria en el NCPP chileno, que la describe como una privación de libertad *total o parcial,* en su casa o en la que el propio imputado señalare [art. 155 a)].

Podría pensarse que la detención domiciliaria constituye una media restrictiva porque permite que el imputado salga (por intervalos) de su domicilio para realizar labores, estudios o recibir asistencia sanitaria. Pero como veremos más adelante, esto no siempre ocurre; y cuando ocurre, no guarda relación alguna con su naturaleza sustitutiva o alternativa, en ambos casos es perfectamente posible otorgar permisos de salida del domicilio. Las limitaciones que acompañan a la detención domiciliaria dependen de la valoración del riesgo procesal en el caso concreto, según las circunstancias particulares. Además, las salidas del domicilio por intervalos y frente a situaciones justificadas, no importan que la medida –globalmente considerada- deje de constituir una medida privativa de libertad [Vid. TEDH, Caso Guzzardi]. De la misma forma como se consideran privaciones de libertad las penas privativas de libertad que admiten permisos de salida ordinarios y excepcionales.

Por lo tanto, el arresto domiciliario es siempre una privación cautelar de libertad. Es una institución que ocupa nada menos que el segundo lugar en intensidad dentro de las medidas cautelares personales del proceso penal, y esto es vital para el análisis de la proporcionalidad de la medida.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Pero también incorpora una serie de ventajas frente a la prisión preventiva: a) constituye una afectación menos severa del derecho a la libertad; b) la posibilidad de que el imputado en muchos casos pueda seguir desempeñando un trabajo remunerado; c) supone un enorme alivio para la superpoblación carcelaria; d) menores gastos para el Estado en construcción de prisiones, atención y mantenimiento de los internos, y personal de vigilancia; e) posibilidad de establecer contacto con una pluralidad de personas; f) aminoración de las consecuencias, que importa para los familiares[88]; g) evita los graves efectos criminógenos que acarrea la

[88] ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Y A. QUERALT JIMÉNEZ, "La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la ley de 10 de setiembre de 1931", *La Ley*, Nº 6174, 24 de enero de 2005, pp. 1 – 2. Con relación al supuesto "a)" los autores sostienen en realidad que la detención domiciliaria es más ventajosa que la prisión preventiva porque

privación cautelar de libertad en un Centro Penitenciario (vgr. aprehensión de la subcultura carcelaria y hacinamiento penitenciario) [89]; entre otros.

Si se toma como punto de partida que se está frente a una medida cautelar personal del proceso penal que configura una privación de la libertad personal que ofrece un importante número de ventajas frente a la aplicación de la prisión preventiva; y, que la misma puede ser regulada como una medida sustitutiva, o en su caso, alternativa de aquélla; es fundamental realizar un análisis de su regulación precedente.

Porque si bien esta investigación ubica su objeto de estudio en el NCPP 2004 y, la misma no ha querido extenderse en un análisis minucioso de precedentes legislativos, la detención domiciliaria sí exige un análisis de su anterior regulación por el CPP de 1991, porque es a partir de ésta que puede entenderse por qué el NCPP califica la detención domiciliaria como una "modalidad de la comparecencia".

III.2. El artículo 143 CPP 1991

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El art. 143 CPP 1991 sostiene que se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención y, que también podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.

---

constituye "una afectación menos severa del derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia". Es evidente que la injerencia en la libertad personal es menos intensa (es una privación menos intensa por las condiciones de su ejecución), pero no considero que eso mismo ocurra con la presunción de inocencia. Si una medida cumple con objetivos estrictamente cautelares, respeta el derecho a la presunción de inocencia; y, si persigue fines punitivos, viola ese mismo derecho, con independencia de la intensidad de la limitación.

[89] ASENCIO MELLADO, J.M., Prisión…, *cit.,* p. 199.

Luego, el mismo artículo regula las distintas medidas restrictivas por las que el juez puede optar, individual o conjuntamente, al aplicar el mandato de comparecencia con restricciones. El inciso 1) regula: "*la* detención domiciliaria *del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiéndose las órdenes necesarias*".

Sobre esta base, a partir del análisis del art. 143 CPP 1991, la doctrina peruana identifica dos modalidades de comparecencia restrictiva: la *obligatoria y* la *facultativa*[90]. La medida regulada en el primer párrafo del art. 143 CPP 1991 sería una detención domiciliaria obligatoria, en tanto *sustituye* a la prisión preventiva por razones humanitarias; la facultativa, una de las modalidades de comparecencia restrictiva previstas específicamente en su incisos posteriores, concretamente el inciso 1) del art. 143, que constituye una auténtica *alternativa* a la prisión preventiva, que puede elegir el juez, "libremente", para neutralizar el peligro procesal.

El TC peruano acude a una calificación similar, pero probablemente con mayor rigor terminológico. En lugar de utilizar los términos, *facultativa* y *obligatoria*, califica dos modelos de regulación de la detención domiciliaria, que a juicio del Tribunal, son objeto de recepción en la legislación comparada.

Un modelo *amplio* que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras

[90] SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho…, cit.*, p. 1162.; ÁVALOS RODRÍGUEZ, C. "El principio de proporcionalidad en el mandato de comparecencia con detención domiciliaria", p. 11.

circunstancias justificativas [modelo acogido por Bolivia[91], Chile[92] y Costa Rica].

El segundo modelo, el restringido, cuyas notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión preventiva; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión preventiva, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia [modelo acogido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal española[93] y el Código Procesal Penal peruano de 2004].

Por esta razón señala el TC que en el CPP 1991 se opta por una "fórmula mixta", que acumula el modelo restringido [art. 143. 1er párr.] y el modelo amplio [143.1].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[91] Art. 240° Código de Procedimiento penal boliviano de 1999.- "*Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas: 1) La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral (…)*".

[92] Art. 155.1 NCPP chileno.- "*Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al tribunal una o más de las siguientes medidas: a) La privación de libertad total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; (…)*".

[93] Art. 508.1 LECr.- "*El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las hora necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa*".

III.2.1 La mal llamada comparecencia restringida obligatoria: el modelo restringido, medida sustitutiva o prisión preventiva atenuada [art. 143 - primer párrafo, CPP 1991]

Mediante el primer párrafo del artículo 143 CPP 1991, lo que pretende el legislador es regular una situación especial que obliga a morigerar la reacción procesal por el grave peligro que entraña para la salud de esa persona el encierro en un establecimiento penal[94].

La Doctrina española sostiene que cuando el arresto en el propio domicilio no constituye una medida alternativa a la prisión provisional, sino una medida sustitutiva, entonces en realidad tal situación configura una forma de cumplir la prisión preventiva, y es por esta razón que en España se le califica como prisión provisional atenuada[95].

El único propósito de la medida es el de cumplir una privación cautelar de libertad que se sustenta en los mismos presupuestos que justifican la prisión preventiva, sólo que por razones humanitarias ajenas al peligro procesal y a la valoración de la necesidad de la medida en el proceso, se dispone que tal privación se realice fuera de los Establecimientos dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias [en el caso peruano, el INPE] [96].

Entonces, es prisión preventiva pero con las condiciones atenuadas, una "modalidad excepcional de ejecución de la prisión preventiva", lo que implica que debe cumplir los mismos requisitos – base[97], pero constituye una forma de cumplimiento menos intensa que la ordinaria y la incomunicada.

---

[94] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho…, cit.,* p. 1145.

[95] ASENCIO MELLADO, J.M., *Prisión…, cit.,* p. 199; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* p. DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La nueva prisión…", *cit.,* p. 1595; ARAGONESES MARTÍNEZ S., *Derecho Procesal Penal,* 6º ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 408; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., La prisión…, *cit.,* p. 197.

[96] BARONA VILAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* p. 113.

[97] DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La nueva prisión…", *cit.,* p. 1596.

El primer párrafo del art. 143 CPP 1991 regula un modelo restringido, porque incorpora una medida sustitutiva[98], en lugar de una medida alternativa a la prisión preventiva (modelo amplio regulado por el art. 143.1 NCPP). Esto queda establecido con la redacción de la propia norma, cuando dispone que la comparecencia restrictiva puede aplicarse, cuando no corresponde la detención y, luego señala que, también podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1) [detención domiciliaria], tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física.

Una interpretación a contrario *sensu* indica que la utilización del vínculo "también", indica que se está frente a una medida sustitutiva, y que se aplica cuando, además de tratarse de un imputado mayor de 65 años enfermo o incapaz físico, se cumple con los presupuestos de la prisión preventiva. Lo contrario constituye un absurdo, que es el de considerar que, siendo procedente la comparecencia, se aplica detención domiciliaria en virtud de la condición del imputado [edad + enfermedad o incapacidad física], una suerte de "detención domiciliaria incondicional". Y esta es una poderosa razón, además de la que luego se analizará, para entender que la detención domiciliaria nunca es obligatoria.

Entonces, el primer párrafo del art. 143 regula un modelo restrictivo, porque existe una diferencia objetiva: en función de la naturaleza de la institución, en la medida que el juez no está legitimado para elegir *siempre* ésta dentro del catálogo de medidas cautelares alternativas. Y, una diferencia subjetiva que constituye la causa de la anterior: el sujeto pasivo de

[98] Este trabajo considera que el modelo restringido de la detención domiciliaria puede ser calificado indistintamente, como una medida sustitutiva o como una "prisión preventiva atenuada". Son calificaciones equivalentes y en ningún caso incompatibles. Una posición distinta la asume CASTILLO ALVA, que clasifica la detención domiciliaria en tres modalidades distintas [concepciones político – criminales]: el arresto domiciliario como una alternativa a la prisión provisional, como una forma de privación de libertad (la prisión atenuada); o como una medida *sustitutiva. Vid.* "El cómputo…" *cit.,* pp. 17-18.

la medida no es cualquier imputado: se restringe el universo a los imputados mayores de 65 años que adolezcan de una grave enfermedad o incapacidad física.

Es una medida que informa una disminución de los efectos de la privación cautelar de libertad por razones que no se vinculan al peligrosismo procesal. Y el dato fundamental que confirma esta situación es que los presupuestos para aplicar la detención domiciliaria del primer párrafo del art. 143, son los mismos que exige la ley para aplicar la prisión preventiva. Una vez que se determina que es necesario aplicar la prisión preventiva al caso concreto, se puede atenuar recién sus efectos, en función de los efectos colaterales que el encarcelamiento puede ocasionar a una persona mayor de 65 años que sufre una enfermedad grave o incapacidad física.

El NCPP incluye un supuesto casi idéntico al regulado por el primer párrafo del art. 143 CPP 1991 –la novedad radica en que agrega y modifica algunos supuestos y "suprime" el modelo amplio-; por lo que no extenderemos nuestro análisis al método de aplicación, procedimiento y, análisis específico de los presupuestos que justifican la medida contenida en el primer párrafo del art. 143 CPP 1991, en tanto su análisis es perfectamente reconducible al estudio del art. 290 NCPP que realizamos *infra.*

Pero existen algunas circunstancias puntuales que deben ser analizadas aquí, porque se corresponden con los comentarios doctrinales que, si bien también pueden ser aplicables al art. 290 NCPP –por su evidente similitud- fueron realizados en el marco del primer párrafo del art. 143 CPP 1991, y es este el lugar en el que corresponde su análisis.

Se ha dicho que cierto sector de la doctrina peruana califica de "comparecencia restrictiva obligatoria" al primer párrafo del art. 143 CPP 1991. Esto es así porque tanto el modelo amplio como el modelo restringido

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

regulado por el CPP 1991, se ubican en el art. 143, norma a la que corresponde el título de mandato de comparecencia.

Pero a pesar de su ubicación sistemática, como ya se dijo, la detención domiciliaria nunca constituye una medida de comparecencia. El arresto domiciliario constituye una privación cautelar de libertad que configura un status de sujeción, y no un status obligatorio.

Por otro lado, el modelo restringido regulado por el CPP 1991, no es una medida obligatoria. Los presupuestos para aplicar la detención domiciliaria regulada por el primer párrafo del art. 143 son los siguientes: altas probabilidades de condenar al imputado a una pena privativa de libertad superior a 4 años; y un peligro de fuga que sólo pueda ser evitado por una medida tan intensa como la privación cautelar de libertad. Una vez que el Juez, en aplicación del principio de proporcionalidad, entiende que la medida necesaria es la prisión preventiva, acude a presupuestos de orden subjetivo, a las características del sujeto imputado y al análisis de la suficiencia de la medida, para determinar, de ser el caso, si es posible reemplazar la prisión preventiva por el arresto domiciliario.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Las condiciones que se exigen para la sustitución, entonces, son tres:

a) El imputado debe ser mayor de 65 años
b) El imputado debe sufrir una enfermedad grave o una incapacidad física; y,
c) La medida debe ser suficiente para lograr el objetivo: impedir el riesgo de fuga u obstaculización[99].

[99] En el CPP 1991 estos tres requisitos son concurrentes. La medida debe ser suficiente y aplicada a una persona mayor de 65 años que además, sufra una enfermedad o incapacidad física. Como luego veremos, no sucede lo mismo con el NCPP. Es siempre necesario que la medida sea "suficiente", pero se puede aplicar a un imputado mayor de 65 años sin necesidad de que sufra una enfermedad o incapacidad física, y viceversa.

La condición que refleja el literal c, la "suficiencia" de la medida, queda claramente establecida al final del primer párrafo del art. 143: "*siempre que el peligro de fuga o perturbación probatoria pueda evitarse razonablemente*". Esto quiere decir que el legislador no asume un mismo nivel de eficacia entre la prisión preventiva y el arresto domiciliario. Obliga a un segundo nivel de análisis que exige, también, establecer si el arresto domiciliario puede cumplir con su objetivo[100].

Reconoce entonces, que es posible ordenar el ingreso de un centro penitenciario a un imputado, incluso, cuando tenga 65 años y adolezca de una enfermedad grave o incapacidad física. Por lo que es imposible sostener su carácter obligatorio.

III.2.2 La detención domiciliaria como medida alternativa: la mal llamada comparecencia con mandato de detención [art. 143.1 CPP 1991]

El numeral 1 del art. 143 dispone la detención domiciliaria como una de las "restricciones" que el Juez puede aplicar en el ámbito de la comparecencia. En este caso, no existen criterios tazados, la autoridad judicial verifica todos los criterios que integran el peligro procesal y determina la medida necesaria en el caso concreto, entre las cuáles, puede elegir la detención domiciliaria.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[100] Este análisis, que no es otra cosa que evaluar la necesidad de la detención domiciliaria en el caso concreto, no debe confundir esta medida como una de carácter alternativo. Solo es alternativa si es posible elegirla dentro del catálogo. Pero cuando la evaluación de la "suficiencia" se realiza en un segundo nivel, luego de entender que se cumple con los presupuestos de la prisión preventiva; y, para determinar si se puede sustituir ésta por la detención domiciliaria, lo que en realidad busca el legislador es simplemente establecer un límite: Las razones humanitarias no deben prevalecer sobre las razones de aseguramiento procesal. Esto tiene un importante efecto, si un ordenamiento regula una medida de este tipo y se exige evaluar su suficiencia; y, si además, esta convive con un modelo amplio [que es lo que ocurre en el CPP 1991], en realidad lo único que existe es un modelo único, el amplio. Lo dispuesto en el primer párrafo del art. 143 ya se encuentra cubierto por el art. 143.1, porque éste exige aplicar la detención domiciliaria en forma preferente a la prisión preventiva, siempre que cumpla con el mismo objetivo y, siempre que tampoco pueda cumplirlo una medida menos intensa que ambas. En el CPP 1991 las "causales" incluidas en el primer párrafo del art. 143, son meras referencias o criterios orientadores.

El juez evalúa la posibilidad de imponer la medida adecuada en aplicación de la regla de proporcionalidad, esto es, en el ámbito de la aplicación del subprincipio de necesidad: aplicar la medida menos gravosa pero igualmente eficaz –en el caso concreto- para asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal. A diferencia del modelo restringido, para utilizar la detención domiciliaria, no verifica primero si la medida necesaria es la prisión preventiva, y luego, si deben atenuarse los efectos de la privación de libertad por razones humanitarias.

En la medida que la detención domiciliaria se ubica dentro de las restricciones aplicables en el ámbito de la comparecencia, es que la doctrina peruana califica esta figura como "comparecencia con detención domiciliaria". Sin embargo, la ubicación sistemática tampoco justifica dicha denominación, por la sencilla razón que como se ha dicho, la detención domiciliaria en ningún caso constituye una restricción de la libertad personal, sino una auténtica privación.

No solo defiende esta postura la doctrina y jurisprudencia antes citada, es también un reclamo de la Dogmática en el Perú. Como bien señala SÁNCHEZ VELARDE, la ubicación de esta medida cautelar en el capítulo correspondiente a la comparecencia no es acertada, porque la situación del procesado es detención o comparecencia, pero no hay estados intermedios ni superpuestos. La detención domiciliaria es una forma de privación de libertad y su ubicación corresponde en el marco referido a aquélla, como alternativa para casos predeterminados[101]. En el mismo sentido se pronuncia CARO CORIA, al señalar que pese a las ventajas objetivas del arresto domiciliario, este no deja de ser arresto o detención, constituyendo así la forma cautelar de privación de libertad menos grave después de la prisión preventiva[102]. Finalmente, REYNA ALFARO sostiene que la

[101] SÁNCHEZ VELARDE, P., *Comentarios al Código Procesal Penal.,* Idemsa, Lima, 2004, pp. 225-226.
[102] CARO CORIA, C., "El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena", www.unifr.ch/dpp1/derechopenal/articulos/pdf/Arresto-domiciliario.pdf, p.3.

naturaleza del arresto domiciliario se asemeja más que a la comparecencia, a la detención[103].

En consecuencia, no puede existir "comparecencia con detención" por la sencilla razón que ello involucra una contradicción. El imputado se encuentra en su domicilio, obligado a permanecer en él bajo custodia. Esta situación es incompatible con la definición de comparecencia porque el imputado no se encuentra en una situación que solo involucre el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Es cierto que en casos específicos, existen ciertas obligaciones que el imputado tiene que cumplir cuando está sometido a una detención domiciliaria –en función de las limitaciones de custodia y salidas que impone el Juez- pero el dato fundamental es que existe privación de libertad, debe permanecer en el domicilio, en el mejor de los casos, a intervalos fijos e irrenunciables.

Es una medida cautelar alternativa, pero en sus efectos, configura una privación cautelar de libertad (en el domicilio). El juez debe elegir la detención domiciliaria en los casos que fuera capaz de evitar el peligro procesal con la misma eficacia que la prisión preventiva y, cuando a su vez, las medidas menos intensas que ambas, fueran incapaces de cumplir el objetivo. Es una medida facultativa que no está sometida a presupuestos humanitarios específicos, puede ser aplicable a cualquier persona. Lo relevante es que en el caso concreto, sea la medida idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[103] REYNA ALFARO, L.M., *El proceso…, cit*. p. 403. Quién además califica el arresto domiciliario como una "detención [prisión] preventiva privilegiada".

III.3. La detención domiciliaria en el NCPP 2004

El art. 290.1 NCPP indica que se impondrá[104] detención domiciliaria cuando, *pese a corresponder prisión preventiva*, el imputado: a) Es mayor de 65 años de edad; b) Adolece de una enfermedad grave o incurable; c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; [o], d) es una madre gestante.

El art. 290.1 regula una medida muy similar a la del primer párrafo del art. 143 CPP 1991. Lo que ocurre es que en este caso la configuración del arresto domiciliario como medida sustitutiva o prisión atenuada es mucho más clara. Si la redacción del primer párrafo del art. 143 CPP 1991 regulaba un modelo restringido de la detención domiciliaria que debía ser interpretado a través del vínculo "también" [en virtud del cual se entendía que era aplicable cuando se cumplieran los presupuestos de la prisión preventiva], ahora, el NCPP remplaza esta redacción confusa por una afirmación categórica, que indica que: se impondrá detención domiciliaria, "*pese a corresponder prisión preventiva*".

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Lo que indica que el NCPP no regula –en ningún caso- una detención domiciliaria que forme parte del catálogo de medidas alternativas a las que se puede acudir –libremente- para asegurar el proceso en aplicación del principio de proporcionalidad. Es una medida sustitutiva, y por lo tanto, su naturaleza siempre es subsidiaria de la prisión provisional[105].

No se aplica a un imputado al que no le corresponde prisión provisional, se debe comprobar primero, que concurren todos los

[104] La utilización del término "impondrá", podría conducir a la conclusión de que, tal como sucede con la comparecencia simple, se está frente a una medida obligatoria. Sin embargo esto no es así por dos razones: Solo procede cuando se cumplen los presupuestos de la prisión preventiva, que es una medida facultativa; y, el art. 290.2 condiciona la utilización de la detención domiciliaria a que el peligro procesal pueda evitarse.
[105] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.*, p. 502.

presupuestos, para después, evaluadas las circunstancias, optar por esta solución menos agresiva para los derechos fundamentales del imputado.

Por esta razón, el NCPP exige que para aplicar la detención domiciliaria, se verifiquen los presupuestos establecidos por el art. 268, y su correcta valoración a través de los criterios expuestos en los arts. 269 y 270. Solo una vez valoradas estas circunstancias, y luego de determinar la necesidad de imponer la prisión preventiva al caso concreto, deben evaluarse las "causales humanitarias" reguladas por el art. 290, para establecer si, "pese a corresponder prisión preventiva", es necesario atenuar sus efectos. Otra diferencia relevante en relación con el CPP 1991, se ubica en los presupuestos específicos, las causales humanitarias que justifican la atenuación. El NCPP mantiene el criterio del imputado mayor de 65 años e insiste en los supuestos de enfermedad grave e incapacidad física. La diferencia radica en que se agregan algunos supuestos, y que éstos no son concurrentes.

En el NCPP el imputado que sufre enfermedad grave o incapacidad física no tiene que ser mayor de 65 años. Se puede aplicar la detención domiciliaria a una persona mayor de 65 años que esté sana y/o en perfectas condiciones físicas; y, se puede aplicar a cualquier persona que sufra una enfermedad grave o incurable; o, incapacidad física permanente, incluso, cuando no haya superado ese límite de edad.

Además, se incluye el supuesto de enfermedad incurable y se matiza la incapacidad física del imputado, en el sentido en que ésta debe ser una que afecte su capacidad de desplazamiento. Finalmente, se agrega la causal de madre gestante, lo que evidentemente confirma que no existe una regla de concurrencia de supuestos.

En este sentido, el NCPP regula un modelo "restringido" de arresto domiciliario, y se aparta del modelo "mixto" anterior. Se suprime el modelo

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

amplio incorporado por el art. 143.1 CPP 1991 al descartar la utilización del arresto domiciliario como una alternativa a la prisión preventiva. Se está ante una auténtica "prisión preventiva atenuada".

En orden a su ubicación sistemática surge el mismo problema que fuera apuntado en el análisis del CPP 1991, se incluye la detención domiciliaria en el Título IV, correspondiente a la Comparecencia, lo que no tiene sentido porque se trata de una auténtica privación cautelar de libertad. Más si se tiene en cuenta que es una medida sustitutiva y no una de carácter alternativo, un argumento adicional para descartar su inclusión como una modalidad de la comparecencia.

III.3.1 Presupuestos

Los presupuestos que deben cumplirse para aplicar la detención domiciliaria regulada por el NCPP 2004 son los siguientes:

a) Deben existir 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 4 años de pena privativa de libertad;

c) Que el imputado, en razón de 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);

d) El imputado debe ser mayor de 65 años; adolecer una enfermedad grave o incurable; sufrir grave incapacidad física permanente

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; o[106], ser una madre gestante.

e) La medida debe ser suficiente para lograr el objetivo: impedir el riesgo de fuga u obstaculización.

Es importante mencionar que en estos casos, el orden de los factores sí altera el producto. No existe ninguna razón que nos indique que las condiciones particulares del imputado descritas por el art. 290.1, no puedan ser valoradas en orden al riesgo de fuga u obstaculización que debe ser analizado en el ámbito del principio de necesidad, es decir, frente a la elección de las diversas alternativas –distintas a la prisión preventiva y la detención domiciliaria- que ofrece el NCPP para asegurar el proceso.

La condición de madre gestante, ser mayor de 65 años, sufrir una enfermedad grave o incapacidad física permanente; son argumentos que *a priori*, permiten descartar la aplicación de la prisión preventiva y elegir alguna de las medidas alternativas dispuestas por el NCPP. Por la sencilla razón que estas condiciones también dotan de contenido a la obligación que fija el art. 268, que consiste en evaluar las condiciones particulares del imputado para determinar la existencia del riesgo procesal.

El juez ostenta plena libertad para evaluar estas y otras características del imputado y decidir cuál es la medida aplicable al caso concreto. Además de la prisión preventiva, puede elegir la comparecencia simple, alguna de las modalidades incluidas en la comparecencia restrictiva, el internamiento preventivo, el impedimento de salida del país o la suspensión preventiva de derechos.

[106] El art. 290.1 no incluye la conjunción disyuntiva "o" –que debió ser incluida al final del literal c-, pero es evidente que cualquiera de los supuestos contenidos en los literales a), b), c) y d); pueden justificar la adopción de la medida por sí solos. Primero, porque en todo caso la norma tampoco incluye la conjunción "y"; y, en segundo lugar, porque es evidente que algunas son incompatibles entre sí (vgr. mayor de 65 años y madre gestante).

En este sentido, el NCPP exige que la evaluación de las condiciones personales descritas por el art. 290.1 (a, b, c, y d) se materialice en un "doble nivel de análisis". Primero, son criterios que deberán ser tenidos en cuenta para establecer cuál de las medidas cautelares alternativas es el instrumento necesario en el caso concreto. Y si en dicho análisis se resuelve que la medida necesaria es la prisión preventiva, deben evaluarse nuevamente dichas condiciones personales, para decidir si es necesario atenuar los efectos de la privación cautelar de libertad, esto es, aplicar la detención domiciliaria.

Si no se cumple este "doble nivel de análisis", se incurre en el fatal error de considerar que la detención domiciliaria es "obligatoria" para todas las madres gestantes, enfermos graves o incurables e incapaces físicos; cuando se les siga un proceso penal en el que el *fumus boni iuris* –incluida la prognosis de pena superior a 4 años- se encuentren presente.

III.3.2 No es una medida obligatoria

Tal como se ha establecido en orden a la verificación de los presupuestos en el apartado anterior [literal e)] el NCPP tampoco regula una medida de carácter obligatorio. El art. 290.2 señala que la detención domiciliaria *"está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición*".

En la doctrina peruana, ÁVALOS RODRÍGUEZ sostiene -en relación con el CPP 1991- que *la condicional del artículo 143, respecto a que la detención domiciliaria (en calidad de reemplazo) se impondrá "siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente", no debe entenderse en el sentido de que las especiales condiciones de salud del imputado hacen que merme el grado de peligro procesal que hace legítima una detención, sino que a pesar de mantenerse dicho peligro se otorgará la comparecencia con detención domiciliaria*

obligatoria cuidándose de establecer medidas que controlen que el riesgo procesal subsistente no llegue a materializarse (…)".

Coincido parcialmente con esta postura. Respecto de la primera idea, es claro que el modelo restringido solo opera como reemplazo, y por lo tanto, es aplicable sólo cuando se verifican los presupuestos para aplicar la prisión preventiva. Lo que significa –como ya se dijo- que si por la razón que fuera –entre ellas, las propias condiciones personales reguladas por el art. 290- existe antes de adoptar la medida, o durante la duración de la misma, el convencimiento de que no existe un peligro procesal[107] que justifique la prisión preventiva, se debe acudir a alguna de las medidas alternativas. Por lo tanto, la presencia de una de las causales no constituye una presunción de debilitamiento del peligro procesal, responde a otros criterios.

Con lo que no se puede estar de acuerdo es con la valoración que realiza el autor en relación con la evaluación que debe realizar el juez en torno a la "suficiencia" de la detención domiciliaria. Tanto el CPP 1991 como el NCPP (290.2) exigen que la detención domiciliaria se imponga solo cuando sea capaz de neutralizar el peligro procesal, razón por la que aquí se sostiene que ésta nunca es obligatoria. Y ÁVALOS RODRÍGUEZ entiende que ello supone establecer las medidas (obligaciones), que controlen el riesgo procesal. Sin embargo, eso no es lo que dice la norma.

La obligación de establecer las medidas necesarias para neutralizar el peligro –el régimen de cumplimiento- es evidente, y opera en cualquier medida cautelar personal del proceso penal. Sucede con la prisión preventiva, la incomunicada, las diversas formas de comparecencia restrictiva y cualquier medida cautelar que por su carácter instrumental, requiere establecer las condiciones para que cumpla con su objetivo.

[107] Evidentemente, sucede lo mismo con el *fumus boni iuris*. Si no existen altas probabilidades de, en su momento, sancionar al imputado con una pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad, se debe acudir a alguna de las medidas alternativas a la prisión preventiva.

Lo que indica el art. 290.2 (y el primer párrafo *in fine* del art. 143 CPP 1991) es que no se aplicará la detención domiciliaria en los casos en los que –a pesar de la verificación de alguna de las causales humanitarias- ésta, incluso en su acepción más intensa (la detención domiciliaria con custodia policial y sin permiso de salida alguno), sea incapaz de cumplir el objetivo. En casos extremos es posible aplicar la prisión preventiva a alguna de las personas que se encuentren incursas en algunas de las causales establecidas por el art. 290.1.

Es aquí donde se cumple el "segundo" nivel de análisis de las condiciones personales del imputado, perteneciente al "doble nivel de análisis" antes mencionado. Si en un primer nivel la autoridad judicial arriba a la conclusión que la medida indicada es la prisión preventiva, luego, para aplicar la detención domiciliaria, no se limitará a verificar la existencia de una de las condiciones dispuestas por el art. 290.1, deberá valorar además –de conformidad con el art. 290.2-, si en el caso concreto la detención domiciliaria es una medida "suficiente". Si la medida es incapaz de evitar el peligro, entonces, la medida pertinente es, otra vez, la prisión preventiva[108].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Ello involucra una importante consecuencia práctica. La aplicación del art. 290.2 NCPP exige que la motivación en orden a la aplicación de la prisión preventiva a aquellas personas incursas en las "causales humanitarias", se realice también, en un sentido negativo. El juez aplicará la prisión preventiva señalando las razones por las cuales considera que la madre gestante, el enfermo grave o incurable, el que sufre una incapacidad física permanente o la persona mayor de 65 años; representan un peligro

[108] En el mismo sentido se expresa ASENCIO MELLADO al analizar la detención domiciliaria en el ámbito del NCPP peruano: "*No obstante, la propia norma [art. 290 NCPP], consciente de las dificultades que entraña la detención domiciliaria, obliga al Juez a valorar si ésta, incluso adoptada con el consiguiente control policial o administrativo, es suficiente para salvaguardar los riesgos que debe prevenir, de modo que, aún cuando se verifiquen en el caso las condiciones personales que avalan la detención domiciliaria, se acordará la prisión provisional cuando aquella no garantice los objetivos cautelares*". Vid. ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación...", *cit.,* p. 502.

para el proceso; y señalando además, las razones por las cuales considera que la detención domiciliaria es insuficiente.

Si tal decisión no se justifica a través de una motivación razonable, se viola el objetivo por el que se incorpora la detención domiciliaria al ordenamiento procesal peruano, dotar a la autoridad judicial de una herramienta que permita atenuar los efectos de la prisión preventiva, cuando existan razones que demuestren que desde el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, si bien es cierto que el proceso penal requiere de una privación cautelar de libertad para asegurar su desarrollo y resultado, es evidente también, que el internamiento en un centro penitenciario no siempre es el lugar ideal para cumplir ese objetivo frente a determinados sujetos.

Así como el Juez evalúa la proporcionalidad en sentido estricto, entendida ésta como la evaluación de los beneficios y los daños que generan una medida limitativa, a fin de establecer si entre ambos existe una adecuada relación de equilibrio; también es posible que el legislador, si bien no evalúa caso por caso, identifique un universo de situaciones y cree al menos una norma orientadora en ese sentido. Una directriz que obligue a valorar la situación del mayor de 65 años, el incapaz físico, el enfermo grave o incurable y, la madre gestante. Al punto, que solo en supuestos "excepcionales", se podrá aplicar la prisión preventiva a los sujetos que estén incursos en dichas causales.

Probablemente, resulte más claro si explicamos la aplicación de los arts. 290.1 y 290.2 a través de algunos ejemplos.

El Fiscal solicita ante un juez la imposición de una medida de prisión preventiva a María, para asegurar el proceso que se sigue en su contra por la presunta comisión de un delito de homicidio. Existen suficientes medios de prueba que vinculan a María como autora del delito, y la prognosis de pena

es superior a 4 años de pena privativa de libertad. María está embarazada de 6 meses, tiene domicilio y trabajo conocidos y tiene una reputación intachable.

El juez determina que a pesar de la gravedad del delito, no existe riesgo de fuga. María causó la muerte de su marido porque la maltrataba, y, a pesar que todo indica que existe responsabilidad penal en los hechos y que el homicidio no se encuentra justificado, el arrepentimiento es claro, no es una delincuente habitual, y no posee medios para, ni se encuentra habituada a, ejecutar comportamientos delictivos, por lo que carece de instrumentos para emprender una huída u obstaculizar los medios de prueba.

Es perfectamente posible que, a pesar de la presencia del *fumus boni* iuris, incluida la gravedad de la pena a imponer, el Juez determine que es razonable aplicar a María una medida distinta a la prisión preventiva. Nótese que en este caso, no puede evaluarse, aún, la imposición de la detención domiciliaria, ésta solo procede si previamente se determina la necesidad de aplicar la prisión preventiva, y este no es el caso. Es posible imponer una medida de comparecencia restrictiva a María, y sin duda que en la evaluación de la imposición de la medida, su condición de madre gestante tiene un peso significativo. Dicha condición es una de las razones que indican que la imputada ve seriamente limitada su capacidad de abandonar el país. Todo indica que no asumirá el riesgo de privarse de una asistencia sanitaria, ni de sufrir las condiciones de un prófugo que pongan en serio peligro su embarazo.

Por lo tanto, un dato fundamental consiste en que el art. 290.1 regula el supuesto de "madre gestante", pero no es esta la norma que justifica la imposición de una comparecencia restrictiva o un impedimento de salida en el ejemplo.

Imaginemos un caso distinto. Marissa es miembro de Sendero Luminoso y se encuentra sometida a un proceso penal en el que se le imputa

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

el delito de terrorismo, está embarazada de 6 meses. Existen muchos elementos de prueba que indican la alta probabilidad de condena, y sin duda, la prognosis de pena es superior a 4 años de pena privativa de libertad. El Fiscal solicita la aplicación de prisión preventiva.

En la valoración del riesgo de fuga, todo indica que existen elementos que permiten sostener que eludirá la acción de la justicia. En los últimos 4 años no se conocía su paradero, no tiene trabajo ni domicilio conocido y, su pertenencia a la organización le brinda las herramientas para huir en cualquier momento. En este caso es razonable que el Juez evalúe que la única medida posible para neutralizar el peligro de fuga, es la prisión preventiva. Y, solo una vez que se arriba a esta conclusión, se debe analizar el art. 290.2, esto es, si la aplicación de la detención domiciliaria, por su condición de madre gestante, es suficiente para evitar el peligro de fuga. Razones humanitarias, la condición de madre gestante, obligan al Juez a evaluar la posibilidad de atenuar el rigor de la prisión preventiva en el caso concreto. Pero también es necesario evaluar la "suficiencia" de la medida (490.2).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Es posible admitir que, teniendo en cuenta que Marissa pertenece a una organización delictiva como Sendero Luminoso, con una alta capacidad de organización, la detención domiciliaria no sea suficiente, aun cuando se encuentre bajo custodia policial. Sólo se evitará una "operación de rescate", si Marissa se encuentra privada de libertad en un establecimiento penitenciario y con todas las garantías y medios de seguridad que ello involucra. En aplicación del art. 290.2 NCPP, a pesar de la condición de madre gestante de la imputada, la medida *necesaria* es la prisión preventiva. Es decir, se aplica, en sede cautelar, el mismo criterio aplicable a la decisión de ubicar un preso preventivo en una prisión de "alta seguridad" o una "prisión para reos primarios" (riesgo de fuga durante la ejecución de la medida cautelar).

Cuando se compara la prisión preventiva y la detención domiciliaria, aun cuando ambos son, en principio, instrumentos eficientes para cautelar el proceso, es obvio que en el primero el riesgo de fuga se neutraliza de forma mucho más efectiva que en el segundo caso. Y es esto a lo que se refieren tanto el CPP 1991 como el NCPP, es necesario establecer que la detención domiciliaria, incluso la más intensa (custodia policial permanente e imposibilidad de salir del domicilio en ninguna circunstancia) puede ser eficiente para lograr el objetivo.

Pero ahora volvamos al caso de María. Si todo indica que existen altas probabilidades de que ha cometido un delito de homicidio, que la prognosis es superior a 4 años de pena privativa de libertad, y, además existen datos que confirman un intenso peligro de fuga [no tiene domicilio fijo, el asesinato lo cometió en el escenario de un robo, no tiene trabajo, etc.] entonces es posible –en un primer nivel de análisis- concluir que la medida necesaria en este caso es la prisión preventiva.

Recién en este estado el Juez podrá valorar el art. 290.2 y evaluar, además, si su condición de madre gestante permite que le sea aplicada la detención domiciliaria. Y es razonable advertir que si en este caso María no pertenece a una organización criminal, es posible neutralizar el peligro de fuga si se le aplica la detención domiciliaria bajo custodia policial. Se decide atenuar los efectos de la privación de libertad por su condición de madre gestante, y porque además, la detención domiciliaria es suficiente para lograr la cautela.

Estos ejemplos demuestran por qué la detención domiciliaria no es una medida cautelar alternativa, sino, una medida sustitutiva. Y además, indican que una persona incursa en alguna de las causales del art. 290.1 también puede ser acreedora de una medida distinta a la prisión preventiva y a la propia detención domiciliaria.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina, las causales humanitarias que justifican la imposición de la detención domiciliaria, no involucran una "presunción de debilitamiento a los efectos de escapar de la justicia"[109]. Esto no es así, al menos en el ordenamiento procesal peruano, por la sencilla razón que el art. 290.1 coexiste con el art. 290.2 que indica que la detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga u obstaculización pueda evitarse. Lo que significa que no existe una presunción, lo que exige su aplicación es la constatación de que esa medida es suficiente para neutralizar el peligro.

Son constataciones frente a la realidad de los hechos y las circunstancias que rodean al imputado, por lo que un Juez, guiado por reglas de la experiencia, no presume[110], valora, realiza un juicio, un pronóstico que debe estar debidamente motivado. Y no considero que pueda oponerse el hecho de que estemos ante una presunción *iuris tantum*, sencillamente, la intención del legislador es otra. Evitar el ingreso en prisión de personas, cuyas circunstancias personales, obligan a valorar que, por lo menos en sede cautelar, se asegure su presencia o se proteja las fuentes de prueba a través de medios menos lesivos. Pero siempre, que esas medidas resulten eficientes.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

109 BARONA VILAR, S., *Prisión provisional…, cit.,* pp. 227-228.

110 Es cierto que existe un pronóstico, que es una operación intelectual que puede entenderse similar a la presunción, pero no es lo mismo. Frente a los datos de la realidad, los que ofrece el caso, el juez debe convencerse de la existencia de un riesgo procesal. Se presume la fuga o la obstaculización [en tanto aún no ocurre, es imposible constatarlas] pero no se presume el riesgo. Por ejemplo, la construcción de la siguiente premisa es una presunción: "No se puede aplicar la prisión preventiva a una madre gestante, porque ésta nunca ofrece un peligro procesal relevante para aplicarla". Pero esta no es la premisa que elige el ordenamiento procesal peruano, no es eso lo que regulan el CPP 1991 y el NCPP. En todo caso, regulan una premisa que puede expresarse de la siguiente manera: "Si el proceso penal se sigue contra una madre gestante debe analizarse primero –entre otros factores- si esa condición permite valorar un peligro procesal inferior y acudir a una alternativa a la prisión preventiva (art. 268 NCPP). Si aún es necesaria la prisión preventiva, debe valorarse si la condición de madre gestante permite aplicar la detención domiciliaria por una razón estrictamente humanitaria (art. 290.1). Sin embargo, si la detención domiciliaria no cumple el objetivo –asegurar el proceso-, se deberá insistir con la prisión preventiva" (art. 290.2 NCPP). Como puede verse, no existe presunción de debilitamiento alguna.

III.3.3 Las "causales humanitarias"

1. Mayor de 65 años

El NCPP permite aplicar la detención domiciliaria a cualquier persona mayor de 65 años, a diferencia del CPP 1991, no es necesario demostrar que además se trata de un enfermo o un incapaz físico.

Sin duda el legislador toma como referencia el art. 22 CP, el mismo que establece que podrá reducirse prudencialmente la pena, cuando el agente tenga mas de 65 años, al momento de realizar la infracción.

Aunque es evidente que dicha norma constituye la referencia, la aplicación del criterio no se sustenta en los mismos motivos. En el CP tiene que ver con el establecimiento de una imputabilidad restringida; y, en el NCPP, siguiendo esa línea, es lógico establecer el límite de los 65 años para entender que los efectos de la prisión preventiva –tan similares a los de la pena privativa de libertad- deben atenuarse en función de la edad. La misma que desde el derecho penal sustantivo disminuye el reproche social por el delito cometido; y, desde la perspectiva del Derecho procesal penal, aumenta el reproche social que involucra el ingreso de una persona mayor de 65 años a un establecimiento penal, antes de la condena.

La norma penal obliga a constatar la edad del agente al momento de la comisión del delito, a diferencia de la norma procesal que debe constatar que el imputado es mayor de 65 años al momento de la [posible] aplicación de la medida cautelar, o si se quiere, al momento de la solicitud Fiscal. Por otro lado, no debe olvidarse que tal como se sostuviera en el análisis del *fumus boni iuris*, el art. 22 CP también debe ser valorado en el ámbito del límite penológico establecido por el art. 268 (recuérdese que la detención domiciliaria procede "pese a corresponder prisión preventiva). Si el art. 22 impide una prognosis de la pena superior a los 4 años de pena

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

privativa de libertad, entonces no solo es imposible aplicar la medida de prisión preventiva, tampoco puede aplicarse la detención domiciliaria, y debe acudirse a alguna de las medidas cautelares personales alternativas que propone el NCPP.

Al utilizar un límite de edad específico se descarta una valoración judicial que podría haber beneficiado a otros imputados a los que también debe atenuarse los efectos de la privación cautelar de libertad por razones humanitarias. ¿Qué diferencia existe entre una persona con 65 años y un mes de vida, y, una con 64 años y 11 meses de vida? En el caso del CP establecer un límite de edad estricto se justifica por imperio del principio de legalidad, los criterios de prevención general y especial, justifican una decisión de ese tipo, en la medida que existe una previa advertencia de contenido penal: el sujeto activo del delito conoce (o debe conocer) el reproche de su conducta según la edad que dispone al momento de realizarla y, puede actuar en consecuencia.

Pero cuando lo que se regula es una medida de carácter instrumental que no involucra ni debe involucrar fines represivos, no parece justificarse un límite específico. Si se alega que la motivación es la misma, que el imputado conocía de la posibilidad que se le aplique la prisión preventiva por ser menor de 65 años, ello constituye una justificación que vulnera la presunción de inocencia. Se estaría partiendo de una premisa, la comisión de un delito, que no ha sido declarada vía una sentencia firme.

Por lo tanto, en el ejemplo anterior y desde la perspectiva procesal, no existe ninguna diferencia relevante entre ambas edades y todo indica que las razones humanitarias justifican ambos casos. El legislador podría haber elegido un criterio que pueda ser dotado de contenido en la interpretación judicial (un antecedente abierto). Como podría ser el caso de "cuando la edad del imputado lo aconseje", acudir al concepto de "tercera edad", etc.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esto guarda estrecha relación con el art. 290.5. Esta norma dispone que cuando desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1, el juez deberá disponer la prisión preventiva. Si bien es cierto que esta norma excluye la condición de un imputado mayor de 65 años [literal a)] porque es una condición que no puede desaparecer, lo cierto es que siguiendo su propia lógica -vinculada a la variabilidad de las medidas cautelares del proceso penal-, también se debió establecer lo contrario.

Lo ideal hubiese sido que el NCPP disponga –expresamente- la posibilidad de atenuar los efectos de la privación cautelar, aplicar la detención domiciliaria a aquella persona que en calidad de preso preventivo –pendiente de sentencia- cumpla los 65 años de edad en el Centro Penitenciario[111]. Sin embargo, aun cuando el art. 290 no lo especifique, en estos casos el Juez puede variar la prisión preventiva por detención domiciliaria al amparo de los arts. 253.2, 253.3 y 255.2 NCPP.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2. Enfermedad grave o incurable

El NCPP se limita a señalar como "causal humanitaria" la existencia de una enfermedad grave o incurable. En el caso de la LECr española, el art. 508 indica que se aplicará la prisión provisional atenuada cuando, por razón de enfermedad, el internamiento entrañe grave peligro para la salud. Son supuestos distintos, en el caso español se debe justificar la atenuación de la privación cautelar de libertad, se debe determinar que el ingreso de determinado imputado en un centro penitenciario, puede agravar la condición del imputado-enfermo. Y es necesario identificar un "grave peligro", que evidentemente se vincula a una concepción que involucra

[111] Siempre, claro está, que el arresto domiciliario sea suficiente para neutralizar el peligro procesal (art. 290.2).

riesgo para la vida o que pueda agravar considerablemente la salud ya resquebrajada.

Pero en el NCPP no existe una mención expresa al peligro que para el imputado –para su salud ya afectada- importa su internamiento en un Centro Penitenciario. El Juez debe limitarse a justificar por qué considera que la enfermedad es grave o incurable, por lo que evidentemente podrá acudir a peritos en la materia[112].

El ordenamiento procesal peruano incluye una causal más amplia, que no se ubica solo en el propósito de preservar la salud y el derecho a la vida del imputado, sino en general, en la intención de evitar los efectos que involucra ingresar a un establecimiento penitenciario a un enfermo. Sin duda la prisión atenuada protegerá su salud (los efectos de la cárcel en un enfermo pueden ser devastadores), pero también protege su desenvolvimiento como persona, su dignidad, etc. Es lo que sucede con enfermedades incurables que, por su propia condición, no representan una situación muy distinta en libertad que en reclusión. Un claro de ejemplo de ello es la situación del imputado enfermo de SIDA que no se encuentre en una fase avanzada, incluso piénsese en el caso de los "portadores" del virus.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el caso español podría alegarse que no existe un grave peligro que pueda generarse como consecuencia del internamiento en prisión –por lo menos no uno mayor al que existe en libertad-, mientras en el NCPP es perfectamente posible aplicar una prisión atenuada en virtud de una causal más amplia, quizá solo por preservar la dignidad del imputado-enfermo, o utilizando términos más sencillos, aunque sea solo por "humanidad". De hecho, no existe ninguna razón para descartar la utilización del arresto domiciliario por una prevención vinculada a los demás internos, el caso de

[112] Lo dispone en forma expresa el Código de Procedimiento Penal Colombiano. Art. 314.4.- *"La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos: Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales"*.

las enfermedades graves que involucran además, un grave riesgo de contagio.

Por otro lado, la diferencia entre la regulación del CPP 1991 y el NCPP no parece ser relevante, en la medida que se limita a incluir el supuesto de enfermedad incurable y, es evidente que toda enfermedad incurable es, por esa misma razón, grave. En todo caso, probablemente la especificación agrega un matiz en el sentido inverso, que no toda enfermedad grave es incurable.

Finalmente, el art. 290.5, como ya se dijo, permite aplicar la prisión preventiva si durante el cumplimiento de la detención domiciliaria desaparecen los motivos previstos en el art. 290.1 [literales b) al d)]. Quiere decir que incluye la posibilidad –remota- de que desaparezca la condición de enfermo grave en el preso preventivo[113].

Pero también hubiera sido deseable que aplicando la misma lógica –variabilidad de las medidas cautelares- se estipulara la posibilidad contraria, variar la prisión preventiva por detención domiciliaria a un preso preventivo al que se le descubre o porque adquiere, una enfermedad incurable durante el tiempo de reclusión, y siempre que no haya sido condenado a una pena privativa de libertad mediante sentencia firme. En todo caso, sigue siendo esta una posibilidad al amparo de los arts. 253.2, 253.3 y 255.2 NCPP.

3. Incapacidad física permanente

El NCPP insiste en la posibilidad de atenuar los efectos de la privación cautelar de libertad cuando el imputado sufre una incapacidad física. Solo que a diferencia del CPP 1991, exige que ésta sea una de carácter permanente y que afecte su capacidad de desplazamiento.

[113] Se entiende que la enfermedad incurable es irreversible.

Podría alegarse que la mención a la capacidad de desplazamiento involucra una disminución del riesgo de fuga, pero como se ha dicho, no considero que el art. 290.1 regule aspectos vinculados al peligro procesal, son causales esencialmente humanitarias. Actualmente los medios de transporte son capaces de facilitar la huída de cualquier persona, incluso de una que sufra incapacidad física permanente y tenga problemas para desplazarse por su cuenta.

La intención del legislador es restringir el ámbito de aplicación de la detención domiciliaria a aquellas personas para las cuales el ingreso en un centro penitenciario antes de la condena sería insoportable. Y sin duda, en el Perú es dramático ingresar a prisión a una persona que al sufrir una incapacidad física permanente, ve seriamente afectada su capacidad de desplazarse. Es un país que –lamentablemente- carece de infraestructura para minusválidos e incapaces físicos en libertad (hospitales, organismos públicos, centros de entretenimiento, etc.); por lo que no es difícil advertir que la situación de las cárceles es mucho peor[114].

Por lo tanto, se valora el efecto humano que involucra para un incapaz físico, estar encerrado entre rejas sin haber sido condenado, y además, sufrir día a día las limitaciones de desplazamiento en un centro donde debe valerse por sí mismo y cumplir obligaciones. Es muy difícil –en el estado actual de las prisiones en el Perú- dotar a estos internos de personal que los asista permanentemente en sus desplazamientos al interior del penal y para la realización de sus labores. Ahora bien, es evidente que el NCPP descarta una incapacidad física que no afecte el desplazamiento, porque considera que en este caso no se justifica la atenuación. El legislador

[114] Y aunque este no es el lugar para discutirlo, es evidente que también debe evaluarse las condiciones en la que se ejecuta una pena privativa de libertad para estas personas, ya que en estos casos, la privación de libertad en su domicilio no existe como posibilidad. Si la situación de un preso en el Perú es inhumana, no quiero ni pensar cuál es la situación de un preso minusválido.

entiende que un incapaz físico que no ve afectada su capacidad de desplazarse no soporta un sufrimiento considerablemente mayor a aquél que se encuentra en perfectas condiciones físicas, y por lo tanto, la atenuación de la privación cautelar de libertad en esos casos afectaría el derecho a la igualdad.

No obstante ello, si se analiza todos los tipos de incapacidad física, también es cierto que el NCPP podría haber excluido algunos casos que pudieran merecer un tratamiento benigno. Los sordos y mudos por ejemplo, pueden sufrir consecuencias terribles en prisión por su incapacidad para comunicarse[115], pero en estos casos no se puede decir que esa incapacidad física afecte su desplazamiento. Sería interesante, desde una perspectiva de *lege ferenda,* incluir algunos de estos supuestos.

Finalmente, el art. 290.5 también incluye este supuesto dentro de la posibilidad de aplicar la prisión preventiva cuando desaparece el motivo que justificó la detención domiciliaria. Sin embargo, ello parece imposible en la medida que se está frente a una incapacidad física permanente, que es por su propia naturaleza, irreversible. En todo caso también se puede acudir a una variación inversa, aplicar la detención domiciliaria si el imputado adquiere la condición de incapaz físico durante el cumplimiento de la prisión preventiva. El Juez deberá comprobar que no se trata de una lesión causada voluntariamente para evadir la prisión, en tanto ese solo hecho –art. 290.2 NCPP- podría constatar una conducta del imputado que demuestra un grave peligro de fuga y una intención manifiesta de eludir la justicia, situación que no podría ser neutralizada a través de la detención domiciliaria. Quien es capaz de infligirse una lesión para evitar la prisión, también es capaz de burlar la detención domiciliaria a cualquier precio.

[115] En un entorno especialmente violento –y esto es lo que sucede en las prisiones- no poder comunicar, reclamar, pedir auxilio; puede tener consecuencias fatales.

4. Madre gestante

El NCPP se limita a regular el supuesto de madre gestante, incluye a todas las mujeres embarazadas, desde el primer día de gestación hasta el momento del parto[116]. Es una causal humanitaria clara. Lo que se pretende, sencillamente, es que una mujer en ese estado no sufra los rigores de la prisión, al menos, no antes de la condena.

Los centros penitenciarios en el Perú carecen de medios para asistir un embarazo y las condiciones carcelarias sin duda ponen en riesgo la vida del feto, que también debe ser protegido de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional. Naturalmente que la detención domiciliaria permite evitar ese riesgo y evitar que la madre gestante sufra prisión en esas condiciones, con todo lo que ello acarrea, no solo para la salud.

Sin embargo, el NCPP no atiende a las diferencias entre una mujer que se encuentra en los primeros meses de embarazo y otra que está en un proceso avanzado del mismo. El Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano es mucho más específico cuando establece que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.

A diferencia del NCPP aquí se entiende que una imputada en los primeros meses de embarazo no enfrenta una situación que requiera una especial protección a través de una atenuación de la privación cautelar de libertad. Y por el contrario, es una regulación que se muestra más receptiva frente al momento posterior al parto. Permite atenuar los efectos de la

[116] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ªed, 2001. Gestante.- que gesta, embarazada. Gestar.- Dicho de una hembra: Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto.

privación de libertad a la madre durante los primeros 6 meses desde el nacimiento del niño, lo que resulta fundamental si se tiene en cuenta que es una etapa crítica, donde el recién nacido necesita una especial atención y cuidado, y las condiciones de un centro penitenciario no son las ideales para cumplir con esa función.

Lamentablemente el legislador peruano no ha tomado en cuenta esta situación. Lo que es particularmente importante si se analiza el art. 290.5, que también incluye este supuesto dentro de la posibilidad de aplicar la prisión preventiva cuando desaparezca el motivo que justificó la aplicación de la detención domiciliaria. Dista mucho de un entendimiento real de la justicia y de un trato humanitario, que el "motivo" para aplicar la prisión preventiva sea el nacimiento de un niño, porque con el desaparece la condición de madre gestante. Sería saludable modificar este extremo de la norma, y siguiendo el ejemplo del ordenamiento procesal colombiano, por lo menos incluir un tiempo posterior al parto.

Otro dato fundamental es el análisis de la proporcionalidad de la medida. El art. 290.5 no se aplica de forma automática. Es cierto que si desaparece alguna de las causales humanitarias previstas en el art. 290 la detención domiciliaria debe cesar, pero ello no obliga a aplicar la prisión preventiva. El nacimiento de un niño puede constituir un hecho relevante a tener en cuenta en la valoración del peligro procesal. Es posible arribar a la conclusión de que esta nueva situación permite la aplicación de la comparecencia restrictiva o el impedimento de salida (variación), al menos no debe descartarse de plano esa posibilidad.

Probablemente la situación que más dudas ofrece es la posibilidad de acudir a la figura inversa. ¿Qué sucede si en virtud de las visitas íntimas[117]

[117] Art. 58 del Código de Ejecución penal peruano.- "La visita íntima tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino, bajo las recomendaciones de higiene y planificación familiar y profilaxis médica. Es concedido por el Director del Establecimiento penitenciario, conforme al reglamento". Art. 197 Reglamento

a las que tiene derecho una mujer en situación de privación cautelar de libertad, ésta queda embarazada?, sin duda al amparo de los arts. 253.2, 253.3 y 255.2 NCPP, es posible solicitar la variación - sustitución de la medida.

Sin embargo, existe la posibilidad de evaluar si esta situación se ha generado de forma intencional, con el único propósito de evadir la prisión, porque ello arroja importantes conclusiones en el análisis del riesgo de fuga y la intención de la imputada de sustraerse a la acción de la Justicia; y con ello, acarrea importantes efectos en el análisis de la "suficiencia" de la detención domiciliaria en el caso concreto. Sin embargo, ¿Cómo es posible demostrar si es una situación intencional o casual?

Sin duda es esta una situación límite. Cómo "quitarle" ese derecho a una mujer que quiere ser madre, o cuando menos, cómo se puede "sancionar" esa decisión, la de procrear, negando la aplicación de la detención domiciliaria. Y lo que puede ser incluso más grave, la variación de la medida puede fomentar el nacimiento de personas por razones que nada tienen que ver con el deseo de procrear, sino, con el de evitar la prisión. Y esta es una situación demasiado compleja, que invita a una alta posibilidad de un futuro desolador para la persona que viene al mundo[118].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

del Código de Ejecución Penal.- "La visita íntima constituye un beneficio al que pueden acceder las personas privadas de libertad procesadas o sentenciadas, que tengan la condición de casadas o convivientes. La administración penitenciaria calificará la condición de convivencia de los internos que no siendo casados, tienen relaciones afectivas permanentes".

[118] En todo caso es algo que puede ser controlado por el Director del establecimiento penitenciario, que de conformidad con el art. 198 del Reglamento del Código de Ejecución penal es el que concede el permiso, previo informe del Órgano Técnico de Tratamiento. Asimismo, el art. 200 del Reglamento dispone que la administración penitenciaria es la encargada de difundir y promover la paternidad y maternidad responsables (sic.) así como programas de planificación familiar.

III.3.4 Régimen de cumplimiento de la Detención Domiciliaria

1. Domicilio

El art. 290.3 NCPP señala que la detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos. La redacción de esta norma indica que la detención domiciliaria solo puede cumplirse en un domicilio. En el del imputado, o en otro, pero queda claro que siempre debe acudirse al concepto de domicilio. Cosa distinta es qué debe entenderse por "domicilio"[119].

La Doctrina Jurisprudencial ha realizado una interpretación amplia del concepto de domicilio en aplicación del CPP 1991. En un caso ventilado en el sistema anticorrupción, ampliamente conocido por los medios de comunicación, se le aplicó a una conocida animadora de televisión supuestamente vinculada a la red de Montesinos, la detención domiciliaria en su centro de trabajo, el *plató* de televisión en el que realizaba sus labores profesionales[120].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Todo indica que el NCPP también podría admitir dicha situación, porque aún cuando no pueda calificarse éste como el lugar donde el imputado reside habitualmente, sí se otorga al Juez libertad para establecer un lugar distinto que cumpla las funciones de domicilio, y, es posible que en casos excepcionales, se entienda que tal función la cumple el lugar de trabajo.

---

[119] Según el art. 33 del CC peruano, el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. El art. 35 menciona que la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares, se le considerada domiciliada en cualquiera de ellos; y, el art. 41 menciona que la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre. Definitivamente, en el contexto del NCPP, el único criterio del CC peruano que es aplicable es el primero: el lugar donde se reside habitualmente. Aunque el propio NCPP, al establecer la posibilidad de que el Juez elija un domicilio distinto al habitual, incluye la posibilidad de elegir un lugar que no siendo el "habitual de residencia", cumpla los mismos efectos.

[120] STC 0376-2003/HC Asunto "Laura Cecilia Bozzo Rotondo".

Sin embargo, será fundamental una valoración precisa del Juez en torno a que dicho centro, no aumente el riesgo de fuga; pero lo que es incluso más importante, es vital tener en cuenta el peligro de obstaculización probatoria. Los delitos cometidos en ejercicio de una función, oficio o profesión, muchas veces obligan a un alejamiento del imputado respecto de su centro de trabajo, porque el imputado puede destruir, falsear o desaparecer documentos de vital importancia para el proceso penal en curso (fuentes de prueba). Situación en la que es legítimo, como se verá, no sólo fijar un domicilio distinto al centro de trabajo, es obvio que además no se permitirá las salidas del domicilio para realizar sus labores, si tal situación permite al imputado entrar en contacto con las fuentes de prueba y existe peligro de obstaculización.

Sin embargo, si bien parece posible extender el concepto de domicilio a su centro de trabajo (lo que además facilita que el imputado desempeñe un trabajo remunerado y reduce las consecuencias nocivas de la aplicación de la medida) todo indica que no se puede extender la detención domiciliaria a otros centros públicos o privados. Algo que resulta curioso, sin duda, porque si se está frente a una norma que ubica entre sus presupuestos (causales humanitarias) una enfermedad grave o incurable, la incapacidad física y, el supuesto de madre gestante, hubiese sido coherente que se analizara la posibilidad de incluir los Hospitales, Clínicas y Centros de Rehabilitación [públicos o privados] como lugar de confinamiento.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2. Custodia

El art. 290.3 menciona que el detenido deberá estar bajo custodia de la autoridad policial o de una institución –pública o privada- o de tercera persona designada para tal efecto.

Siguiendo la lógica del apartado anterior, cuando el art. 290.3 menciona que el detenido podrá estar bajo custodia de una institución

pública o privada, no se refiere al lugar de reclusión. No se está frente a una norma que autorice la detención del imputado en el local de una institución pública o privada, sino que se traslada a dicho centro o tercera persona, la responsabilidad de velar porque el imputado cumpla con las obligaciones impuestas en la resolución cautelar.

Las distintas modalidades descritas adquieren una especial importancia si se les analiza en función del art. 290.2 NCPP. Porque permiten responder a la siguiente pregunta: ¿En qué casos la detención domiciliaria es insuficiente para neutralizar el peligro procesal?

Una vez que la autoridad judicial entiende que la medida necesaria es la prisión preventiva, evalúa si el imputado es mayor de 65 años, sufre una enfermedad grave o incurable, incapacidad física permanente (que afecte su desplazamiento) o es una madre gestante. Pero se exige un nuevo nivel de análisis (art. 290.2), es condición su eficacia, si el juez comprueba que la medida es incapaz de asegurar el desarrollo y resultado del proceso, se debe optar por la prisión preventiva. Será *necesario* aplicarla cuando la detención domiciliaria más intensa (custodia policial y prohibición absoluta de salir del domicilio) es incapaz de neutralizar el peligro procesal[121].

Pues bien, cuando se elige la detención domiciliaria, todo indica que deberá evaluarse también, en cada caso, qué modalidad es la medida suficiente, porque es evidente que no se asumen los mismos riesgos si el imputado se encuentra bajo custodia policial, si está a cargo de una institución pública, custodiado por una institución privada, o por tercera persona. De hecho, esta es la razón por la cual el Código incluye diferentes tipos de custodia, prevé distintas modalidades que pueden ser eficaces según las circunstancias particulares.

[121] Tal como se demostró en el análisis de los ejemplos, esto ocurre en casos excepcionales. Por regla general una persona confinada en su domicilio a tiempo completo, y custodiada por la policía, está casi tan bien "asegurada" como aquélla que se encuentra en un Centro Penitenciario.

Tal como se analiza en el siguiente apartado, es evidente que en aplicación del principio de proporcionalidad y en la verificación de la eficacia de la medida en el caso concreto, le está permitido al Juez elegir entre diversas formas de ejecución de la detención domiciliaria. No solo en lo referente a quién realiza la custodia, también se incluye la limitación de derechos distintos a la libertad personal que pueden afectarse a través de una privación cautelar absoluta: derecho al trabajo, a comunicarse libremente, al estudio, a recibir ayuda psicológica y médica; etc.; o relativa.

3. Limitación de derechos fundamentales distintos a la libertad personal

Cuáles son las limitaciones –efectivas- a las que debe estar sometido el imputado en detención domiciliaria, es quizá el tema central y mas espinoso de esta medida cautelar. En rigor, el problema radica en establecer los límites a los modelos de ejecución de la detención domiciliaria.

Se entiende que el imputado debe permanecer en su domicilio o uno elegido por el Juez. Y, que la custodia, supone el deber –de la policía, de una institución pública o privada; o de tercera persona- de vigilar y comprobar que el imputado cumple con permanecer en su domicilio mientras tal limitación cumpla una función. Existe una atenuación de los efectos del encarcelamiento, porque aquél que se encuentra privado de libertad en un centro penitenciario no sufre las mismas consecuencias que involucra la privación de libertad en un domicilio, ni siquiera cuando se encuentra sometido a custodia policial.

Ahora bien, por regla general el preso preventivo en un centro penitenciario solo puede salir de la cárcel si la medida de prisión preventiva cesa en sus efectos, porque desaparece el sustento fáctico que legitimaba su utilización en el proceso. Pero esto no ocurre, necesariamente, en la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

detención domiciliaria. No existe, *a priori,* una obligación de permanecer en el domicilio durante todo el tiempo de duración del arresto domiciliario.

El art. 290 NCPP –y lo mismo sucedía con el art. 143 CPP 1991- no establece ninguna previsión respecto a la posibilidad del imputado de salir de su domicilio para la realización de actividades específicas. Pero a juicio de la doctrina, ese silencio del derecho positivo procesal no implica prohibición alguna. Es razonable que la autoridad judicial autorice al imputado a trabajar, siempre que se fijen reglas precisas y específicas[122] y que tal actividad esté sometida a control.

De hecho, se ha señalado que la lógica histórica de esta figura indica que una de las principales ventajas –frente a la prisión preventiva- es que el sujeto no pierda su trabajo, pérdida que no puede ser remediada, por su manifiesta limitación, con el trabajo penitenciario, por lo que es absolutamente posible que se permita al imputado en situación de detención domiciliaria poder desempeñar un trabajo profesional o productivo fuera de su domicilio[123].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Pero debe quedar claro que es el Juez el que debe evaluar las condiciones en las que se debe ejecutar la detención domiciliaria en cada caso concreto. Si la realización de labores –como puede suceder en casos

[122] MIXAN MASS, F., ¿En que consiste la detención domiciliaria?, *El Peruano,* 30 de abril de 1998, B-7.

[123] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho..., cit.,* p. 1162. Quien además señala que es obvio que esta opción será viable para la detención restrictiva facultativa en que la detención domiciliaria puede recaer en personas que no adolecen enfermedad o incapacidad. Es decir, esta afirmación la realiza en el análisis del CPP 1991 y por lo tanto, restringe dicha posibilidad al modelo amplio (detención domiciliaria como alternativa regulada en el art. 143.1); por lo que no sería aplicable al art. 290 NCPP (que también regula un modelo restringido). Sin embargo, pienso que es perfectamente posible disponer –cuando las circunstancias lo permitan- que el imputado pueda realizar una labor profesional o productiva en el marco del art. 290 NCPP. Sobre todo porque este artículo –a diferencia del CPP 1991- no exige siempre enfermedad grave o incapacidad física; y, es evidente que una madre gestante y una persona mayor de 65 años aún cuando resulte desproporcionado su ingreso en prisión, se encuentra en perfectas condiciones para trabajar. Y bien visto, no tiene por que descartarse, a priori, que los incapaces o los enfermos no estén en condiciones de realizar una actividad laboral. Se debe analizar caso por caso.

de delitos económicos- compromete el desarrollo del proceso, en tanto coloca al imputado en una situación que le permite obstaculizar la obtención de fuentes de prueba (porque puede destruir, falsificar, ocultar medios de prueba relevantes para el proceso), es posible aplicar una detención domiciliaria que prohíba al imputado salir de su domicilio para ejercer su función laboral. La detención domiciliaria, en tanto medida sustitutiva de la prisión preventiva, también puede aplicarse con el propósito de evitar la obstaculización probatoria.

Este es un dato fundamental, porque el deber de custodia por tercera persona o institución (incluida la autoridad policial) incluirá también el cumplimiento de las obligaciones impuestas en este sentido. El Juez debe valorar las razones por las que el imputado se puede ausentar de su domicilio, el tiempo específico y las obligaciones que debe cumplir durante su ausencia. Todas estas obligaciones son objeto de custodia, por lo que las obligaciones que se impongan tienen una relación directa con la intensidad del peligro procesal –el de fuga y el de obstaculización-.

Pero el trabajo no es la única razón que justifica que el imputado pueda salir del domicilio en intervalos específicos. No existe razón para justificar la salida del domicilio para efectuar labores y sin embargo, negarla para la realización de estudios.

Otra razón fundamental, que cobra una especial importancia en una medida que es aplicable a enfermos graves, incapaces físicos y madres gestantes, es, evidentemente, la atención sanitaria. Si el NCPP no admite la posibilidad de que la detención domiciliaria se realice en instituciones sanitarias públicas o privadas, es evidente que la atención médica podrá realizarse en el domicilio o en una institución de salud pública o privada. En el Perú, la primera opción es una normalmente reservada para personas con recursos. Por lo que no se puede privar de atención médica a aquellas personas de escasos recursos a las que no se puede atender en su domicilio,

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

y que la mayoría de las veces, están obligadas a acudir a un Hospital público.

Evidentemente el juez puede y debe establecer la posibilidad de salir del domicilio para que el imputado cumpla con atenciones médicas que sean indispensables para su salud. Debe llevar un control –el juez, el Ministerio Público, la policía o el encargado de la custodia- de dichas salidas y establecer un seguimiento de las mismas así como establecer la periodicidad estrictamente necesaria de las atenciones médicas. No se puede poner en peligro la salud del imputado por la sencilla razón que ninguna necesidad procesal, de aseguramiento de la eficacia en la administración de Justicia, puede justificar la pérdida o sensible deterioro de una vida humana.

Existen otras razones que son acaso, mas discutibles, pero que pueden ser perfectamente valoradas por el Juez, en la medida que no hay nada que impida dicha valoración: visitas familiares (especialmente en el caso de imputados separados o divorciados que no viven con ciertos familiares cercanos), asistencia religiosa, eventos sociales transcendentes, visitas al psicólogo o psiquiatra, etc. Finalmente, uno de los derechos que el Juez puede limitar es el derecho de comunicarse libremente con otras personas, con excepción del abogado defensor que nunca puede ser incluido en la prohibición. Esta limitación también debe ser justificada, caso por caso, en la existencia de un peligro –significativo- de obstaculización probatoria. Se debe determinar cuáles son las personas con las que se prohíbe la comunicación y cuáles las razones que justifican ese peligro.

En consecuencia, la detención domiciliaria no impide un ámbito de flexibilización que es absolutamente imposible de aplicar en la prisión preventiva, en un imputado que se encuentra privado de libertad en un centro penitenciario, y sometido [sobre la base de un alto peligro de fuga u obstaculización] a severas medidas de seguridad. Las más estrictas que dispone un Estado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sin embargo, que no impida cierto ámbito de flexibilización no significa que sea obligatorio. Es necesaria una individualización, caso por caso, de las limitaciones que deben imponerse a determinado individuo en aplicación del principio de proporcionalidad (subprincipio necesidad) en el caso concreto[124]. Así lo exige el art. 290.2 cuando sostiene que la medida –y su ejecución- está condicionada a que el peligro de fuga u obstaculización pueda evitarse. Condición que como ya se dijo, guarda estrecha relación con las limitaciones y obligaciones dispuestas; y, con la intensidad del peligro que procesal que se enfrenta.

Universitat d'Alacant

[124] En el mismo sentido se pronuncia Ávalos Rodríguez, quién incluye matices importantes en su reflexión acerca de la regulación de la detención domiciliaria en el CPP 1991, que en lo pertinente, es aplicable al NCPP. En primer lugar, es contrario a la posición de un sector de la doctrina en cuanto a considerar que la lógica histórica sea determinante en la interpretación de la posibilidad de salir del domicilio para ejercer determinadas labores. Cuestiona también el art. 153.1 del CPP 1997 en el sentido que solo pueda flexibilizarse la detención domiciliaria cuando se pusiera en peligro la subsistencia del procesado (además señala que es una norma que nunca entró en vigencia). El autor considera que la modalidad de ejecución de la detención domiciliaria y la limitación de otros derechos vinculados encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad, de lo contrario, podría constituir una limitación abusiva de derechos fundamentales cuando su limitación no fuera necesaria para lograr el objetivo de la medida procesal. Lo único en lo que no coincidimos con este autor es que traza una diferencia entre la detención domiciliaria como alternativa y como medida sustitutiva; y parece desprenderse de su posición que en este último caso podría legitimarse la restricción de derechos conexos por su condición de prisión provisional atenuada. Vid. ÁVALOS RODRÍGUEZ, C., p.15. Considero que tanto la detención domiciliaria como medida alternativa, como la sustitutiva no debe restringir más derechos que los estrictamente necesarios para el logro de la finalidad, independientemente de su naturaleza. Tanto el modelo amplio (CPP 1991) como el restringido (NCPP), permiten valorar caso por caso cuales son las restricciones y obligaciones impuestas. Y ello, tal como lo establece el art. 290.2, involucra condicionar el régimen de cumplimiento a las necesidades procesales. Por lo que existirán supuestos en los que se autorizará la realización de ciertas actividades, y existirán otros donde ello será imposible porque se pone en peligro la finalidad de la medida.

III.4 Procedimiento

En principio se debe acudir al art. 255.1 NCPP para establecer cuál es el procedimiento para aplicar la detención domiciliaria en el desarrollo de un proceso penal. Esta norma dispone que las medidas de coerción procesal –entre las cuales se encuentra la detención domiciliaria-, sólo se impondrán por el Juez y siempre que sea el Fiscal el que las solicite[125]. Para la realización de la Audiencia rige lo dispuesto en los arts. 8 y 203; y, de conformidad con el art. 257, procede recurso de apelación contra la resolución que rechace o acepte la solicitud de detención domiciliaria, el mismo que puede ser interpuesto por el Fiscal o el imputado, según el caso.

Si bien se ha sostenido que la detención domiciliaria regulada por el NCPP no es una medida alternativa, ello no obsta a descartar su naturaleza cautelar, mucho menos, su condición de medida de coerción procesal. En dicha línea, se aplican las mismas reglas generales que fueran desarrolladas en el Capítulo II (Prisión Preventiva). No solo es necesaria la postulación de parte, además, los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables cuando varían los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tal como ocurre con la prisión preventiva cuando el art. 255.2 señala que los autos son reformables "aun de oficio", ello no constituye una excepción al principio de postulación de parte, por el contrario, indica que

[125] Existen excepciones. Las medidas que pueden ser adoptadas por el Fiscal y la policía; y, el embargo y la ministración provisional, que pueden ser solicitadas por el actor civil. Una tercera excepción es, como ya se señaló en el desarrollo de la prisión preventiva, la posibilidad de que el Juez adopte una medida cautelar de menor intensidad que la solicitada por el Fiscal. Pero más que una excepción, es una consecuencia del propio principio, se puede aplicar una medida de menor gravedad, nunca una de mayor gravedad. Evidentemente la detención domiciliaria entra en dicho supuesto por constituir una medida de menor intensidad que la prisión preventiva. Pero incluso en este caso su importancia es mayor, si se tiene en cuenta que –como se ha dicho- solo se aplica, cuando concurren los presupuestos de la prisión preventiva. Esto es, la detención domiciliaria la mayoría de las veces se aplicará cuando el Fiscal solicite la prisión preventiva. E, incluso cuando se solicite expresamente la aplicación de una detención domiciliaria, se deberán evaluar los presupuestos de aquélla.

solo se puede variar de oficio la medida, cuando se le pretende reemplazar por otra menos intensa, lo que resulta indispensable en un proceso penal en el que el juez asume la función de "juez de garantías".

Cualquier agravación de la situación personal del imputado solo procede previa solicitud del Fiscal y luego de una audiencia en la que exista un debate contradictorio. Y esto es fundamental porque en los casos que –como se ha dicho- sea posible variar la medida de prisión preventiva por detención domiciliaria –porque la causal humanitaria surge durante el tiempo de reclusión en un centro penitenciario-, ésta es una decisión que el Juez puede adoptar de oficio o a solicitud de la defensa, no es necesario un pedido expreso del Fiscal.

También deben aplicarse las reglas aplicables a la comparecencia restrictiva dispuestas por el art. 187, porque si bien aquí se sostiene que la comparecencia restrictiva y la detención domiciliaria son incompatibles, en el NCPP la segunda está considerada como una de las restricciones que prevé la primera, e independientemente de su verdadera naturaleza (privación de libertad), le son aplicables sus disposiciones comunes.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

La disposición aplicable a la detención domiciliaria es el art. 187.3 que dispone que cuando el imputado no cumple con las restricciones impuestas, previo requerimiento realizado por el Fiscal o el Juez, se revocará la medida y se dictará prisión preventiva. Tal como sucede con la comparecencia restrictiva, aun cuando esta situación se consolida por las restricciones previamente impuestas –es una advertencia que se encuentra incorporada en la obligación de cumplir – estamos frente a una variación de la medida que debe ser solicitada por el Fiscal.

La referencia a las restricciones impuestas, en el marco de la detención domiciliaria, hace referencia a las condiciones en las que se debe ejecutar el arresto domiciliario. Como ya se dijo, el juez puede determinar en

la resolución que dispone la medida, cuál es el régimen específico al que se encuentra sometido determinado imputado al que se le aplica el arresto domiciliario y, estas restricciones incorporan obligaciones que son objeto de custodia.

Cuando la detención domiciliaria es absoluta y debe permanecer siempre en su domicilio, es evidente que se infringe la medida si el imputado –con o sin custodia policial- sale del mismo en cualquier momento. Si el imputado tiene permisos de salida específicos por razones laborales, de estudio o médicas, se infringen las obligaciones impuestas cuando incumple los horarios establecidos o se ausenta fuera del horario impuesto por el Juez, o cuando se retira para realizar actividades distintas a las permitidas por el Juez en la resolución cautelar. En todos estos casos el Fiscal podrá instar la revocatoria de la detención domiciliaria y la correspondiente aplicación de la prisión preventiva.

El art. 290.5, en cambio, regula los presupuestos específicos, las causas humanitarias que permiten aplicar la prisión preventiva luego de confirmar que se cumple, además, con los presupuestos de la prisión preventiva. En estos casos lo que se verifica es la necesidad de un cambio de medida, no es el incumplimiento de las obligaciones por parte del imputado. La variación no se verifica a raíz de la conducta del imputado, sino, por elementos externos, la pérdida de la condición de madre gestante y la curación de una enfermedad grave[126].

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[126] Como ya se dijo, no queda claro como es posible que desaparezca la incapacidad física permanente, que es una condición irreversible. La única posibilidad sería la disminución de sus efectos en la capacidad de desplazamiento (vgr. prótesis), pero resulta una situación poco probable. Evidentemente, tampoco es posible que "desaparezca" la enfermedad incurable. Así, queda la enfermedad grave, que no incurable, y que por tanto, puede ser superada o disminuir su gravedad durante la estancia en detención domiciliaria.

Esto guarda una estrecha relación con el art. 290.3 NCPP, cuando señala que el control de la observancia de las obligaciones impuestas –en la detención domiciliaria- corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Si los encargados de controlar el cumplimiento de las limitaciones impuestas son el propio Ministerio Público, y la policía, que es una institución subordinada a la primera, es obvio que no existe otro camino que el de una previa solicitud de parte para ejecutar una medida cautelar personal más intensa.

No cabe duda que la detención domiciliaria, solo procede cuando es solicitada por el Ministerio Público. En este caso se aplica lo mismo que se sostuvo al analizar la prisión preventiva, la exigencia de una previa solicitud del fiscal, es coherente con la verdadera dimensión del principio de jurisdiccionalidad, porque en un sistema procesal en el que la investigación se confiere al Ministerio Público, y en el que el Juez es esencialmente de garantías, se debe preservar la imparcialidad absoluta de éste último. Y esto incluye la decisión vinculada a la aplicación de una limitación de derechos fundamentales con fines cautelares respecto de la cual, naturalmente, no se puede constituir en *juez y parte*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Este razonamiento se aplica a cualquier limitación de derechos fundamentales del proceso penal, y es por esta razón que el art. 255 incluye todas las medidas incluidas en el título, no restringe el ámbito de postulación de parte a la prisión preventiva. Sin embargo, entre todas las medidas cautelares personales del proceso penal distintas a la prisión provisional, en la detención domiciliaria ésta exigencia es si cabe, mas importante que en cualquier otro caso. En primer lugar, porque la detención domiciliaria es la segunda medida cautelar más grave del ordenamiento procesal; y en segundo lugar, porque su condición de medida sustitutiva involucra que la evaluación de las circunstancias sean las mismas que deben evaluarse en la aplicación de la prisión preventiva.

Los presupuestos regulados por el art. 290.1 involucran la optimización de derechos fundamentales del imputado –salud, vida, etc.-. Son criterios orientativos, que exigen que el Juez deba evaluar estas circunstancias, "pese a corresponder prisión preventiva". Los derechos fundamentales que están abarcados por las razones humanitarias del art. 290.1, no solo deben ser advertidos por la autoridad judicial, es éste también un deber de Fiscal en atención al art. 159 de la Constitución del Perú que incorpora como un deber del Ministerio Público el actuar en defensa de la legalidad.

Por lo tanto, si a pesar de que la evaluación realizada por el Fiscal indica que la medida necesaria –en principio- es la prisión preventiva, pero sin embargo, advierte la existencia en el imputado de una edad superior a 65 años, una enfermedad grave o incurable, una incapacidad física que afecte sensiblemente su desplazamiento, o que se trata de una madre gestante, es perfectamente posible que el Fiscal solicite la detención domiciliaria.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En cualquier caso, siempre es necesario el pedido el Fiscal, ya sea porque se solicita la prisión preventiva y se aplica la detención domiciliaria como una menos intensa; ya sea porque el Juez acepta la solicitud fiscal de aplicar la detención domiciliaria. Pero el Juez no puede aplicar, nunca, la detención domiciliaria de oficio, ni aplicar ésta cuando el Fiscal solicita una menos intensa.

III.5 Duración

El art. 290.4 establece que el plazo de duración de la detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva (arts. 273 al 277). Y esto es consecuencia natural de algo que se ha defendido en este trabajo. El arresto domiciliario es una privación cautelar de libertad, ni se ubica en el ámbito de la comparecencia con restricciones, ni puede

calificarse como una restricción ni es posible acuñar una denominación tan contradictoria como lo es la de "comparecencia con mandato de detención".

En el mismo sentido, el art. 490.2 señala que en la ejecución de sentencia, producida la captura, el Juez de la Investigación Preparatoria realiza el cómputo de la pena descontando (además del tiempo permanecido en detención, en detención en el extranjero como consecuencia de un procedimiento de extradición y en prisión preventiva) el tiempo de detención domiciliaria que hubiera cumplido. Por lo que existe una identidad entre el abono en el cumplimiento de la pena aplicable como consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, y el abono de la detención domiciliaria.

Frente a esta situación existe un antecedente importante, que originó un intenso debate en el escenario jurídico peruano. Frente a la inexistencia de una norma que regulara el abono de la detención domiciliaria en el cumplimiento de la pena, esto en el ámbito del CPP de 1991, el Congreso de la República promulgó la Ley 28658 que modificaba el artículo 47 CP. De esta forma, la nueva redacción del art. 47 CP incluía además del tiempo de duración de la prisión preventiva, a la detención domiciliaria (y la detención preliminar); de tal forma que [también] se creaba una "identidad matemática" ente la prisión preventiva y el arresto domiciliario a efectos del abono. Tal modificatoria originó un intenso debate en la Doctrina[127], de hecho, en el escenario social[128], y desembocó en la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[127] CASTILLO ALVA, J.L., "El cómputo del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena privativa de libertad", *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 140, 2007; Gamarra Herrera, R., "El Nuevo mensaje del Congreso ¡Delinca…y cumpla la pena en su casa! *Justicia Viva,* 2007; CARO CORIA, C., "El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena", http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Arresto-domiciliario.pdf,2007; MEINI MÉNDEZ, I. "La detención domiciliaria y su abono para el cómputo de la pena privativa de libertad", Informativo Justicia Viva, N° 18, ene – feb 2005.

[128] El debate no solo incluyó una discusión jurídica en torno a si era legítimo "identificar" el abono de la prisión preventiva con la detención domiciliaria, además, reavivó un debate

En dicho debate –en términos generales- se sostuvo que tal equiparación era equivocada por cuanto infringía el principio de igualdad al otorgar un distinto tratamiento al sujeto sometido a prisión preventiva y aquél al que se le aplica una detención domiciliaria, cuando evidentemente no sufren una privación cautelar de libertad de igual intensidad. Sobre la base de este mismo razonamiento, el TC peruano declaró la inconstitucionalidad de la modificatoria.

No obstante ello, como acertadamente sostuvo CARO CORIA en el análisis jurídico de la modificatoria, si bien tal razonamiento puede encontrar justificación en el ámbito del CPP 1991, no sucede lo mismo con la actual regulación del NCPP. En este contexto sí resulta razonable la previsión del art. 490.2 NCPP -de descontar un día de pena privativa de libertad por uno de detención domiciliaria-, porque se trata de imputados a los que el arresto en el domicilio no se les impone como alternativa (discriminatoria) a la prisión preventiva, sino como sustituto de ésta[129].

En tal sentido, la discusión pierde vigencia en la actual regulación propuesta por el NCPP. Y además, pone de relieve una cuestión fundamental, el NCPP es el resultado de una ponderación de los intereses en juego en la aplicación de la detención domiciliaria, que inevitablemente, ha llevado al legislador a construir una versión muy restringida del arresto domiciliario.

---

que ya existía en el Perú en torno al Sistema Anticorrupción, la dura crítica en torno a la utilización de una herramienta –la detención domiciliaria- que era criticada por su marcado carácter elitista. El 18 de julio de 2005, en la Web de Proética [Consejo Nacional para la ética pública] se indicaba que de los 83 imputados a los que se habría aplicado detención domiciliaria en la ciudad de Lima, 47 de ellos estaban involucrados en procesos vinculados a la mafia de Fujimori y Montesinos). [http://www.proetica.org.pe/]. Si queda alguna duda de la "sensación" que generó esta situación en los medios de comunicación, en la propia nota informativa se señala lo siguiente: *"Aquellos que robaron millones de soles al Estado, o participaron en crímenes durante el régimen de Fujimori, gozan hoy de la comodidad de sus casas, mientras esperan que el Poder Judicial los sentencie (…)"*.

[129] CARO CORIA, C., "El abono…", *cit.,* p. 8.

Aun cuando un amplio sector de la Doctrina sostiene que la mejor opción de un sistema democrático es ampliar el ámbito de actuación de la detención domiciliaria, no cabe duda de que a pesar de que el NCPP es un Código esencialmente acusatorio y respetuoso de los derechos fundamentales del imputado; el peso de los antecedentes ha sido fundamental para restringir una herramienta que lamentablemente ha sido utilizada en casos muy específicos.

Esta situación pone al descubierto una cuestión evidente. La detención domiciliaria en aquellos ordenamientos que la sitúan como una medida alternativa, debería, por su eficacia, utilizarse en mucho mayor medida que la prisión preventiva. Y no es necesario acudir a una estadística específica para demostrar que ello, no es lo que sucede en la realidad en los países que la incluyen como alternativa.

Los nuevos tiempos indican que la detención domiciliaria no es la solución al conflicto que presenta la necesaria eficacia en la administración de justicia y la libertad del individuo. En la mayoría de casos se convierte en una herramienta elitista que además configura un altísimo costo para el Estado. La "solución" para la protección, eficaz, del proceso penal, es establecer mecanismos alternativos de control que no constituyan, necesariamente, una privación de libertad. Y esto es lo que sucede con el NCPP, a pesar de una visión mucha más restrictiva de la que finalmente es, solo una de sus medidas.

La detención domiciliaria puede ser útil para sustituir la prisión preventiva. Y gracias a esa condición de sustitución, debe configurarse en una medida tan excepcional como aquélla. La regla en el proceso penal es la libertad, y para ello, es preferible regular una detención domiciliaria sustitutiva, que un arresto domiciliario al que se califica como "comparecencia", que se establece como "alternativa" y al que se recurre, desconociendo, su verdadera naturaleza de medida privativa de libertad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Bien visto, el NCPP no es menos garantista. Porque permite acudir a "verdaderas" alternativas a la prisión preventiva, aquéllas que sitúan la privación cautelar de libertad en el lugar que le corresponde: el de último recurso.

La consideración de la detención domiciliaria como lo que es, una privación cautelar de libertad, no es una cuestión baladí. No es una discusión puramente teórica. Primero, porque al ser considerada como una privación cautelar de libertad y, la segunda medida en grado de intensidad del ordenamiento procesal, se exige la valoración de su carácter provisional, excepcional y, subsidiario[130].

En segundo lugar, por que es fundamental para entender el régimen de duración de la medida, para asimilarlo a la duración de la prisión preventiva y para evitar, siempre, que la detención domiciliaria puede sustituir a la prisión preventiva al término de la duración de ésta. Práctica –lamentablemente- común en la aplicación del CPP 1991, y que sin duda fue propiciada en gran medida, por el razonamiento doctrinal que la situaba como una medida restrictiva, una comparecencia restrictiva o una comparecencia con mandato de detención. Finalmente, porque permite que exista una identidad entre el abono de la prisión preventiva y la detención domiciliaria, que es lo que debe suceder cuando ésta es una medida sustitutiva de aquélla.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[130] STC peruano 1565-2002.HC/TC de 5 de agosto. "Caso Héctor Chumpitaz González".

IV. La internación preventiva

La internación preventiva es una medida cautelar personal cuyo objetivo es asegurar el desarrollo y resultado del *proceso penal de peligrosidad*, en el que se pretende aplicar la medida de seguridad de internamiento, mediante la privación cautelar de libertad del inimputable en un establecimiento psiquiátrico.

A juicio de la Doctrina, la tutela cautelar del proceso penal de peligrosidad exige:

a) La realización de un "primer juicio" de peligrosidad referido a la probable conducta del imputado en relación con su incidencia en la sustanciación del proceso y la eficacia de su resultado.

b) Una fuerte presunción de que el imputado, con independencia de su voluntad, puede encontrarse en un estado tal que, de probarse los hechos que se le imputan, pudiera ser declarado peligroso, y en consecuencia, padecer la imposición de una medida de seguridad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

c) Evitar la imposición de cualquier medida que suponga de facto la mera imposición de medidas de seguridad predelictuales, que se justifiquen en criterios de prevención especial. Solo podrán acordarse las medidas de aseguramiento [procesal] necesarias para prevenir, provisionalmente, la concreta peligrosidad derivada de la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento[131].

[131] SANTOS REQUENA, A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 236 – 237.

Hasta la publicación del NCPP 2004, el ordenamiento jurídico peruano solo preveía medidas de internamiento para el anormal psiquiátrico[132] o el fármaco – dependiente[133]. Estas medidas pueden ser aplicadas como consecuencia de un Informe psiquiátrico o una pericia médico - legal, y, siempre que se considere necesario arbitrar una medida de prevención y seguridad hasta que se resuelva definitivamente su situación. Si bien constituyen un internamiento provisorio, sólo son aplicables al imputado detenido (preso preventivo), y constituyen una vía inmediatamente anterior a la decisión final de aplicar, en su caso, la medida de seguridad de internación[134]. No constituyen una medida cautelar personal en sentido estricto.

El art. 293 NCPP sí regula una institución cautelar que respeta los lineamientos descritos, porque permite al Juez de la Investigación Preparatoria, ordenar la internación preventiva con el propósito de asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal, que eventualmente, aplicará la medida de seguridad de internación regulada por el CP.

Según el art. 72 CP solo podrá aplicarse una medida de seguridad, al agente que haya realizado un hecho previsto como delito; y, cuando del hecho y su personalidad pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. A su vez, el art. 74 menciona que la internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia y, solo puede disponerse si concurre el peligro de que el agente vaya a cometer delitos considerablemente graves. Esta medida de seguridad de internación,

[132] El art. 191 CPP 1940 permite al Juez, a resultas de la pericia psiquiátrica, si entiende que el inculpado padece enajenación mental, previo dictamen fiscal, ordenar su ingreso a un asilo de insanos. Además debe elevar la instrucción para que el Tribunal resuelva definitivamente.
[133] El art. 28 del Decreto Ley Nº 22095 permite que, previa pericia médico legal, si se acredita la condición de drogadicto de un procesado por tráfico ilícito de drogas, se le internará en un centro estatal de rehabilitación para fármaco – dependientes.
[134] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho procesal…, cit.,* pp. 1168 - 1169.

su ejecución y el normal desarrollo del proceso en el que se pretende su imposición, es lo que cautela la internación preventiva.

De esto se desprende un dato fundamental: desde una perspectiva de construcción normativa, es cierto que la internación preventiva es una "medida alternativa" a la prisión preventiva. Existen ordenamientos que acuden a una privación cautelar en un centro penitenciario para asegurar el desarrollo y resultado del proceso de peligrosidad. Por lo tanto, es factible que de *lege ferenda*, se proponga una alternativa a la prisión preventiva, una medida cautelar más adecuada para el sujeto que podrá ser objeto de una medida de seguridad de internación. La instauración de la medida se encuentra estrechamente ligada a la concepción de idoneidad, en tanto es lógico que la privación cautelar de un inimputable se produzca en un centro hospitalario o psiquiátrico adecuado a las condiciones del imputado, pero que además cumpla los mismos objetivos que se persiguen con su ingreso en un Centro Penitenciario.

Sin embargo, esta investigación ha utilizado el término *alternativa* como uno que permite materializar el efecto de la aplicación del subprincipio de necesidad en la imposición de una medida cautelar personal en el proceso penal. Un concepto que se manifiesta en el proceso intelectual –del juez- que permite elegir alguna de las medidas alternativas del catálogo para asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal, evaluando cuál es la menos intensa, la única indispensable, entre todas aquellas capaces de cumplir el objetivo con suficiente eficacia.

En esa línea, son alternativas aquellas que cumplen los mismos objetivos, pero que además, forman parte de una elección discrecional del juez, que a través de una motivación razonable, elige la que considera indispensable para el caso concreto. Entonces, aun cuando la internación preventiva cumple los mismos presupuestos y funciones, no es una alternativa de la prisión preventiva en sentido estricto. Son las condiciones del sujeto

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

sobre el que recae la medida y la consecuencia jurídica que se pretende asegurar, las que determinan la elección de una u otra. La medida más grave que se puede aplicar a un inimputable es la internación preventiva y ésta solo se dirige a "cautelar" la imposición de una medida seguridad (internamiento) no una pena privativa libertad. Cuando no se está frente a un inimputable la medida más grave posible es la prisión preventiva, y además, se excluye la internación preventiva como instrumento cautelar, lo que se pretende asegurar es la ejecución de una pena privativa de libertad, no, la aplicación de una medida –final- de internamiento[135].

Si durante la sustanciación de un proceso de peligrosidad aparecen motivos para que la acusación incorpore el pedido de que se aplique una pena privativa de libertad, la medida idónea será la prisión preventiva. Lo mismo ocurre en el caso contrario, si se demuestra que el imputado sometido a un proceso penal en el que se le pretende aplicar una pena privativa de libertad; es un inimputable, y por tanto, la medida que debe solicitarse es la de internación, la medida adecuada para cautelar ese proceso será la internación preventiva.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Una situación distinta es la del impedimento de salida, y la comparecencia simple o restrictiva; o en su caso, la suspensión preventiva de derechos. El internamiento no pretende anticipar los efectos de la medida se seguridad, persigue asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal que se sigue en su contra.

[135] La única duda la plantea la internación de inimputables regulada por el art. 77 CP. Éste señala que cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. ¿Cuál es la medida cautelar aplicable en estos casos? Si es necesaria una privación cautelar de libertad para proteger el proceso, se debe priorizar la medida de internación preventiva, porque si el Juez cree necesaria una internación previa a la ejecución de la pena privativa de libertad, es porque lo considera fundamental para el cumplimiento de la pena. Ese criterio se asume con mayor razón, en el caso de un sujeto que aún no ha sido declarado penalmente responsable.

Sin embargo, cuando la medida de seguridad que se espera no es una de carácter prolongado o cuando el peligro procesal que representa el sujeto es de muy baja intensidad, es posible aplicar el impedimento de salida del país o la comparecencia (simple o restrictiva) como auténticas alternativas del internamiento preventivo, en tanto ésta no es una "medida obligatoria", como no lo es ninguna medida cautelar personal del proceso penal.

IV.1 Presupuestos

El art. 293.1 establece que el Juez de la Investigación Preparatoria podrá ordenar la internación preventiva del imputado en un establecimiento psiquiátrico, previa comprobación, por dictamen pericial, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornen peligroso para sí o para terceros.

Antes de la enumeración de los presupuestos específicos –*fumus boni iuris* y *periculum in mora*- el NCPP describe un presupuesto subjetivo de carácter general; la internación preventiva solo puede ser aplicada a sujetos determinados. En estricto, a aquellas personas en quiénes recae un dictamen pericial que confirma la *grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales*. Se refiere a las causas eximentes que regula el art. 20.1 CP, en tanto se equipara a los supuestos de anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia.

Pero además, el dictamen –se entiende- debe plasmar una conclusión determinante –presupuesto objetivo-: la grave alteración o insuficiencia mental debe conducir a la conclusión de que esa persona constituye un peligro para sí o para terceros.

Esta última referencia podría indicar que se está ante una medida predelictual, que pretende evitar la reiteración delictiva. Sin embargo, si bien

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

es cierto que la internación preventiva solo puede aplicarse a un "sujeto peligroso", la circunstancia preponderante es que éste debe constituir, además, un peligro para el proceso. Es necesario evaluar que el sujeto constituye un peligro para la sociedad, no porque la medida cautelar deba cumplir con el fin de neutralizar aquél, sino, porque la peligrosidad futura constituye un presupuesto de la medida de seguridad –final-. Resulta desproporcionado aplicar una medida cautelar de internación preventiva a un sujeto que no constituye un peligro para la sociedad, en la medida que la ausencia de ese presupuesto también importa la imposibilidad de aplicar la consecuencia jurídica que se pretende asegurar. Lo que quiere decir que ésta exigencia se ubica en el *fumus boni iuris*[136].

IV.1.1 *Fumus boni iuris*

El art. 293.1.a) establece que para aplicar la internación preventiva es necesario verificar la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es autor de un hecho punible o partícipe en él, y probablemente será objeto de una medida de seguridad de internación.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el análisis del art. 268, se sostuvo que la prisión preventiva integra el *fumus boni iuris* sobre la base de la existencia de "fundados" y "graves"

[136] En un sentido similar se pronuncia SANTOS REQUENA, quien compara el juicio previo de peligrosidad del sujeto, con la existencia de un *fumus boni iuris*, circunstancia que de concurrir, justificaría el carácter inevitablemente anticipatorio que, en mayor o menor grado, toda medida cautelar supone respecto de la sentencia cuya efectividad tiende a asegurar. [Vid. Santos Requena, A., La imposición..., cit., p. 236]. La diferencia con la postura que aquí se defiende es que, si bien se reconoce cierto matiz anticipatorio en torno a la verificación del *fumus boni iuris;* su verdadera importancia radica en la proporcionalidad en sentido estricto, no, en anticipar los efectos de la pena, o en este caso, de la medida de seguridad. El autor parecer situar el juicio de peligrosidad del sujeto en la intención –paralela a la función cautelar- de neutralizar esa situación de peligro. Lo que aquí se sostiene es que en realidad, al verificar tal situación se pretende evitar aplicar una medida cautelar en un proceso penal en el que la consecuencia jurídica que se prevé, no tenga mayores opciones de materializarse. Lo relevante, es que si el sujeto no es peligroso, entonces, tampoco se podrá aplicar la medida de seguridad de internamiento. Ello, independientemente de que en su ejecución, la medida cautelar pueda proteger a la sociedad del individuo, o porque no decirlo, al individuo de la sociedad.

elementos de convicción para estimar razonablemente, la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. El primer dato relevante entonces, es que a diferencia del *fumus* aplicable a la prisión preventiva, el art. 293 NCPP excluye los términos "fundados" y "graves". Solo mantiene el sustento base: "elementos de convicción", y reemplaza el término "fundados" por "suficientes". Además se entiende que el pronóstico es uno que indica que el imputado, "probablemente", será objeto de una medida de seguridad.

De la comparación con el *fumus boni iuris* de la prisión preventiva, en principio, aquí se aplica la misma crítica que allí se hiciera en referencia al uso del término *convicción*. En sede cautelar lo que existe son posibilidades, probabilidades, altas probabilidades; nunca convicción o certeza. También se realizó una crítica en torno a la referencia a la supuesta "gravedad" de los elementos en los que se sustenta el Juez de la Investigación Preparatoria para aplicar la prisión preventiva. Se dijo, que los medios de prueba pueden ser más o menos útiles, no más o menos "graves", lo que importa que la supresión de este término en la regulación de la internación preventiva no incorpora consecuencias relevantes en la interpretación de la evaluación del *fumus boni iuris*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En dicha línea, los términos claves para dotarlo de contenido son "suficientes" y "probablemente". Cuando en el análisis de la prisión preventiva se dijo que debía interpretarse el art. 268.1a) otorgando mayor incidencia a los términos "fundados" y "razonablemente"; se arribó a la conclusión de que para dictarla, es necesario verificar una "alta probabilidad" de sancionar al imputado a una pena privativa de libertad -superior a 4 años-, lo que involucra la necesaria presencia de un *plus* material.

Pero esto no puede sostenerse a partir de la regulación de la internación preventiva. El art. 293 se limita a exigir "suficientes" elementos de

convicción, prescribe un "umbral" indiciario que se aleja de las exigencias aplicables a la prisión preventiva. De hecho, el término suficientes, no solo no acerca la concepción del *fumus* a una alta probabilidad de condena, la suficiencia, se equipara a la posibilidad de condena, y con ella, al sustento indiciario que permite la formalización de una investigación penal y la aplicación de la comparecencia. Sin embargo, el término "probablemente" sí indica que la internación preventiva solo opera luego de verificar un predominio de las razones que pueden justificar la imposición de una medida de seguridad, sobre las razones divergentes o las justificativas de una sentencia absolutoria. Sin embargo, está claro que sigue siendo un umbral menor que el de la prisión preventiva, que exige altas probabilidades, una situación cercana a la certeza. La regulación de la internación preventiva suprime ese *plus* material que dota a la prisión preventiva de una naturaleza excepcional. Parece exagerado que una medida como la internación, que constituye una auténtica privación de libertad, presente menores exigencias que la prisión preventiva, nada justifica la distinción.

Por otro lado, la internación preventiva no fija un límite penológico expreso. Sin embargo, es de vital importancia acudir al análisis del art. 74 CP cuando menciona que sólo podrá interponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves. Cuando el art. 293 NCPP establece como un elemento integrante del *fumus boni iuris,* la necesidad de verificar que el imputado probablemente será objeto de una medida de seguridad, supone, como ya se dijo, que la peligrosidad del sujeto es un presupuesto fundamental para aplicar la internación preventiva. Por lo que no solo se debe verificar la probabilidad que el sujeto ha cometido un delito y que su conducta es peligrosa para el desarrollo y resultado del proceso. También debe demostrarse que es muy posible que cometa delitos en el futuro (art. 293 primer párrafo); y no solo eso, tal como señala el art. 74 CP, que dicho peligro se funde en la probabilidad de cometer *delitos considerablemente graves*. De lo contrario, tampoco será posible aplicar la medida de seguridad y, si no existen

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

posibilidades de aplicar ésta, no corresponde imponer la medida que cautela su ejecución.

IV.1.2 *Periculum in mora*

El art. 293.1.b) exige una presunción suficiente de que el imputado no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación. Rigen análogamente los artículos 269 y 270. Si bien en este caso la construcción del *fumus boni iuris* presenta una estructura distinta que la dispuesta para la prisión preventiva, en el caso del *periculum in mora* la construcción es muy similar.

Si bien es cierto que la norma no utiliza los mismos términos utilizados por el art. 268 (eludir la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad); presenta otros absolutamente equivalentes: el peligro de que el imputado no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación son conceptos absolutamente asimilables al peligro de fuga y obstaculización. Cualquier duda en ese sentido queda absolutamente descartada con la referencia expresa a los arts. 269 y 270 NCPP.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El Juez debe acudir a los mismos criterios que se utilizan cuando se aplica la prisión preventiva con la intención de evitar el peligro de fuga: arraigo; gravedad de la pena que se espera; importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él; y, comportamiento del imputado durante el procedimiento o en un procedimiento anterior [peligro de fuga, art. 269 NCPP]. Lo mismo sucede con el peligro de obstaculización, se debe evitar: la destrucción, modificación, ocultación, supresión o falsificación de medios de prueba; la influencia para que coimputados, testigos, peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e inducir a otros a realizar tales comportamientos [peligro de obstaculización, art. 270 NCPP]. Además, tal como ocurre con la prisión preventiva, basta la presencia de uno de estos

peligros para aplicar la internación preventiva (siempre que el peligro sea suficiente y se cumplan los demás presupuestos).

La diferencia entre la internación preventiva y la prisión preventiva no se ubica en los criterios ni en las funciones que pretenden ambas medidas, pero sí existe una diferencia en torno a la "firmeza" del pronóstico de peligrosidad procesal del individuo. Llama la atención que se establezca como criterio la existencia de una "presunción suficiente" de un peligro procesal. Resulta absurdo que para aplicar la prisión preventiva se requiera que los actos de investigación permitan *colegir razonablemente* la existencia de un peligro; y, para la internación preventiva sea suficiente una *presunción suficiente*. No es nada clara la "distinción" que realiza, otra vez, el NCPP, pareciera que las funciones terapéuticas justifican una menor rigidez en los presupuestos, o lo que es peor, pareciera que dicha menor rigidez se justifica en una posible medida de seguridad predelictual encubierta. Pero no existe ninguna justificación para ese tratamiento diferenciado.

IV.2 Procedimiento

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El art. 293.2 NCPP establece que el procedimiento para imponer la medida de internación preventiva se rige por lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del art. 274. Esto supone que el Juez de la Investigación Preparatoria se pronuncia previa realización de una Audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. La Audiencia se lleva a cabo con la asistencia obligatoria del Ministerio Público, el imputado y su defensor. Puede decidir la imposición de la medida o rechazarla, en el mismo acto o en las 72 horas siguientes a la realización de la Audiencia. Contra esta resolución procede recurso de apelación.

Una vez más no existe una mención expresa a la necesidad de que la internación preventiva sea solicitada por el Ministerio Público. Pero se debe insistir en la redacción del art. 255.1, que exige que todas las medidas

cautelares –incluida la internación preventiva- requieren de una solicitud fiscal previa.

El Juez solo puede aplicar de oficio la internación preventiva, si el imputado se encuentra sometido a prisión preventiva; y entiende, que existe un "viraje" en el proceso penal, porque durante su sustanciación se descubre la anomalía psíquica que convierte al proceso en uno de peligrosidad. En este caso específico, si el Fiscal no solicita la variación de la medida –una acorde para la salud mental del imputado- es evidente que el Juez puede declararla de oficio porque es una medida que globalmente considerada, es de una intensidad inferior a la prisión preventiva, a pesar de constituir una privación cautelar de libertad.

El art. 293.2 también menciona que no es necesaria la concurrencia del imputado a la audiencia si su estado de salud no lo permite, pero es obligatoria la presencia del defensor, en tanto el derecho de defensa es inviolable. El imputado también puede ser representado por un familiar, y aunque la norma no lo menciona expresamente, se entiende que tratándose de inimputables con ausencia de capacidad procesal, lo lógico es que no solo lo reemplace cuando la salud del imputado lo justifique, sino, siempre que se considere pertinente para una un mejor ejercicio de su derecho de defensa.

La internación preventiva, como ocurre con toda medida cautelar personal, también está dotada de una naturaleza necesariamente provisional. Deberá cesar o ser modificada por una medida menos intensa, no solo cuando en la sustanciación del proceso se verifica que los presupuestos fácticos del peligro de fuga u obstaculización desaparecen, o se descubre que éstos no eran lo que se pensaba. También deberá cesar, naturalmente, si en el proceso penal existe una variación respecto del *fumus boni iuris,* cuando se desvanece la probabilidad de declarar que el imputado es responsable de la comisión de un delito en calidad de autor o

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

partícipe. Pero esto es lo que ocurre con todas las medidas cautelares personales del proceso penal. En el caso de la internación preventiva existe una circunstancia adicional que involucra el cese inmediato de la prisión preventiva: Si el Juez entiende que el sujeto ya no constituye un peligro para sí o para terceros, la medida debe ser levantada inmediatamente, porque eso significa que tampoco será posible aplicar una medida de seguridad de internamiento, que también tiene como presupuesto la peligrosidad del individuo sometido a proceso.

Esto guarda relación con el art. 75 CP, el cual establece que, sin perjuicio de que el Juez lo solicite cada seis meses, la autoridad del centro de internación deberá remitir una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida de seguridad de internamiento han desaparecido. Si esto ocurre, el Juez debe cesar la medida de internación impuesta. El art. 492.2 señala exactamente lo mismo, el Juez Penal deberá examinar periódicamente la situación de quién sufre una medida de internación. Existe un plazo no mayor de seis meses entre cada examen y decide previa audiencia teniendo a la vista el Informe médico del establecimiento y del perito. Debe sustituir o cancelar la medida de internamiento cuando el Informe demuestre que desaparecieron las causas que motivaron la internación.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Si el art. 492.2 NCPP, obliga al el Juez a evaluar –cada seis meses- la medida de internamiento, es evidente que debe ocurrir lo mismo con el internamiento preventivo. Incluso cuando aquí se defiende que la internación preventiva no cumple fines de prevención especial, no se debe olvidar que la peligrosidad del sujeto en el que recae esta medida también constituye un presupuesto para su aplicación; y por lo tanto, la medida cautelar debe suspenderse cuando desaparece dicho presupuesto. Además, cuando desaparece la peligrosidad del sujeto, con ella, desaparece la posibilidad de imponer una medida de seguridad. La medida cautelar carece de sentido cuando el objeto al cual sirve desaparece

(provisionalidad). En consecuencia, es necesario que el Juez evalúe también la internación preventiva en un intervalo no mayor a seis meses, de esta forma se respeta su naturaleza provisional.

Finalmente, el art. 294 regula el "internamiento previo" para observación y examen. Este es un internamiento que puede disponer el Juez para que el imputado sea llevado y observado en un hospital psiquiátrico, con el propósito de preparar un dictamen sobre el estado psíquico del imputado. Los presupuestos para adoptar esta medida son: 1) la existencia de elementos de convicción razonables de la comisión de un delito; 2) que guarde relación con la importancia del asunto; y, 3) que corresponda esperar una sanción grave o la medida de seguridad de internamiento. Este internamiento previo tiene una duración máxima de un mes.

Es evidente que esta es una clara limitación de derechos fundamentales, constituye nada menos que una privación de libertad, el internamiento, que no tiene una función cautelar. Es una clara medida pre-cautelar. El Juez en algunos casos debe adoptarla con carácter previo a la decisión de aplicar una internación preventiva. Dota a los peritos de las condiciones necesarias para realizar una evaluación seria que permita establecer si se está frente a un anormal psíquico, y si además, constituye un peligro para sí o para terceros.

Llama la atención que el NCPP exija que el internamiento previo "guarde relación con la importancia del asunto". Sin duda es una referencia etérea que parece acudir a una concepción preventivo general que debe ser rechazada. Las medidas cautelares no deben ser aplicadas a causas importantes, se debe aplicar en aquellos casos que se considere necesaria para asegurar el proceso penal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

IV.3 Duración

El NCPP no regula en forma expresa la duración de la internación preventiva, una omisión grave si se entiende que se está frente a una medida cautelar personal de una especial intensidad.

No existe ninguna razón que permita un trato diferenciado entre la internación preventiva y la prisión preventiva o la propia detención domiciliaria. Medidas privativas de libertad con carácter cautelar que deben ser valoradas, cuando menos, desde una misma perspectiva. Para la internación preventiva se debieron seguir los mismos criterios de duración que la prisión preventiva, o en su caso, criterios más benignos.

De hecho, es lo que ocurre con el CP, que en el art. 75 establece que la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. En este sentido, lo lógico hubiera sido que el NCPP disponga que el plazo de duración máximo de la internación preventiva sea de 9 meses, de 18 en casos complejos, y prorrogable a 27 meses cuando la investigación deba prolongarse necesariamente. De hecho esta investigación entiende que esos son los plazos aplicables a la internación preventiva, como también son aplicables los criterios desarrollados en torno a la evaluación del plazo razonable.

Finalmente, el art. 492.1 menciona además que las reglas establecidas en la sección regirán para las medidas de seguridad privativas de libertad en lo que sean pertinentes. Ello involucra que el art. 490.2 es aplicable para el cómputo de las medidas de seguridad, esto es, también existe un abono en el cumplimiento de la medida de seguridad, se debe descontar el tiempo permanecido en internación preventiva para el cómputo del cumplimiento de la medida de seguridad de internación.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

V. IMPEDIMENTO DE SALIDA

V.1 ¿Medida cautelar o restricción de derechos para actuar un medio de prueba?

El art. 295.1 NCPP permite al Juez –previa solicitud Fiscal- expedir contra el imputado *orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije*, cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años, resulte indispensable *para la indagación de la verdad*.

Es también una restricción del derecho a la circulación o libertad de tránsito (art. 2.11 Constitución peruana). El juez impone límites a la capacidad de desplazarse y, esa limitación puede comprender la imposibilidad de salir del territorio nacional, del domicilio o, de un lugar fijado por el órgano jurisdiccional.

El principal problema que acarrea la redacción de esta norma es su diferenciación con la restricción impuesta por el art. 288.2 NCPP. Al parecer existe una duplicidad de restricciones con la comparecencia restrictiva, que también incorpora la obligación de no "*ausentarse de la localidad donde reside*". El problema no solo se plantea porque la obligación "se repite", además, ésta en principio contiene el deber de no salir del país y un lugar específico fijado por el Juez[137]. Y la discusión no es "bizantina", porque el impedimento de salida y la comparecencia restrictiva, no regulan los mismos presupuestos.

En dicha línea es muy interesante la postura de ASENCIO MELLADO, que en el análisis de esta medida sostiene –partiendo de la necesidad de

[137] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación…, *cit.,* p. 501; SAN Martín Castro, C., *Derecho procesal…, cit.,* pp. 1166-1167.

diferenciarla de la comparecencia restrictiva- que no constituye una medida cautelar que responda a la totalidad de los fines expuestos en el art. 268, sino, que se limita al cumplimiento de la función de *asegurar la indagación de la verdad.* A su juicio, no es necesario evidenciar un peligro –proveniente del imputado- de obstaculización de la investigación, sino la necesidad de proceder a la limitación de ciertos derechos del imputado, o incluso, un testigo importante, para garantizar la investigación de los hechos objeto del proceso[138].

Tal postura se advierte en el análisis de un elemento concreto, cuando el art. 295 establece que se podrá aplicar el impedimento de salida cuando *resulte indispensable para la indagación de la verdad*, no se está ante la regulación de una *protección pasiva* de las fuentes de prueba, se evita la ausencia del imputado, porque su presencia en el acto de investigación es imprescindible para su desarrollo.

Pero no sólo la referencia a la necesaria protección de la "indagación de la verdad" confirmaría esta figura como un acto de restricción de derechos dirigido a preservar la actuación de un medio de prueba, otro dato fundamental es, sin duda, que la medida también puede ser aplicada a un *testigo importante*. La limitación de la libertad de tránsito de un testigo no constituye una medida cautelar personal del proceso penal porque no se asegura el desarrollo y resultado del proceso vía una neutralización de conductas que, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, deben partir necesariamente del *imputado.* Se restringen determinados derechos fundamentales con el objeto de asegurar un acto de investigación.

[138] ASENCIO MELLADO, J.M., "La regulación…", *cit.,* pp. 500-501.

Por lo tanto, siguiendo la tesis del Profesor ASENCIO, y siempre sobre la base de la redacción que utiliza el art. 295, el impedimento de salida –tanto del imputado como del testigo- es una medida que debió ser incluida en el Título III de la Sección II (La Prueba), que regula la restricción de derechos fundamentales con fines probatorios. Y esto se desprende claramente de la construcción del art. 202 NCPP, que establece que cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines del *esclarecimiento del proceso*, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y, ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. No existe duda que "*el esclarecimiento del proceso*" y "la *indagación de la verdad*", son frases equivalentes.

Sin embargo, tal como se encuentra regulado el impedimento de salida en el NCPP, presenta una estructura curiosa. Se crea un auténtico híbrido, porque no se pretende asegurar la fuente de prueba evitando una conducta obstruccionista, se protege la actuación probatoria, mediante una medida que persigue asegurar la presencia del imputado, su disponibilidad, para la actuación de la diligencia. Esto plantea la incógnita de si en el Perú, el impedimento de salida [cuando se dirige contra el imputado] ha sido pensado como un instrumento estrictamente dirigido a asegurar un acto de investigación o, como una medida cautelar personal del proceso penal que pretende evitar la fuga.

El antecedente más importante de esta institución se ubica en la Ley N° 27379[139], que permite limitar derechos en el curso de investigaciones preliminares y que –en su ámbito de aplicación[140]- lo extiende al proceso penal por imperio de su art. 7[141].

[139] El art. 143 CPP 1991 también reguló el impedimento de salida del país, pero esta norma nunca entró en vigencia.
[140] La Ley 27379 de 21 de diciembre de 2000, de conformidad con su art. 1°, regula medidas limitativas de derechos fundamentales en el curso de las investigaciones preliminares en caso de delitos perpetrados por pluralidad de personas u organizaciones criminales y

El art. 2.2 de la Ley Nº 27379 dispone que el Fiscal Provincial podrá solicitar al Juez, en casos de estricta necesidad y urgencia, el impedimento de salida del país o de la localidad en donde domicilia el investigado o del lugar que se le fije. Señala además que se acordará cuando *resulte indispensable para la indagación de la verdad* y no sea necesaria ni proporcional una limitación más intensa. Esta medida puede acumularse a la detención y a la comparecencia con restricciones regulada por el art. 143 CPP de 1991.

Es interesante el análisis de este antecedente porque ayuda a entender la regulación actual. Ambas normas aluden a la necesidad de proteger la *indagación de la verdad,* sucede lo mismo con la inclusión de las tres variables: imposibilidad de salir del país, la localidad de domicilio o un lugar fijado por el juez.

Sin embargo, más allá de las similitudes sí existen ciertos datos que permiten calificar este antecedente como una auténtica medida cautelar personal. El art. 2 de la ley indica que el impedimento de salida puede ser aplicado cuando no sea "necesaria" ni "proporcional" una limitación más intensa. Es decir, la concibe como una medida alternativa (en el caso concreto, de la comparecencia restringida y la detención); y como tal, susceptible de cumplir un objetivo común: evitar la fuga del imputado. Sobre

siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el conocimiento o aquiescencia de éstos. También se pueden aplicar estas medidas en los casos de delitos de peligro común, contra la Administración Pública, delitos tributarios y aduaneros, entre otros. Pueden ser solicitadas por el Fiscal y aplicadas por el Juez antes de la formalización de la investigación–en casos de estricta necesidad y urgencia-, y entre ellas se incluye el impedimento de salida (art. 2.2). De conformidad con el art. 7, estas medidas –con excepción de la detención- también pueden ser aplicadas durante el proceso y siempre en su ámbito de aplicación. Esta Ley fue promulgada en el ámbito de la lucha anticorrupción y de conformidad con la tercera disposición derogatoria del NCPP, debe ser derogada con la entrada en vigencia del nuevo Código.

[141] SAN MARTÍN CASTRO, C., Derecho procesal…, cit., p. 1166.

todo porque el art. 2 permite, incluso, acumular esta medida con la detención[142] y la comparecencia restrictiva.

Así la ha definido el Tribunal Constitucional peruano, que la califica como una medida que restringe el derecho a la libertad de tránsito, y tiene como objeto asegurar la presencia del imputado en el proceso[143]. En el mismo sentido se ha pronunciado el sector más autorizado de la doctrina procesal peruana[144].

De esto se desprende que en el Perú, siempre se ha concebido el impedimento de salida como una medida cautelar personal del proceso penal y, todo indica que la voluntad del legislador en el NCPP ha sido la misma. Construir una medida alternativa que pretende erigirse en una opción más para asegurar el proceso y su resultado, atendiendo a la distinta intensidad del peligro de fuga en uno y otro caso. Otra cosa es que haya logrado su cometido.

El error del legislador, que como se ha dicho, no se limita a la regulación del impedimento de salida, es haber acudido a una distinta redacción para describir los objetivos que persigue cada medida cautelar personal. Al parecer, pretende evitar una suerte de "repetición" o estricta "redundancia", que si aporta una "mejor" lectura del NCPP, a una en todo caso más "liviana", poco aporta a la construcción de una teoría eficiente en torno a describir los fundamentos esenciales de la tutela cautelar personal.

Lo ideal hubiese sido insistir, por tedioso que resulte, en los mismos términos que identifican iguales funciones y permiten una interpretación coherente. En este caso específico, lo más saludable hubiese sido describir la

[142] Aunque habría que reconocer que la "acumulación" del impedimento de salida y la detención es absolutamente innecesaria, por no decir imposible.
[143] STC peruano de 8 de julio de 2002, Exp. N° 1077-2002-HC/TC, Asunto "Juan Manuel García Quiroga". 3.
[144] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho procesal…, cit.,* pp.1166-1167.

función del impedimento de salida, en el sentido que sea utilizada para evitar que el imputado *eluda la acción de la justicia* (art. 268 NCPP). Solo así se configura como una auténtica alternativa.

Y este razonamiento nos conduce a otra conclusión importante, todo indica que la utilización de la frase -u objetivo- "cuando *resulte indispensable para la indagación de la verdad",* también se debe a que el legislador intentó "compatibilizar" en una misma norma la regulación del impedimento de salida dirigido contra el imputado y, el que se aplica al testigo importante, en la medida que es obvio que la alusión a la necesidad de evitar el peligro de fuga no es una función que pueda predicarse respecto de la "conducta procesal" de un testigo.

En consecuencia, debe quedar claro que el art. 295 regula, o en realidad *intenta* regular, dos figuras claramente diferenciadas: una medida de aseguramiento del imputado, dirigida a que permanezca disponible para el proceso; y, una medida coercitiva tendiente a garantizar la indagación de la verdad, asegurando un concreto acto de investigación que además, se juzga "importante" (testigo importante).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sentada esta base no ingresaremos a analizar si la limitación de la libertad personal del testigo se justifica, porque ello requiere un análisis individualizado que escapa al objeto de esta investigación. Lo que interesa es admitir que no es, ni intenta ser, una medida cautelar personal, y que debió ser incluida en el en el Título III de la Sección II (La Prueba).

Esto demuestra que la ubicación sistemática de estas figuras no es una cuestión meramente formal ni su discusión carece de sentido. Este es un claro ejemplo de que la inclusión, en una misma norma, de dos figuras que –si bien incorporan la misma limitación- responden a funciones totalmente distintas, es un error. Es imprescindible un desarrollo diferenciado, para evitar las confusiones que aquí se describen.

Pero cuando aquí se sugiere la posibilidad de que el impedimento de salida regulado por el art. 295 NCPP, pueda constituir una medida cautelar personal del catálogo, se acude, si se quiere, a una interpretación teleológica de la norma o a la voluntad del legislador, no a identificar su *ratio legis,* que es la elección propicia en materia de limitación de derechos fundamentales.

De *lege ferenda*, si se pretende utilizar el impedimento de salida como una auténtica medida cautelar personal del proceso penal, es necesario realizar algunas variaciones a la redacción del art. 295. Primero, reconducir la medida de impedimento de salida contra el testigo a la sección de restricción de derechos fundamentales vinculada a la Prueba. Segundo, regular el impedimento de salida del imputado en la sección III, y establecer en forma específica, que su función es evitar el peligro de fuga.

Está sería una decisión acertada, en tanto es evidente que si un imputado abandona el país, la localidad donde reside o la zona territorial fijada por el Juez, se sustrae a la acción de la justicia e, independientemente de los efectos que esa conducta pueda tener en función de un acto procesal específico, el efecto preponderante es que se frustra la realización y resultado de un proceso penal que no puede ocurrir en su ausencia.

Sin embargo, mientras no se modifique la institución de impedimento de salida, es preferible seguir la tesis del Prof. ASENCIO, en tanto su redacción, por el momento solo permite reconducirla a una medida coercitiva tendiente a garantizar la averiguación de la verdad. Lo que tiene importantes efectos prácticos, como es el hecho de que una vez actuado el medio de prueba que se pretende asegurar, la medida debe ser levantada inmediatamente.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A continuación se intenta dotar de contenido al impedimento de salida como una *posible* medida cautelar personal del proceso penal, siempre desde una perspectiva de *lege ferenda*.

En esa línea es fundamental intentar explicar la posible coexistencia de esta medida con la comparecencia restrictiva (art. 288.2 NCPP). Cómo es que pueden constituir alternativas distintas, destinadas a evitar un mismo peligro (de fuga), pero de distinta intensidad.

V.2 Su posible interpretación como una medida cautelar personal: *status* de sujeción vs. *status* obligatorio

Para diferenciar el impedimento de salida de la comparecencia restrictiva, concretamente, la restricción dispuesta por el art. 288.2; es fundamental establecer, a su vez, la diferencia entre lo que en sentido estricto constituye la imposición de una *obligación*, con la ejecución de una *orden de impedimento*.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tal como ocurre entre la prisión preventiva y la comparecencia, aquí también se manifiesta la "distancia" entre un *status* obligatorio y uno de sujeción, aun cuando en este caso esta diferencia es mucho menos nítida.

La obligación de no ausentarse de la localidad de residencia implica que el imputado asume, por imperio de la decisión judicial, un deber y, bien es cierto que también puede designarse una persona que vigile su cumplimiento (art. 288.1), pero en sentido estricto, no existe una acción coercitiva específica –de la autoridad- contra el imputado.

Existe una advertencia, la medida de comparecencia restrictiva puede ser revocada por la medida de prisión preventiva (art. 287.3), pero no existe una situación de sujeción que es lo que ocurre cuando se aplica la detención domiciliaria bajo custodia o la prisión preventiva. El imputado

sometido a comparecencia restrictiva, solo depende de su voluntad para incumplir el deber impuesto en la resolución cautelar. Es cierto que si las autoridades verifican el incumplimiento pueden revocarla y aplicar una más grave, pero es esta una reacción jurídica posterior.

Si el imputado se encuentra en un centro penitenciario no solo adquiere, porque es evidente que ello ocurre, el deber de permanecer en prisión. Su *status* de sujeción le impide burlar la limitación de la libertad a la que se encuentra sometido, existe la posibilidad de evadir la prisión, es posible por la fuerza o por la astucia, huir de un domicilio custodiado o incluso de la cárcel –los presos escapan-, pero para ello tendrá que vencer mecanismos de seguridad, controles, tendrá que superar una fuerza coercitiva.

En este sentido, el impedimento de salida si bien constituye una restricción y no una privación de un derecho fundamental, se encuentra mucho más "cerca" a la estructura de la detención domiciliaria bajo custodia y la prisión preventiva, que la que plantea la comparecencia restrictiva. El art. 295 permite que el Juez expida, a solicitud del Fiscal, "orden de impedimento de salida del país", redacción sustancialmente distinta a la que presenta el art. 288.2 (comparecencia restrictiva).

El imputado no puede, libremente, incumplir el mandato, debe burlar ciertos controles migratorios apostados en los aeropuertos y puestos fronterizos terrestres, que constituyen impedimentos, coerciones. Por supuesto que no es lo mismo que burlar una custodia policial o penitenciaria, pero sigue siendo una *situación de sujeción* que no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga, pero al menos, puede hacerla más difícil[145].

En el caso de la comparecencia restrictiva, si el Juez o Fiscal demuestran que el imputado se ausenta del país sin permiso expreso del

[145] BARONA VILAR, S., *Prisión…, cit.,* pp. 236-237.

órgano jurisdiccional, se entiende que existe un incumplimiento del deber procesal impuesto al imputado en la resolución cautelar. En el impedimento de salida no existe la comprobación *a posteriori,* del cumplimiento de un deber. Existe un "impedimento", un deber "*a priori*", dirigido a diversas autoridades estatales que también son sujetos pasivos de la "orden", que los obliga a impedir la salida del imputado de un territorio determinado. Es una clara muestra de la diferencia de un *status obligatorio vs. status de sujeción.*

Por lo tanto, sí es posible establecer distintos presupuestos para la comparecencia restrictiva y el impedimento de salida. Ambas medidas pueden actuar escalonadamente, constituir alternativas para asegurar el proceso y se debe elegir la medida *necesaria* y *proporcional* en el caso concreto. Lo que significa que solamente se impondrá el impedimento de salida cuando resulte insuficiente la medida alternativa de obligación de no ausentarse de la localidad de residencia[146] (art. 288.2).

V.3. Presupuestos

V.3.1. *Fumus boni iuris*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El art. 295 NCPP no describe una imputación formal específica, es decir, no exige un pronóstico vinculado a la probable responsabilidad penal del imputado –en calidad de autor o partícipe- en los hechos que se le imputan. Lo que quiere decir que es suficiente con la imputación formal que exige el NCPP para la formalización de la investigación preparatoria, bastan los elementos suficientes para instaurar un proceso penal contra el imputado.

Sí exige que el delito materia de investigación tenga asignada una pena superior a los 3 años de pena privativa de libertad. No es necesario acudir a una prognosis de la sanción, basta con evaluar la pena conminada, el extremo máximo previsto por el delito.

[146] SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho procesal…, cit.,* p. 1167.

Es interesante que el NCPP sitúe el límite penológico para aplicar la prisión preventiva en tres años, en tanto es una de las razones que permiten arribar a la conclusión de que el impedimento de salida del país y la comparecencia restrictiva, han sido plasmadas como medidas alternativas, destinadas a neutralizar distintos peligros.

El NCPP entiende que el impedimento de salida es una medida más intensa que la comparecencia, y por lo tanto, desde una perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, la reserva para delitos de mayor gravedad. No es posible aplicar el impedimento de salida para delitos cuya sanción principal sea una pena no privativa de libertad, una prestación de servicios a la comunidad, una inhabilitación, o multa; en la medida que el legislador entiende que es una medida demasiado intensa para cautelar una consecuencia jurídica tan leve.

V.3.2. *Periculum in mora*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Toda medida coercitiva –independientemente de la función que cumpla en el proceso- debe fundarse –por razones de proporcionalidad- en la apariencia de buen derecho, cuando menos, en el equivalente a los requisitos necesarios para la formalización de una investigación preparatoria. Es recién en el *periculum in mora* donde puede apreciarse si se está frente a una medida cautelar personal en sentido estricto o, frente a otro tipo de medida coercitiva.

Como ya se dijo, la redacción del NCPP no indica que el impedimento de salida pueda utilizarse para evitar el peligro de fuga del imputado, por lo que debe evaluarse el peligro vinculado al esclarecimiento de la verdad, a la posible frustración de la actuación de un concreto medio de prueba. Lo que quiere decir que no se evalúan los mismos criterios desarrollados en esta investigación.

Un impedimento de salida que se configure como una auténtica medida cautelar personal del proceso penal sí debe cumplir los mismos objetivos que la prisión preventiva, y en esa línea, deben utilizarse los mismos criterios utilizados en aquélla para evaluar la existencia de un peligro de fuga (art. 269 NCPP). La diferencia para acudir a una u otra medida se encuentra en una evaluación de la "medida necesaria" en función de la gravedad del peligro y la intensidad de la intervención. Es el caso, por ejemplo, de las facilidades que dispone el imputado para abandonar el país (art. 269.1). Siempre que se cumplan los demás presupuestos, es razonable aplicar un impedimento de salida a una persona que tiene recursos económicos, pasaporte vigente, contactos en el exterior; etc. No ocurre lo mismo con una persona que no tiene esos medios, en este caso resulta más lógico aplicar la restricción del art. 288.2.

V.4 Restricciones

Ya se dijo que la regulación del impedimento de salida y la comparecencia restringida -obligación de no ausentarse del domicilio- presentan estructuras diferentes y limitaciones distintas, que permiten – siempre que se identifique el impedimento como una medida cautelar personal- situarlas como medidas que pueden actuar escalonadamente, auténticas alternativas. La diferencia radica en el instrumento judicial que verifica la limitación, la primera constituye una "orden de impedimento" y la segunda [solo] la imposición de una obligación (*status* de sujeción vs. *status* obligatorio).

Pero no es la única diferencia, también lo es la restricción específica que incorporan. El art. 288.2 regula la obligación de no *ausentarse* de la localidad en que reside. Y el art. 295 involucra la orden de no *salir* del país, la localidad de residencia o el lugar fijado por el Juez.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Desde una perspectiva civil, *la ausencia implica bastante más que el simple no encontrarse alguien en el lugar de su domicilio, implica la idea de desaparición y posterior carencia de noticia*s[147]. En el ámbito del proceso penal ocurre lo mismo, el art. 29.1.c) NCPP permite al Juez declarar ausente un imputado, solo cuando se *ignore* su paradero. Por lo tanto, salir y ausentarse, no significan lo mismo[148].

Este es un importante factor para entender la verdadera dimensión de la obligación regulada por el art. 288.2. Ésta no obliga al imputado a permanecer constantemente en el lugar de residencia, la ausencia exige cierto nivel de permanencia en el tiempo.

El imputado sometido a comparecencia restrictiva no puede mudarse de la localidad, abandonar permanentemente el domicilio, pero ello no quiere decir que no le esté permitido *salir* de su casa, del país (siempre que sea por estancias cortas) o del distrito en el que se ubica su residencia. Si esto no fuera así, sería una medida manifiestamente desproporcionada si se atiende a que es la medida "ordinaria" en los delitos más leves.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

En el caso del impedimento de salida en cambio, el imputado debe quedar sujeto a la circunscripción y no puede salir de ella sin autorización judicial. Basta con salir de un determinado territorio fijado por el juez para incumplir la obligación, no es necesario verificar una ausencia, una salida que se prolongue en el tiempo.

---

147 GORDILLO CAÑAS, A., "Ausencia", *Enciclopedia Jurídica Básica,* Vol. I, Civitas, Madrid, 1995, p. 665.

148 Lo mismo puede decirse de las limitaciones propuestas por la Recomendación Nº R (80) 11 Comité de Ministros de Europa de 27 de junio de 1980. La recomendación de imponer la obligación de residir en una determinada dirección y, la de aplicar la prohibición de salir de un determinado lugar, no son idénticas ni una "contiene" a la otra. Aquí se puede establecer una diferencia muy similar a la que se traza en función de la "orden de impedimento de salida" y la "obligación de no ausentarse". La prohibición de salir también requiere un control coercitivo, a diferencia de la obligación de residir, que prohíbe la "ausencia", las salidas prolongadas, como el caso del cambio de residencia o los viajes por estancias muy largas.

De ahí que a partir de este razonamiento pueda trazarse no solo la diferencia entre el impedimento de salida (art. 295) y la comparecencia restrictiva (art. 288.2); también es posible advertir las diferencias con el arresto domiciliario (art. 290).

En el arresto domiciliario el imputado está obligado a permanecer en el domicilio constantemente. En supuestos excepcionales, podrá abandonarlo para actividades puntuales, estrictamente controladas. Por regla general siempre pasará la noche en el domicilio.

En el impedimento de salida, más que la obligación de no ausentarse, existe un impedimento de salir de una determinada circunscripción territorial, que puede estar determinada por el país, el lugar de residencia o un lugar fijado por el juez, pero nunca por el domicilio. En el primer supuesto es claro que es una restricción que incorpora un espacio (el país) mucho más amplio que el definido por el arresto domiciliario, pero en los otros dos supuestos es fundamental entender que el impedimento nunca puede reducir al imputado a permanecer en su domicilio.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Por eso el art. 295 no utiliza la expresión detención domiciliaria del art. 290; utiliza la *localidad donde domicilia*, que involucra el distrito, ciudad o población en el que se encuentra inscrito su domicilio, que incorpora un contexto más amplio. Lo mismo sucede con "el lugar que puede ser fijado por el Juez". Esta es una figura que permite al órgano jurisdiccional utilizar una circunscripción determinada asimilable al "lugar del domicilio", admite utilizar diversas variantes: distrito, provincia, región, departamento, villa, comunidad autónoma, comunidad indígena, campamento etc., según lo estime pertinente. Sitúa una cláusula abierta, que otorgue mayores y mejores alternativas, pero no constituye nunca una figura que pueda obligar al imputado a permanecer, con carácter permanente o casi permanente, en su domicilio, en una institución pública o privada (hospitales, centros médicos

de desintoxicación, internados) o, por ejemplo, en una circunscripción militar. El impedimento no autoriza una privación de libertad[149].

La custodia del impedimento de salida del país se realiza a través del control migratorio apostado en los aeropuertos internacionales y los controles terrestres de frontera. Hubiera sido interesante que el NCPP incluya una garantía adicional para asegurar el impedimento de salida del país que es utilizada en muchos países de nuestro entorno, la retirada de pasaporte[150]. En el Perú, el pasaporte constituye un documento imprescindible para salir del país y, la obtención de una visa es requisito indispensable para viajar a la mayoría de países del mundo, por lo que constituye una medida muy útil para reforzar esta medida.

Mucho más complicado es impedir al imputado que salga del distrito, provincia o departamento en el que se ubica su domicilio. En estos casos, la mayoría de veces sólo podrá ejercerse un control *a posteriori* de la medida, aplicar una consecuencia en función del incumplimiento de la obligación. Resulta muy problemático evitar el incumplimiento a través de las fuerzas de seguridad, en tanto la "entrada" y "salida" de estas circunscripciones no está

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

[149] Para entender esta postura y establecer una cabal diferencia entre privación y restricción, es fundamental revisar la doctrina expuesta por el TEDH en el Caso Guzzardi. (…) "*El señor Guzzardi se alojó en la parte de la aldea de Cala Reale, que consistía básicamente en un conjunto de edificaciones entre las que estaban un establecimiento sanitario en estado ruinoso, un cuartel de carabinieri, una escuela y una iglesia. Vivió allí en compañía de otras personas sujetas a la misma medida y de policías. La población permanente de Asinara residía casi enteramente en Cala d' Oliva que el Sr. Guzzardi no podía visitar (…) había pocas oportunidades de que el demandante tuviese relaciones sociales con otras personas distintas de su familia, sus compañeros de residencia y el personal encargado de la supervisión [que] era ejercida estrictamente y de modo permanente. Por ejemplo el señor Guzzardi no podía abandonar su vivienda entre las 10 pm y las 7 am sin haberlo notificado previamente a las autoridades (…) Debía presentarse a éstas dos veces al día, así como comunicar el nombre y número de sus interlocutores cuando desease usar el teléfono. Necesitaba también el consentimiento de las autoridades para cada uno de los viajes que hiciera (…). El conjunto de factores aquí indicados considerados individualmente no permiten hablar de privación de libertad, pero acumuladamente y en combinación sí plantean un problema serio de calificación de acuerdo con el artículo 5* (…)".Vid. STEDH de 6 de noviembre de 1980, Caso Guzzardi.

[150] El art. 530 LECr española la incluye como una medida complementaria de la obligación de comparecencia periódica.

controlada, y someter al imputado a un seguimiento y vigilancia constituye una limitación que excede la naturaleza del impedimento de salida. Es probablemente la razón por la cual son figuras muy poco utilizadas en la práctica.

V.5 Procedimiento

El NCPP establece que el impedimento de salida sólo podrá aplicarse previa solicitud de parte y audiencia contradictoria previas. El requerimiento –fiscal- debe estar fundamentado, lo que implica que se debe justificar por qué la "orden de impedimento de salida" es necesaria en el caso concreto y, cuál es la función que está llamada a cumplir en el proceso. También es necesario justificar por qué es imposible cumplir con el mismo objetivo a través de una medida menos intensa.

Es interesante lo dispuesto por el art. 295.2 en el sentido de que el requerimiento debe precisar el nombre completo y demás datos necesarios de la persona afectada. Aun cuando la norma no lo menciona expresamente, se está frente a datos imprescindibles para lo que sucede en la práctica, permite individualizar a la persona cuyos datos deberán estar contenidos en un registro específico dirigido al personal encargado de ejecutar el impedimento. Son datos fundamentales para las autoridades aeroportuarias, controles fronterizos, policía en general, etc.

De acuerdo con el art. 296 la resolución también debe ser fundamentada –tomando como base los argumentos del requerimiento Fiscal, y naturalmente, los de la defensa; tanto en sus escritos como en la audiencia-. Este artículo señala además que son aplicables los numerales 2) y 3) del art. 279 (revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva). Esto significa que: 1) debe existir una audiencia convocada por el Juez luego del requerimiento fiscal; 2) la audiencia se celebra con "los asistentes que concurran" y, 3) el Juez debe emitir resolución –aceptando el requerimiento;

o, rechazándolo, para aplicar una medida cautelar personal menos intensa o declarar comparecencia simple-, dentro de las 48 horas de celebración de la audiencia (279.2). Además, contra esta decisión procede recurso de apelación (279.3).

La objeción que puede plantearse a la regulación de este procedimiento es, como es obvio, la misma que se planteara en el análisis del procedimiento de "revocatoria de comparecencia por prisión preventiva". No se explica por qué para adoptar algunas medidas la asistencia de los sujetos procesales a la audiencia es obligatoria, y para otras, es facultativa.

V.6 Duración

El art. 296.2 NCPPP establece que el impedimento de salida del imputado tiene una duración máxima de 4 meses. Pero un dato importante es que el art. 295.2 establece que el Fiscal, en su requerimiento, debe indicar la duración de la medida. Lo que de conformidad con el art. 296.1, debe ser incluido por el Juez en la resolución cautelar. Esto significa que el Juez aprueba o desaprueba, también, la solicitud vinculada al tiempo de duración de la medida. Siendo lógico que pueda interponer una duración menor a la solicitada, pero nunca una mayor.

Esto tiene importantes consecuencias prácticas, que son perfectamente aplicables a todas las medidas cautelares personales del proceso penal. El impedimento de salida no puede durar, siempre, el plazo máximo de duración. Ello solo es posible si el Fiscal lo solicita y, si el órgano jurisdiccional lo aprueba. Se debe cumplir con el plazo máximo fijado en la resolución cautelar –que a su vez, tiene un límite máximo fijado por la norma- pero no se debe cumplir, al menos no siempre, con el plazo máximo fijado por la norma.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Es posible aplicar una prolongación de 4 meses adicionales, pero de conformidad con el art. 274.2 no se está frente a una prolongación automática. Ello solo es posible cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación (circunstancias sobrevenidas que no pudieron ser advertidas al momento de la resolución cautelar primigenia) y siempre que permanezca –se mantenga- el peligro de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

La prolongación de la duración también exige una audiencia contradictoria previa y es fundamental que el Fiscal la solicite antes del vencimiento del plazo ordinario (no se puede prolongar una restricción ilegal de la libertad de tránsito). Contra la misma procede recurso de apelación (274.3 NCPP).

Finalmente, en el impedimento de salida impuesto a los testigos importantes la duración tiene un límite máximo de 30 días (improrrogable) y en cualquier caso, deberá levantarse la medida luego de realizada la declaración o actuación procesal que la determinó.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Es otro ejemplo de que, la voluntad del legislador, es regular en una misma norma, una medida cautelar personal alternativa –cuando el impedimento se dirige contra el imputado- y una restricción de derechos fundamentales para asegurar una actuación probatoria –cuando se dirige contra el testigo-; de lo contrario, en el primer caso el impedimento también debería ser levantado inmediatamente después de la actuación del acto procesal que pretende asegurar.

Sin embargo, todo indica que, mientras no se realicen las modificaciones que conviertan al impedimento de salida del imputado en una auténtica medida cautelar personal alternativa, la medida también debe ser levantada una vez practicado el medio de prueba que se pretendió asegurar con su imposición.

CONCLUSIONES

PRIMER CAPÍTULO

1. Un ordenamiento jurídico coherente con el respeto de los derechos fundamentales debe comprender un complejo sistema cautelar – en el cual la prisión preventiva sea *una* alternativa – que sirva a los intereses del proceso, y que en el caso concreto permita elegir entre las diversas alternativas existentes para el aseguramiento del imputado, haciendo posible el respeto de las reglas de limitación de derechos fundamentales que exige el proceso penal de cualquier sociedad democrática.

2. Dentro de este complejo sistema cautelar se encuentran las medidas cautelares personales del proceso penal, las cuales se definen como aquellas resoluciones, normalmente judiciales, que en el curso de un proceso penal limitan el derecho fundamental del imputado a la libertad personal, con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

3. Como parte integrante de un sistema de medidas cautelares más complejo, las medidas cautelares de naturaleza personal muestran las características de instrumentalidad, jurisdiccionalidad y provisionalidad (distinguiéndose esta última de la temporalidad).

4. La instrumentalidad determina que una medida cautelar de naturaleza personal sólo pueda adoptarse cuando se encuentre pendiente un proceso declarativo principal, o para preparar su instauración en el plazo más breve (detención), extinguiéndose cuando el proceso principal haya decaído.

   i. El análisis del carácter instrumental de las medidas cautelares de naturaleza personal debe complementarse no obstante con el análisis de

proporcionalidad que exige toda limitación de derechos fundamentales (ver *infra* conclusión Nº 10), pues una medida cautelar puede tener un fin instrumental pero en el caso concreto puede ser desproporcionada.

5. En el caso de las medidas cautelares de naturaleza personal, la jurisdiccionalidad – la limitación de cualquier derecho fundamental compete sólo a los tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional – viene determinada por las funciones que desempeñan las medidas cautelares de naturaleza personal y por su naturaleza accesoria respecto del proceso principal (la condición cautelar e instrumental de estas medidas condiciona su jurisdiccionalidad)

6. La provisionalidad de una medida cautelar de naturaleza personal importa que ésta desaparezca cuando deje de ser *necesaria para el proceso principal*. Una medida cautelar de naturaleza personal dejará de ser *necesaria* para el proceso principal cuando hayan cambiado los presupuestos fácticos que la sustentaban – o cuando se demuestra que la base fáctica de la medida no era la que se pensaba – (*rebus sic stantibus*), o cuando el proceso principal haya decaído (provisionalidad como manifestación del carácter instrumental de las medidas cautelares).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

i. A la provisionalidad debemos agregar la temporalidad como característica de las medidas cautelares de naturaleza personal; mientras que la provisionalidad implica la subordinación de la vigencia de la medida a la concurrencia de un determinado evento (conclusión del proceso principal por ejemplo), la temporalidad supone que la medida no dura siempre sino que tiene un plazo de duración máxima (a pesar de que el proceso principal continúe). La sola nota de provisionalidad implicaría el mantenimiento de la medida a lo largo de todo el proceso.

7. Además de las características comunes a toda medida cautelar, las medidas cautelares de naturaleza personal son medidas que, al suponer la limitación de un derecho fundamental, se encuentran sujetas a los principios de legalidad, proporcionalidad, y motivación.

8. El principio de legalidad de las medidas cautelares personales implica que éstas sólo pueden ser habilitadas mediante una ley orgánica que reúna las condiciones mínimas de certeza y previsibilidad exigidas por la seguridad jurídica (aspecto formal), cuya interpretación debe ser acorde a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos (aspecto material). Además, el principio de legalidad impide que se pueda recurrir al razonamiento analógico *ad maiore ad minus* a fin de imponer medidas cautelares no previstas legalmente, aunque se presenten como menos gravosas.

9. El principio de proporcionalidad ostenta una especial relevancia en el caso de las medidas cautelares personales. Para establecer el alcance del principio de proporcionalidad acudimos a los criterios de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad en sentido estricto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

i. Una medida cautelar personal será *idónea* cuando conduzca a que se alcance o favorezca la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, lo que obliga a analizar previamente la constitucionalidad del fin asignado a la medida cautelar personal. Una medida cautelar personal será *necesaria* cuando el fin que persigue no pueda ser alcanzado por una medida distinta que se muestre como menos gravosa e igualmente eficaz, lo que se determina con ayuda de los criterios de exigibilidad material, espacial, temporal y personal elaborados por la doctrina. Asimismo, una medida cautelar personal será *proporcional en sentido estricto* cuando el grado de limitación de los derechos fundamentales a la libertad personal y presunción de inocencia, sea proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida cautelar.

10. En el caso de la prisión preventiva, la exigencia de motivación permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de esta medida. Así, sólo una resolución que explique en forma detallada: a) la aptitud de la medida, b) el fin constitucionalmente legítimo y c) la relación entre la medida adoptada y el objetivo que ésta persigue, constituirá una resolución que contenga los elementos necesarios para evaluar si estamos o no ante una medida que respeta el principio de proporcionalidad.

11. En un ordenamiento jurídico procesal que configure auténticas alternativas a la prisión preventiva a fin de poder elegir en cada caso la menos gravosa para el imputado, las medidas cautelares personales del proceso penal comparten, en lo esencial, las mismas funciones. La prisión preventiva constituye el último recurso precisamente porque los demás instrumentos procesales alternativos que la convierten en subsidiaria son capaces de cumplir los mismos fines.

12. La principal función que se persigue con las medidas cautelares personales es asegurar la disponibilidad física del imputado en el proceso penal. Esta función se concreta en dos funciones más específicas: a) asegurar la *ejecución* de la pena y b) asegurar su disponibilidad física durante el *desarrollo* del proceso penal, esto último b.1) evita que el proceso pueda suspenderse cuando esté excluido realizarlo en rebeldía (ausencia del imputado en un estadio previo a la sentencia) y b.2) asegura la disponibilidad física del imputado con fines probatorios.

i. La función de aseguramiento de la ejecución de la pena asignada a las medidas cautelares personales no afecta la presunción de inocencia en la medida en que para su imposición se exige la concurrencia de indicios *razonables* de criminalidad y no meras *sospechas*; además, se

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

corresponde con el hecho de que las medidas cautelares personales se fundan en la *probabilidad* de una sentencia.

ii. El aseguramiento de la disponibilidad física del imputado con fines probatorios se circunscribe sólo a los peligros que supone la posible huída del imputado para la instrucción probatoria. Si la medida cautelar de carácter personal tiene como fin obtener una colaboración activa del imputado en el proceso (p. ej. obtener una declaración del inculpado) o influir en un comportamiento que no se limite a abstenerse de interferir en el material probatorio, se está ante una finalidad ilegítima.

13. No constituyen funciones cautelares de las medidas cautelares personales la satisfacción de demandas sociales de seguridad, la intimidación de potenciales delincuentes, la evitación de reiteración delictiva. Estas funciones convierten a las medidas cautelares personales (medidas procesales) en "penas anticipadas" o en "medidas de seguridad encubiertas" (medidas de derecho sustantivo), con el añadido de haber sido adoptadas en un procedimiento que no ha reunido las garantías necesarias para ello. Esto afecta a la presunción de inocencia, pues los fines de prevención general o especial presuponen la culpabilidad del imputado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

i. No es de recibo la doctrina que pretende otorgar a la reiteración delictiva un fundamento procesal cautelar señalando que la comisión de nuevos delitos por el imputado supone un retardo en el proceso porque la investigación tiene que abarcar nuevos hechos. Si lo que está en juego es el retardo en la tramitación del proceso, esta es una situación que puede evitarse por otras vías que no supongan una privación de la libertad del imputado antes de la condena (o incluso antes de la propia comisión del nuevo delito). La adopción de una medida cautelar personal sobre la base de esta reformulación del peligro procesal se muestra como desproporcionada.

ii. Si bien las medidas preventivas y de protección son medidas provisionales, no son medidas *instrumentales al* proceso, cumplen funciones preventivas *sirviéndose del* proceso en marcha. Esto constituye una manera provisional de ejecución de la condena previsible; las medidas preventivas y de protección así entendidas no pueden ser consideradas medidas cautelares. Es peligroso cubrir bajo el manto cautelar, medidas que no guardan intrínseca relación con el proceso penal ni tienen pretensión alguna de garantizar su eficacia.

14. Las características de las medidas cautelares de naturaleza personal se comprenden cabalmente a partir del análisis de sus presupuestos. El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es el primer presupuesto material de una medida cautelar personal del proceso penal, y significa que para adoptarla se debe llevar a cabo un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia definitiva. En el proceso penal, ese derecho es el *ius puniendi* del Estado respecto del imputado, lo que significa que se debe valorar cuál es la *probabilidad* de que el fallo sea condenatorio.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

i. Toda vez que la imposición de una medida cautelar personal se sustenta en una *hipótesis* sobre la responsabilidad penal de una persona, la existencia de una sentencia de instancia absolutoria, la posibilidad de que concurra una causa de justificación, exención o extinción de responsabilidad penal, constituyen importantes indicios favorables a la inocencia del imputado y son a la vez contraindicios del *fumus boni iuris* que obligan a evaluar el mantenimiento de la medida cautelar personal.

15. La sola presencia del *fumus boni iuris* no puede justificar la aplicación de una medida cautelar personal en la sustanciación de un proceso. Si esto sucede, se convierten en auténticos anticipos de pena. Por ello, la aplicación de una medida cautelar de naturaleza personal exige además

la concurrencia del *periculum in mora* o peligro en la demora, núcleo esencial de cualquier medida cautelar.

i. No cualquier demora constituye un presupuesto de las medidas cautelares personales – esto afectaría al principio de proporcionalidad –, sino sólo aquella que implique un *peligro* para un proceso penal con altas probabilidades de condena *efectiva* (la búsqueda de eficacia sólo se justifica cuando la medida cautelar no se convierte en un mal superior al que se pretende con la condena).

ii. El peligro que se pretende evitar recurriendo a una medida cautelar de naturaleza personal es uno que se materializa con el transcurso del tiempo (peligro *en la demora*), es decir, uno que deriva del retardo de una resolución jurisdiccional definitiva. Este tipo de peligro tiene dos manifestaciones concretas: (a) el peligro de fuga del imputado y (b) el peligro de obstaculización de la actividad probatoria por parte del imputado.

iii. En un sistema que contemple distintas alternativas, el peligro en la demora permite determinar la utilización de una u otra medida en el caso concreto, según la intensidad del riesgo.

16. El éxito en la aplicación de una medida cautelar de naturaleza personal, la consecución efectiva del fin cautelar que se le ha asignado, depende de un correcto entendimiento y concreción de los principios de proporcionalidad y presunción de inocencia. Muchas veces la medida cautelar se considera legítima por tratarse de una "mínima intervención" en el derecho fundamental, y sin embargo, no se advierte que esa medida es una que afecta a la presunción de inocencia. Y en otras ocasiones se reputa la medida como constitucionalmente legítima y sin embargo no se advierte que su utilización resulta desproporcionada en el caso concreto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

i. La presunción de inocencia constituye un límite que se entiende por la existencia de un proceso en curso, la falta de una condena y la presencia de *efectos (casi) idénticos* al de aquellas medidas penales que sólo se justifican luego de una condena firme (las medicas cautelares de naturaleza personal constituyen limitaciones de un derecho fundamental cuyos efectos de alguna forma se identifican con las sanciones penales que constituyen su objeto de aseguramiento). Este límite será respetado en tanto la imposición de una medida cautelar personal persiga fines estrictamente procesales y no punitivo-penales, que conviertan a la medida en un auténtico anticipo de pena.

ii. Además, el principio de proporcionalidad obliga a verificar que la utilización de la medida no configure un perjuicio más grave que la limitación de derechos fundamentales que prevé la consecuencia jurídica que se pretende asegurar. En este sentido, el presupuesto de *fumus boni iuris* constituye una manifestación del principio de proporcionalidad, pues la necesaria existencia de una imputación delictiva con una alta probabilidad de condena implica que el legislador ha impuesto un límite a la actuación de medidas cautelares con el único fin de evitar que se limite un derecho fundamental cuando el proceso concluya con una absolución o sobreseimiento, o con una pena leve o restrictiva.

iii. En este orden de ideas, el "test de la presunción de inocencia" debe ser complementado con un "test de la proporcionalidad". En primer lugar, el test de la presunción de inocencia nos permite analizar si una medida persigue fines distintos a los de naturaleza estrictamente cautelar; en segundo lugar, el test de la proporcionalidad evalúa su constitucionalidad y legitimidad ya no sólo en relación con la presunción de inocencia, sino con cualquier otro derecho fundamental. El análisis de la idoneidad de la medida rechaza cualquier fin inconstitucional y no sólo aquél que viole la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

presunción de inocencia (se puede recurrir a la idoneidad a fin de desacreditar una medida que p. ej. se haya tomado en desmedro de el principio de igualdad). El test de la proporcionalidad exige analizar además los componentes de la *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.

iv. Una manifestación reglada del principio de proporcionalidad en sentido estricto lo constituyen el *fumus boni iuris* y el límite penológico. Si no existe la más mínima garantía de que Juan – sujeto que no brinda garantías para el proceso – obtenga una pena *efectiva* superior a los 4 años (límite penológico), o si ni siquiera existe probabilidad razonable de que Juan sea condenado, la prisión preventiva sería una medida violentísima, desproporcional. La norma establece un límite penológico porque considera desproporcionado aplicar una medida cautelar más grave que el resultado final.

17. El problema latinoamericano ha sido muchas veces obviar alguno de los test propuestos. Se ha aplicado la prisión preventiva por considerar "suficiente" el análisis de la prognosis de pena. Incluso una actitud común de la dogmática latinoamericana ha sido condenar – sobre la base de un discurso supuestamente "garantista" – la utilización del criterio penológico para evaluar el *fumus boni iuris* o el peligro procesal, sobre la base, sostienen, de considerar que tal criterio afecta la presunción de inocencia. Cuando en realidad, bien entendido, constituye una manifestación reglada del principio de proporcionalidad que restringe el campo de aplicación de la prisión preventiva.

18. El Nuevo Código Procesal Penal peruano (NCPP) contempla las medidas cautelares en la Sección III del Libro Segundo bajo el nombre de "*medidas de coerción personal*", utilizando esta denominación porque junto a las medidas cautelares prevé unas que pueden ser destinadas *también* a funciones tuitivas, como la suspensión preventiva de derechos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

El sistema de medidas cautelares que contempla –dentro de las medidas de coerción- el NCPP, permite que en el caso concreto se pueda elegir, dentro de las diversas alternativas existentes para el aseguramiento del imputado, aquella que es estrictamente necesaria para asegurar el desarrollo del proceso y su resultado.

19. Por un lado, el NCPP contempla la regulación de un marco general aplicable a las medidas cautelares de naturaleza personal – lo que permite un tratamiento integral de la prevención de los riesgos capaces de frustrar el desarrollo y resultado del proceso penal – y por otro, recoge normas que reúnen las características esenciales de toda limitación legítima de derechos fundamentales: jurisdiccionalidad, legalidad, motivación y proporcionalidad (art. 253 numerales 1, 2 y 3, y art. 254º).

i. Además, el art. 255º menciona que las medidas cautelares personales sólo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal (numeral 1). Esta norma introduce un importantísimo cambio de postura en el ordenamiento jurídico peruano pues obliga a que las medidas cautelares personales sean adoptadas en el proceso penal sólo si son solicitadas por el Ministerio Público y luego de un debate contradictorio (modelo acusatorio).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SEGUNDO CAPÍTULO

20. Dentro de las medidas cautelares personales el NCPP contempla a la prisión preventiva como una medida cautelar personal subsidiaria y excepcional, a imponerse sólo cuando el resto de medidas cautelares no puedan cumplir adecuadamente con la función que se les asigna. La denominación "prisión preventiva" que utiliza el NCPP es correcta pues permite diferenciarla de la detención imputativa en todas sus modalidades.

i. Del carácter subsidiario y excepcional que el NCPP asigna a la prisión preventiva, se deduce que el análisis para su imposición debe realizarse en dos niveles distintos: primero se debe verificar si el caso concreto cumple con los requisitos exigidos por el art. 268; y segundo, se debe verificar si aun cuando se cumplen dichos requisitos, no existe una medida cautelar menos intensa pero igualmente eficaz para lograr el objetivo que se persigue.

21. El NCPP en su art. 268.1 contempla como presupuestos de la prisión preventiva al *fumus boni iuris* (art. 268 literales a y b) y al *periculum in mora* (literal c). Además, especifica como requisito a tenerse en cuenta la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva y se pueda advertir que la utilizará para facilitar su fuga o la de otros imputados obstaculizando la averiguación de la verdad.

i. El fumus boni iuris presupone la necesidad de una *imputación delictiva previa*, lo que garantiza que la medida sólo pueda ser adoptada por un juez luego de un debate jurisdiccional previo, descartándose además la posibilidad de dictar prisión preventiva cuando lo que se impute sea una falta. (Sin embargo, la redacción del art. 485.2 del NCPP contradictoriamente y afectando el principio de proporcionalidad, abre la posibilidad de que se dicte prisión preventiva cuando el objeto de imputación sea una falta.)

ii. La imputación delictiva previa que exige el fumus boni iuris debe ser además una respecto de la cual existan *fundados* y *graves elementos de convicción* que vinculen al imputado con su realización. Por el contexto de interpretación en el que se ubica, esta expresión es desafortunada y su interpretación debe reconducirse a lo que se entiende por *fundados motivos* que hagan prever la *probabilidad* – no mera posibilidad – de que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en la sentencia se declare la responsabilidad penal del imputado como autor o partícipe.

iii. La probabilidad de que se declare la responsabilidad penal del imputado se ve afectada por la existencia de indicios que revelen la probable concurrencia de una causa de justificación, extinción o exención de responsabilidad penal; los cuales constituyen contraindicios o razones divergentes que influyen en la verificación del fumus boni iuris. Además de las razones que se puedan esgrimir a favor de esta posición, en el caso peruano la concurrencia de estos contraindicios debe descartar la imposición de la prisión preventiva porque pueden constituir un elemento que afecte la valoración del límite penológico.

iv. La formalización de la investigación preparatoria constituye un requisito previo para aplicar la prisión preventiva – y cualquier otra medida cautelar personal –, que no se identifica con el *fumus boni iuris* de la prisión preventiva. A diferencia de lo que sucede con los artículos 135 del Código Procesal Penal y 77 del Código de Procedimientos Penales vigentes, el NCPP establece que la prisión preventiva sólo puede ser dictada si existe una formalización de la investigación o conjuntamente con ella.

v. Es necesario que los elementos de convicción que sustentan la imputación delictiva hagan prever una pena mayor a 4 años de pena privativa de libertad. Esta inclusión del límite penológico en el *fumus boni iuris* – y no en el *periculum in mora* a modo de "pena tipo" a partir de la cual se presuma que el imputado evadirá la acción de la justicia – se deriva de su comprensión como manifestación del principio de proporcionalidad y concuerda con el límite previsto para declarar la suspensión condicional de la pena (art. 57 CP peruano): si no existen garantías de que se obtenga una pena *efectiva* superior a los 4 años, la prisión preventiva devendría en desproporcional.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

vi. Si bien una imputación delictiva cuya prognosis sea inferior a 4 años no puede integrar el *fumus boni iuris*, esto no exonera al legislador de realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Antes que una autorización, el límite penológico constituye sólo un requisito que *impide* el dictado de la prisión preventiva.

22. Además del *fumus boni iuris*, el NCPP establece como segundo presupuesto para la prisión preventiva al *periculum in mora* o peligro en la demora procesal (art. 268.1.c), entendido como peligro de fuga y/o peligro de obstaculización de la actividad probatoria, ambos concretados con pautas o criterios específicos contenidos en los arts. 269 y 270.

i. Como criterio para calificar el peligro de fuga el NCPP señala el arraigo laboral, familiar y profesional del imputado en el país. Estos criterios antes de justificar la prisión preventiva, *desincentivan* la fuga del imputado, y su ausencia permite naturalmente valorar el riesgo de huída. La falta de arraigo no importa por sí misma un peligro de sustracción del imputado, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes (vg. medios económicos).

ii. Un segundo criterio para calificar el peligro de fuga lo constituye la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. Este criterio se debe evaluar independientemente de la prognosis de pena superior a 4 años que se establece como integrante del presupuesto de *fumus boni iuris*. Sólo podrá valorarse la influencia de la gravedad de la pena en la conducta del imputado, cuando la pena a imponer sea igual o superior a 4 años de pena privativa de libertad. A diferencia del límite penológico, el criterio de la gravedad de la pena debe ser vinculado al arraigo familiar y profesional, a los antecedentes del imputado, etc.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

iii. El tercer criterio previsto para calificar el peligro de fuga está dado por la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él. El daño resarcible por sí solo no permite deducir un peligro de fuga, por lo que este criterio debe ser interpretado a partir de *la actitud* que adopta *el imputado* frente al resarcimiento. Si su actitud es positiva para reparar el daño, esto debe interpretarse como un criterio que desincentiva el riesgo de huída, es decir, como un elemento que califica positivamente su conducta procesal. Pero si el imputado no adopta tal actitud, esto no constituye un criterio para valorar el peligro de fuga, pues no se puede obligar a un imputado a tomar una actitud voluntaria respecto a la reparación de un daño del cual no ha sido declarado responsable.

iv. La última pauta o criterio que se establece a fin de calificar el peligro de fuga lo constituye 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. Se trata de evaluar la *conducta procesal* del imputado durante el procedimiento o en uno anterior, por lo que no entran en el análisis el hecho de que el imputado haya padecido una condena anterior; tampoco puede verificarse como antecedente el solo hecho que el imputado haya sido sometido a una prisión preventiva anterior, pues es imposible que los criterios allí establecidos se verifiquen en el proceso actual.

23. Finalmente, el *periculum in mora* puede ser entendido como peligro de obstaculización de la actividad probatoria. Al referirse a este supuesto, el art. 270° del NCPP habla de *elementos de prueba,* sin embargo hubiera sido preferible que se utilice el término *fuentes de prueba*, pues la fase procesal en la que en principio puede aplicarse la prisión preventiva, es un escenario en donde no existen aún pruebas en sentido estricto.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

i. Con esto se pretende evitar que una *conducta positiva ilícita* del imputado pueda ocasionar la desaparición de futuras fuentes de prueba, o en su caso, la alteración de su veracidad. Se trata de una protección pasiva de las fuentes de prueba y del proceso, dirigida a obtener la *abstención* del imputado respecto de esas posibles conductas. En todos los casos, se descarta cualquier motivación en el juzgador de obtener una colaboración activa del imputado, como procurar una declaración autoinculpatoria, o forzarle a estar presente en la práctica de los actos de investigación propios de la fase procesal.

ii. La aplicación de este criterio se supedita a tres condiciones: que las fuentes de prueba que se quieren asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento; que el peligro de actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado; y que en modo alguno se ponga en peligro el derecho de defensa del imputado. Las fuentes de prueba que se quieran asegurar mediante la evitación de su (posible) destrucción, ocultamiento, o alteración, deben ser relevantes para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, por lo que quedan excluidas las fuentes de prueba dirigidas a acreditar las responsabilidades civiles, ya que en el proceso civil jamás será posible la privación de libertad para asegurar su eficacia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

iii. Toda vez que se pretende evitar acciones positivas e ilícitas destinadas a frustrar el desarrollo y resultado del proceso, se debe atender a la capacidad del sujeto para influir en los imputados, testigos, peritos o quienes puedan serlo. Esta capacidad tiene una influencia distinta según el estadio procesal en el que se encuentre la causa (no existe un mismo peligro de obstaculización en plena fase de instrucción que en un estadio en el que ya se han actuado los testimonios o las demás pruebas).

iv. El NCPP hace referencia también a la capacidad de inducir a otros a realizar comportamientos obstruccionistas; para un tratamiento

adecuado, esto exige que en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto de la medida, no sólo se analice el equilibrio entre la gravedad o intensidad de la intervención en el derecho fundamental por una parte, y el peso de las razones que la justifican, por otra; sino que además debe constatarse que la limitación no afecte innecesariamente el derecho de defensa.

24. El art. 268.2 del NCPP incluye la "posibilidad" de dictar mandato de prisión preventiva cuando el imputado pertenezca o se pueda reintegrar a una organización delictiva, siempre que pueda utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados, o para obstaculizar la averiguación de la verdad. A pesar de que la norma califica a este supuesto como un presupuesto material – por tanto equiparable al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora* – se trata en realidad de un criterio que permite valorar el peligro procesal en un caso concreto, cuya única aportación radica en que pretende evitar que se *facilite la fuga de otros imputados.* Por ello, aunque no se mencione expresamente, debe restringirse a los coimputados en el proceso penal, aunque bien es cierto que es muy difícil ubicar un supuesto en que el peligro de fuga del imputado y el peligro de que éste propicie la fuga de sus coimputados no coincidan en el caso concreto.

25. Para que la prisión preventiva cumpla con las características de una medida cautelar – y en la práctica no se identifique plenamente con la pena privativa de libertad –, durante su duración se debe proteger el derecho de defensa del imputado y en el internamiento es necesario que el afectado se encuentre sometido a un régimen distinto al de los presos que cumplen condena. En el ordenamiento penal peruano estas exigencias son recogidas por el Código de Ejecución Penal y el Reglamento de Ejecución Penal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

26. Por regla general la prisión preventiva es *comunicada* y sólo excepcionalmente puede ser *incomunicada*. En términos generales, la prisión preventiva puede cumplir con el fin de cautelar el proceso penal manteniendo comunicado al procesado; sin embargo, excepcionalmente puede ocurrir que una prisión preventiva comunicada no sea suficiente para garantizar el éxito de un proceso penal. En estos casos se recurre a la prisión preventiva incomunicada, la cual conlleva una restricción del régimen ordinario de los derechos del preso preventivo, procurándose su total aislamiento del mundo exterior.

i. El artículo 280 del NCPP señala que "*La incomunicación del imputado con un mandato de prisión preventiva procede si es indispensable para* el establecimiento de un delito grave. *(…)*". La frase "establecimiento de un delito" debe interpretarse como "esclarecimiento de un delito" (art. 2.24 g de la Constitución Política peruana) o "averiguación de la verdad" (art. 268 NCPP).

ii. Aun cuando la incomunicación tiene como sustento los mismos presupuestos que la prisión preventiva ordinaria – pues no se puede decretar aquella si previamente no ha sido decretada ésta –, su regulación no admite el peligro de fuga como presupuesto, sino sólo la obstaculización probatoria. La virtualidad de la evitación de la huída mediante la imposición de la modalidad incomunicada es muy escasa, pues se reduciría a evitar que mediante el normal ejercicio de los derechos de comunicación del preso, éste lograra su huída desde la prisión.

iii. En suma, la incomunicación es la última opción del legislador para prevenir el riesgo de obstaculización probatoria. Con ella se pretende evitar que el preso preventivo se confabule con otras personas, bien sean testigos del hecho, bien sus cómplices y otros sujetos ajenos al proceso. Esta modalidad constituye una herramienta excepcional en virtud de la

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cual se persigue reforzar la función – que ya se asigna a la prisión provisional ordinaria – de evitar el peligro de obstaculización. La incomunicación no podrá exceder de 10 días. Esta incomunicación no impide las conferencias en privado entre el Abogado Defensor y el preso preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.

27. El NCPP no restringe la competencia para aplicar la prisión preventiva al Juez de la Investigación Preparatoria. La Sala Penal, los Juzgados Penales Colegiados y los Unipersonales, también son competentes, lo que significa que puede ser utilizada en la investigación preparatoria, durante la fase del juicio oral, luego de la emisión de la sentencia (siempre que no sea firme) y durante la sustanciación de los recursos.

i. La prisión preventiva es interpuesta por un juez competente predeterminado por ley, el cual debe ser además imparcial. La estructura del nuevo proceso penal peruano tiene una importante influencia en el diseño asumido por el NCPP para la imposición de la prisión preventiva: en el NCPP el juez que ordena la prisión preventiva (juez de garantías) no está contaminado por las actividades propias de la instrucción, como sucede con el actual proceso penal peruano que contempla la figura del "juez instructor". El NCPP encarga la investigación preparatoria al Ministerio Público, y compete a los juzgados de investigación preparatoria imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria, entre otras.

ii. El "antiguo" juez instructor, que reúne los elementos de prueba que permitan esclarecer el delito y preparar el juicio oral, es uno que se encuentra contaminado por su labor instructora. Existe un serio riesgo de que su voluntad se encuentre viciada por la función que realiza, y que por consiguiente, la decisión de adoptar la prisión preventiva se vea prejuzgada por la motivación que puede ejercer en él la necesidad de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

preservar el "éxito de su labor investigadora". Muchas veces el hecho de mantener al imputado en prisión preventiva pre-condiciona notablemente el sentido de la investigación, porque se genera lógicamente en el Juez que instruye una querencia insoslayable de intensificar la práctica de diligencias incriminatorias; con el fin de autojustificar su decisión previa sobre la privación cautelar de libertad, tiende a cerrar otras hipótesis fácticas alternativas favorables al imputado y a no indagar suficientemente los datos exculpatorios que pudieran beneficiarle.

iii. El NCPP (art. 268º) dispone que el juez puede dictar mandato de prisión preventiva sólo a solicitud del Ministerio Público, previa audiencia que debe celebrarse dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal (art. 271º), con presencia *obligatoria* de éste, el imputado y su defensor (o en caso de inasistencia de éste, la del defensor de oficio). La resolución que acepte o rechace el requerimiento debe ser pronunciada en la audiencia, sin postergación alguna y a través de un acto motivado.

iv. La petición previa incorpora el principio de "justicia rogada" y es un instrumento que garantiza la imparcialidad del juzgador (como vimos, el *fumus boni iuris* de la prisión preventiva entraña una inculpación). Por su parte, la audiencia previa fortalece el principio de contradicción, la oralidad y el derecho de defensa del imputado. Lo único que puede realizar el juez de oficio es adoptar medidas menos gravosas que las solicitadas por el fiscal (art. 286º.2 NCPP) o reformar o sustituir las medidas decretadas por otras menos intensas, en virtud de su naturaleza de Juez de garantías.

v. El art. 258º NCPP regula la intervención de los demás sujetos procesales en el procedimiento de imposición de una medida cautelar y en el correspondiente procedimiento recursal. Pese a la duda que pueda ofrecer la interpretación de este artículo respecto de la intervención del

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

actor civil (Parte Civil) en la audiencia del art. 271° NCPP, su presencia se justifica en la medida que su intervención respete los criterios establecidos por el art. 258º, y tenga lugar luego de iniciado el trámite, en la medida que la norma no le confiere legitimidad procesal para solicitarla. Pero la clave de la participación del actor civil en la audiencia del art. 271° en realidad viene referida por la mención que realiza el art. 258º a la necesidad de que de su participación no se desprenda un *peligro para la finalidad de la medida*. Si se advierte que el actor civil participa en la audiencia alegando razones vinculadas a la vindicta, prevención de la reiteración delictiva o la alarma social, su participación carece de sentido. Debe aportar al debate oral solo los argumentos que permitan sostener que existe un peligro de fuga o de obstaculización que pone en serio riesgo el desarrollo y resultado del proceso penal, que influye a su vez en la eficacia de la ejecución de la reparación civil solicitada o que se pretende solicitar.

vi. En el ámbito de la resolución judicial que adopta la prisión preventiva, la exigencia constitucional de motivación debe ser considerada desde una doble perspectiva: desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva; y, desde el respeto al derecho a la libertad personal. Existe un deber reforzado de motivación que viene impuesto por la incorporación de un derecho fundamental sustantivo, que sólo podrá estimarse salvaguardado si la resolución judicial que lo restringe está debidamente razonada. Si los órganos judiciales no cumplen con el deber de motivación, infringen por esta sola razón, el derecho fundamental a la libertad personal.

vii. La motivación del auto de prisión preventiva (254º y 271°.3 NCPP) condiciona la validez de la proporcionalidad de la medida en el caso concreto, porque solo puede verificarse su existencia cuando una adecuada motivación de las razones que la justifican confirma la presencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

en sentido estricto. No basta que la prisión preventiva se sustente en una causal legal específica, es necesario evaluar la pertinencia de la causa que la motiva y esa evaluación solo puede realizarse luego de la exteriorización de las razones que la justifican por el sujeto que la lleva a cabo. Es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue como fin hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada.

viii. La "especial motivación" a que hace referencia el art. 271°.3 NCPP exige diferenciar motivación y fundamentación. Una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser motivada, puede citar muchas disposiciones pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad concreta que se está apreciando. Viceversa, una resolución puede ser motivada, pero no estar fundada en Derecho, que es lo que ocurre cuando un juez justifica su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos al ordenamiento jurídico. La motivación entonces es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución al caso concreto, no basta una mera exposición, debe existir un razonamiento lógico. Al momento de adoptar la prisión preventiva, es fundamental establecer un razonamiento en virtud del cual se exteriorice cuáles son las razones que llevan al juez a considerar: 1) que existen fundados elementos de la existencia del hecho, y razones suficientes para interpretar que la pena a imponer será mayor a 4 años de pena privativa de libertad; y 2) describir las razones y los elementos de convicción que le conducen a considerar un alto grado de probabilidad de que el imputado eluda la acción de justicia u obstaculice la averiguación de la verdad.

ix. El art. 278 NCPP establece que contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación, que se concede con efecto devolutivo. El plazo es de tres días, y la Sala debe resolverlo en las 48 horas siguientes a la celebración de la audiencia, que debe constar con la presencia del Fiscal Superior y el abogado defensor del imputado. El art. 419 NCPP

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

atribuye a la Sala Superior -compuesta por 3 vocales- competencia para examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del Derecho (se necesita dos votos conformes para absolver el grado). En la medida que se ha sostenido que la prisión preventiva no puede ser adoptada en un proceso por faltas, queda claro que en el proceso común el órgano encargado de absolver el grado es en todos los casos la Sala Penal Superior.

x. Al mencionar que la resolución impugnable es el "auto de prisión preventiva", parece que el art. 278º solo permite el recurso de apelación –por el imputado y su abogado defensor- contra la resolución que admite el requerimiento fiscal (art. 271º.3), interpretación que impediría que el Ministerio Público impugne la resolución que desestime la solicitud para aplicar la prisión preventiva (art. 271.4). Sin embargo, el art. 257º.1 dispone que los autos que desestimen las medidas previstas en esta Sección (entre las que se encuentra la prisión preventiva), sean impugnables por el Ministerio Público y el imputado. Una interpretación sistemática de los artículos 278º y 257º incluye en el concepto de "auto de prisión preventiva" tanto la resolución que acepte el requerimiento fiscal, como aquella que desestime su solicitud, lo que significa que en ambos casos se sigue el procedimiento regulado por el art. 278º.2 NCPP.

xi. El Fiscal Superior adquiere competencia para participar en la audiencia en la que debe resolverse el recurso impugnatorio (art. 278º.2 NCPP). Su postura constituye solo una "opinión" (dictamen) sobre la legalidad del auto de primera instancia, y no es un requerimiento (que corresponde al Fiscal Provincial) que vincule a la Sala Superior, que es el órgano competente para declarar el Derecho y para revisar la legalidad y pertinencia de la medida cautelar dictada en primera instancia. Esto no vulnera el principio acusatorio.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

xii. El art. 279º NCPP prevé la posibilidad de aplicar la prisión preventiva al imputado que goza una situación de comparecencia en un proceso penal, si durante la investigación resultaren "indicios delictivos fundados" de que se encuentra incurso en los supuestos del art. 268º. La expresión "indicios delictivos fundados" es por lo menos oscura, porque si bien es evidente que su valoración es necesaria para la verificación del *fumus boni iuris*, es cierto también que el *periculum in mora* se sustenta en éstos y otros que son fundamentales para la valoración del peligro de fuga y el peligro de obstaculización. No existe ninguna razón para utilizar la expresión "fundados y graves elementos de convicción" en el art. 268º, y la expresión indicios delictivos fundados en el art. 279º. Pareciera existir una diferencia de grado entre la aplicación de la prisión preventiva y la revocatoria del mandato de comparecencia, y tal situación no se justifica.

xiii. En cualquier caso, la regulación de la revocatoria de la medida de comparecencia constituye un despropósito, porque el art. 255º.2 regula en forma expresa la variabilidad de las medidas cautelares personales del proceso penal. Si varían las circunstancias fácticas sobre la base de las cuales se rechazó la aplicación de la prisión preventiva, o aparecen indicios que permiten verificar los presupuestos del art. 268, es perfectamente posible que el Fiscal solicite su imposición en aplicación del procedimiento regulado por el art. 271º. No existe razón alguna para regular un procedimiento específico, sobre todo cuando el art. 271º exige la concurrencia obligatoria del Fiscal, el imputado y su defensor; y en el art. 279º la audiencia se celebra con los asistentes que concurran. Es ilógico que la audiencia instaurada para valorar la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva ofrezca menos garantías que la audiencia regulada por el art. 271º.

xiv. El art. 283º del NCPP establece que el imputado podrá solicitar la *cesación de la prisión preventiva* y su sustitución por una medida de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

comparecencia las veces que lo considere pertinente. La cesación procede cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. La institución de la cesación de la prisión preventiva es uno de los vehículos procesales que dispone el NCPP para hacer valer en el proceso penal la regla *rebus sic stantibus*, en cualquier estado de la causa. Porque solo mediante su aplicación –y los vehículos indispensables para aplicarle- se respeta la naturaleza excepcional y subsidiaria de la medida, y la consagración del principio *in dubio pro libertate*. Por tanto, es necesario que el juez evalúe constantemente la prisión preventiva, incluso de oficio (juez de garantías), de tal manera que desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

xv. Sin embargo, la principal incógnita de esta norma radica en qué es lo que debe entenderse por "nuevos elementos de convicción". Ya hemos mencionado con relación al análisis del art. 268 NCPP, que la frase "elementos de convicción" presenta una serie de imprecisiones. Si en la configuración del *fumus boni iuris* dicha expresión presenta el inconveniente de exigirle al Juez la certeza de que el proceso culminará con una sentencia condenatoria –en una etapa anterior al enjuiciamiento-, no es una expresión menos compleja para evaluar la aplicación del art. 283 NCPP. Por que lo que se discute es siempre una probabilidad. Acá se sostiene que cualquier razonamiento que identifique la futura condena como una circunstancia poco probable, o siquiera, que no es altamente probable, obliga al cese de la medida cautelar. Si no es necesaria la certeza acerca de la responsabilidad penal del imputado para aplicar la prisión preventiva, tampoco pueden exigirse elementos de convicción para justificar su cese o variación.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

xvi. Otro dato controvertido de la redacción del art. 283º lo constituye la posibilidad de que sea el Fiscal el que solicite la cesación de la prisión preventiva. Si bien la norma restringe la solicitud al imputado, ello no significa que el Fiscal no pueda solicitar el cese o variación de la medida. De conformidad con los artículos 61º.1 NCPP y 159º.1 Constitución, el Fiscal se encuentra obligado a ejercer acciones en defensa de la legalidad y no cabe duda que actúa en su protección si solicita la variación o cese de una medida por considerar que ésta es innecesaria en el caso concreto. Una petición que tenga por objeto mejorar la situación personal del imputado es vinculante para el Juez, que deberá decretar la libertad o dictar la medida menos gravosa interesada por el Fiscal. Esto es compatible con la necesaria preservación del principio acusatorio en el procedimiento para adoptar la prisión preventiva.

xvii. Una revisión integral de los conceptos de provisionalidad y temporalidad exige establecer una regla de principio en el análisis de la duración de la prisión preventiva: sus plazos son siempre máximos, nunca obligatorios. Una vez que se aplica al imputado la prisión preventiva mediante una resolución que establece una duración determinada, debe entenderse que vencido ese plazo sin haberse dictado sentencia, debe ser puesto en libertad inmediatamente (art. 273º), pero también puede ordenarse su libertad cuando no habiendo transcurrido el plazo, se descarta su necesidad o justificación durante el transcurso del procedimiento (arts. 255º.2 y 283º NCPP). Cuando el legislador establece un plazo de duración de la prisión preventiva, lo que hace es *reforzar* la protección del derecho a la libertad personal del imputado en aras de la gravedad que comporta esta medida cautelar. La limitación de la duración de la prisión preventiva tiene su fundamento entonces en los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, y constituye un límite objetivo de carácter cuantitativo. Estos principios se desconectan del principio de necesidad (de tutela cautelar), para que prime en este caso, el principio de seguridad jurídica.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

xviii. Los plazos máximos que puede establecer el juez para la duración de la prisión preventiva los desarrolla el art. 272º NCPP, que fija en 9 meses el plazo ordinario, y en 18 el plazo extraordinario aplicable a los procesos complejos. Es un acierto que la nueva regulación no acuda a la gravedad de la pena asignada al delito para determinar el límite temporal, pues así se evita la confusión que algunas veces se aprecia en la concepción de la prisión preventiva como una medida de anticipación de la pena. Para la determinación de la duración (y prolongación) de la prisión preventiva, solo puede tomarse en consideración la dificultad del proceso, y únicamente este dato ha de servir como elemento de análisis. Aunque el NCPP no lo menciona expresamente, la calificación del tiempo de duración de la prisión preventiva corresponde al Fiscal, la misma que debe ser aprobada o rechazada por el Juez en la audiencia regulada por el art. 271º. En principio, puede aplicar un plazo menor al solicitado, pero nunca uno mayor.

xix. El art. 274º.1 establece la posibilidad de prolongar el plazo de prisión preventiva cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad de la investigación, y exista (o permanezca) el peligro de que el imputado pueda sustraerse a la acción de justicia. Pareciera que la mayor cantidad de tiempo que puede permanecer un imputado en situación de privación cautelar de libertad es de 36 meses (18 meses de plazo por ser un proceso complejo, más 18 "de prolongación"); sin embargo, coincidimos con la interpretación que realiza ASENCIO MELLADO en el sentido de que en realidad, esta prolongación procede cuando al inicio del proceso penal no se advierta su complejidad. Sea cual fuere la situación en la que se advierta una prolongación del proceso, el plazo máximo que puede decretarse es siempre de 27 meses. Pudiendo prolongarse en 18 meses para los casos del numeral 1 del art. 272º y en 9 meses en los casos previstos por el numeral 2, es decir, que cualquier

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

proceso en el que haya operado una prolongación podrá durar hasta 27 meses.

xx. El único supuesto en que la prisión preventiva *puede* superar los 27 meses de duración, es cuando el imputado ha sido condenado en primera instancia. El art. 274º.4 establece que la prisión preventiva también puede prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida. Sin embargo, la suma de la prisión preventiva y su prolongación (la mitad de la pena), en ningún caso puede superar la duración de la pena impuesta en la sentencia (art. 411º NCPP). Esta prolongación solo se aplica en los casos de una pena de carácter efectiva, porque que constituye un despropósito mantener en prisión a un imputado que ha sido condenado a una pena suspendida o condicional, o incluso, cuando ha sido absuelto.

xxi. El NCPP regula tres situaciones en las que no se debe computar –a efectos del plazo legal- el tiempo que el imputado haya permanecido en prisión: las dilaciones maliciosas atribuibles al imputado; cuando se declara la nulidad de todo lo actuado en un proceso ordinario; y, cuando se declara la nulidad de lo actuado en un proceso seguido ante la jurisdicción militar y se ordena el conocimiento de los hechos imputados a la jurisdicción penal ordinaria. El juez debe determinar si en el caso concreto existe una intención maliciosa, la misma que debe diferenciarse claramente, del ejercicio del derecho de defensa y de las dilaciones provocadas por la falta de diligencia del imputado o su defensor. La petición de diligencias, por complejas que sean, debe ser valorada como lícita, salvo que existan elementos que permitan calificarlas como impertinentes o inútiles, y por lo tanto, meramente dilatorias.

xxii. Existen otros dos factores determinantes para el cómputo de la prisión preventiva que el NCPP, lamentablemente, no regula de forma específica. El NCPP guarda silencio en relación con el momento en que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

debe considerarse el inicio del cómputo de la prisión preventiva, y el momento en que debe entenderse el término de la misma. A estos criterios se debe acudir a partir de la interpretación de los Convenios Internacionales por la Jurisdicción Internacional, y que son de aplicación obligatoria en nuestro país.

xxiii. Además, hubiera sido deseable que el NCPP incluya en el cómputo del plazo de la duración de la prisión preventiva, el tiempo que el imputado hubiere estado detenido, pero no existe una norma expresa en ese sentido. La única referencia del NCPP la ofrece el art. 490.2, cuando regula el cómputo de la pena privativa de libertad dictada en sentencia condenatoria, e incluye la duración de la detención para efecto del abono en el cumplimiento de la pena. En este sentido es admisible una interpretación extensiva de esta norma para decretar, también, la libertad del imputado por exceso del plazo de duración de prisión preventiva. Incluyendo el tiempo que el imputado permaneció detenido.

xxiv. La introducción del concepto de *plazo razonable* en la duración de la prisión preventiva del NCPP, tiene su origen en la interpretación realizada por la CIDH y la CoADH en relación con el art. 7º.5 de la CADH. Interpretación que a su vez tiene un origen directo en la interpretación que del art. 5º.3 del CEDH ha realizado el TEDH. El NCPP opta por un sistema de limitación temporal de la prisión preventiva mediante la inclusión de plazos máximos de duración (Capítulo II de la Sección III del Título II; arts. 272º a 275º), pero la concreción de un tope legal máximo no equivale a fijar el límite razonable de la prisión preventiva. Lo razonable es el enjuiciamiento concreto de la necesidad de mantener la medida. Lo que quiere decir que el plazo razonable de duración puede ser inferior al plazo máximo legal, siempre que a tal conclusión se arribe luego del análisis de: 1) la complejidad de la causa, 2) la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional y, 3) el comportamiento del imputado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

xxv. La figura del plazo razonable utilizada en normas internacionales no ha de entenderse excluida del ordenamiento jurídico peruano, si se acoge lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; en tal virtud, el derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de derechos humanos, y por tanto, no puede ser desconocido. El plazo razonable de la prisión preventiva está enmarcado en los ámbitos del derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, mientras que el plazo razonable en que una persona ha de ser juzgada lo está en el de la proscripción de las dilaciones indebidas, que es una garantía del debido proceso.

xxvi. El fundamento del abono de la privación cautelar de libertad en el cumplimiento de la condena, radica en que, a pesar de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva (fundamento), ésta ocasiona una privación del derecho a la libertad (efecto), y una honda razón de justicia obliga a que una vez producida la condena se compute el tiempo pasado en prisión cautelar de libertad como tiempo de cumplimiento de la pena. El principio *favor libertatis* exige la inclusión del abono de prisión preventiva en el ordenamiento jurídico, incluso a riesgo de una confusión con la pena privativa de libertad, que si es el caso admitir en un plano teórico (en orden a sus efectos), nunca puede trasladarse al ámbito del *fundamento* de las resoluciones judiciales.

xxvii. El abono propio o estricto es aquel tiempo de prisión preventiva sufrido en el mismo procedimiento en el que luego existe una condena a pena privativa de libertad (efectiva). En ese caso, el tiempo permanecido en prisión se aplica como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta. El abono impropio o amplio tiene lugar cuando habiendo el imputado permanecido un tiempo en prisión preventiva, el procedimiento ha sido sobreseído y archivado, se ha estimado prescrito el

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

delito, se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva. En todos estos supuestos el tiempo de prisión preventiva, *indebidamente* padecido, se aplicaría a otra condena que se esté cumpliendo. La posibilidad de computar en otros procesos diferentes el tiempo anterior de privación cautelar de libertad, es una manifestación y consecuencia de lo que ha de considerarse un principio general del derecho, de común aplicación en las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse, con prioridad, de forma específica, de modo que solo ha de acudirse a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente.

TERCER CAPÍTULO

28. El principio de proporcionalidad obliga a entender a la prisión preventiva como una medida cautelar personal subsidiaria, lo que a su vez obliga a contemplar un conjunto de medidas alternativas que persigan la misma finalidad que la prisión preventiva. Cuando no existen estas alternativas o mecanismos intermedios suficientes entre libertad y prisión, la proclamación del respeto a los derechos del imputados es una declaración vacua y sin referente legal alguno. Por tanto, el estudio de las medidas alternativas es el corolario de lo que se ha pretendido demostrar hasta este punto.

i. Las medidas cautelares son todas alternativas para asegurar el desarrollo y el resultado del proceso penal, independientemente de que entre todas ellas la prisión preventiva sea subsidiaria. Por tanto, el término "alternativas" bien entendido es uno que refuerza la naturaleza subsidiaria de la prisión preventiva, en tanto descarta una aplicación "por defecto" de las demás medidas cautelares del proceso penal.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

29. El NCPP regula un cúmulo de instituciones: comparecencia simple, comparecencia restrictiva – que se compone a su vez de un número mucho mayor de medidas limitativas posibles –, arresto domiciliario, impedimento de salida, internación preventiva, es decir, regula un auténtico catálogo de medidas cautelares personales, colocando condiciones favorables para el respeto a la libertad personal del procesado.

30. La comparecencia es una institución que regula distintas restricciones que pueden ser impuestas al imputado – individual o conjuntamente – para la constatación de los mismos objetivos que se pretenden con la aplicación de la prisión preventiva. A diferencia de ésta, que constituye un *status de sujeción*, la comparecencia constituye un *status obligatorio*, pues mientras que el imputado en prisión preventiva no puede eludir la situación que le ha sido impuesta, el imputado en comparecencia es libre para cumplir las obligaciones impuestas.

i. La comparecencia es por antonomasia la medida alternativa a la prisión preventiva. Cuando se dan los presupuestos necesarios para aplicar una medida cautelar personal, la prisión preventiva es la elección *subsidiaria*, y la comparecencia la medida *prioritaria*, porque sin duda se está ante una medida significativamente menos intensa que cumple los mismos fines.

31. En un análisis errado, la doctrina jurisprudencial peruana señala que la comparecencia procede "en defecto" de los requisitos para aplicar la prisión preventiva, lo que implica a su vez la falta de motivación y proporcionalidad en la aplicación de esta medida. Sin embargo, la comparecencia es una medida prioritaria e incluso más importante que la medida de prisión preventiva, pues optimiza la libertad individual del procesado.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

i. Una aplicación de la comparecencia en defecto de la "comprobación" de los presupuestos de la prisión preventiva es errada además porque al tratarse de un juicio de *prognosis* sobre el comportamiento procesal futuro del imputado, los requisitos de la prisión preventiva no se "comprueban", sino que se *valoran* una serie de circunstancias que permiten calificar de *razonable* el juicio de prognosis y la aplicación de la medida. Si el juicio de valoración respeta la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, si el pronóstico se encuentra justificado en la motivación y si todos los presupuestos se asientan en criterios objetivos y en datos constatados, la medida cautelar personal ha sido correctamente utilizada.

32. El NCPP regula dos tipos de comparecencia: la simple y la restrictiva. La comparecencia simple no constituye en realidad una medida cautelar personal en sentido estricto – pues no es una medida accesoria, provisional, ni instrumental y porque no configura una limitación adicional de un derecho fundamental con fines cautelares –, sino que es una manifestación legal de que en el proceso la libertad constituye la regla. Por su parte, la comparecencia restrictiva sí es una medida cautelar personal del proceso penal e incorpora un cúmulo de posibilidades que pueden ser perfectamente entendidas como medidas cautelares personales independientes.

i. El principio de proporcionalidad (sub-principio de necesidad) exige una doble valoración. Primero exige determinar si la ausencia de una limitación específica puede generar un peligro para el proceso; segundo, debe analizarse si alguna o varias de las restricciones que incluye la comparecencia restrictiva constituyen garantía suficiente para proteger el proceso. En cualquier caso, este análisis está condicionado a que se solicite una medida específica, pues el Juez no puede aplicar una medida cautelar personal más intensa que la solicitada por el fiscal – sí

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

puede en cambio aplicar una medida menos intensa, en tanto "Juez de garantías" –.

33. A diferencia de las medidas personales, la comparecencia simple (art. 286 NCPP) es bajo determinados supuestos, *obligatoria* ("dictará", art. 286.1; "lo hará", art. 286.2; "prescindirá", art. 291.1 NCPP); y además, en contra de lo que dispone el art. 255 NCPP, puede ser aplicada *de oficio*, sin previa solicitud ni audiencia contradictoria. Todo esto abunda en que en realidad, como ya se dijo, no es una medida cautelar personal del proceso penal.

i. Esto se refuerza por el hecho de que los presupuestos de la comparecencia simple, con más precisión, sus *condiciones*, son la inexistencia de *fumus boni iuris* o del *periculum in mora*. Una medida cautelar nunca puede aplicarse en forma obligatoria, su aplicación debe ser el resultado de una evaluación por comparación, la comparecencia simple será obligatoria cuando la sanción prevista sea una de carácter leve, cuando los actos de investigación no justifiquen una medida cautelar personal, o cuando el fiscal no solicite una medida específica.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ii. La limitación u obligación que conlleva la comparecencia simple no es consecuencia de una decisión cautelar ni de valoraciones específicas, sino que forma parte de los deberes que asume cualquier imputado en la sustanciación de una investigación preparatoria, que se mantienen a lo largo del proceso principal y que derivan de la propia constitución del Estado. La comparecencia simple implica la comunicación al imputado de la inexistencia de una medida cautelar personal en su contra, expresándose así un principio fundamental en un Estado de Derecho: la situación del imputado es la libertad plena, que constituye la regla general, mientras que la aplicación de una medida cautelar personal – incluso la menos intensa – es la excepción.

34. El art. 286° NCPP *exige* la aplicación de la comparecencia simple cuando la sanción prevista sea una de carácter leve, sin especificarse (art. 291° NCPP) qué debe entenderse por "*sanción leve*". Si la sanción leve implica aplicar obligatoriamente la comparecencia simple, es porque se entiende que la limitación que se espera dictar en la sentencia es inferior en intensidad a las restricciones que impone la comparecencia restrictiva. Entonces, la mejor referencia para definir el concepto de sanción leve es el art. 68° CP, que establece la posibilidad de eximir la sanción en los casos que el delito esté previsto con pena privativa de libertad no mayor de 2 años, o con pena limitativa de derechos, o multa.

35. Los "*actos de investigación*" que justifican la comparecencia simple – que no alcanzaron a justificar una medida de comparecencia restrictiva – son aquellos que contienen indicios que revelen la *posible* responsabilidad del imputado, exigencia que en cualquier caso es menor a la de la prisión preventiva (que requiere "elementos de convicción" que arrojen una alta probabilidad de sancionar al imputado) y que se encuentra muy cercana a la posibilidad o "suficiencia" exigible para formalizar la investigación preparatoria (en los casos que por ejemplo sólo existen la denuncia y la declaración de la víctima). Esto a partir de un análisis conjunto de los artículos 336°.1 y 338°.4 NCPP.

36. El *periculum in mora* constituye un presupuesto fundamental en la aplicación de cualquier medida cautelar personal del proceso penal, por lo que su ausencia también es una condición de la comparecencia simple. Para determinar la inexistencia de un peligro procesal, deben evaluarse los criterios establecidos en los artículos 269° y 270° NCPP ya analizados. El análisis en sentido negativo de la concurrencia de los presupuestos de la aplicación de las medidas cautelares de naturaleza personal, implica que las condiciones de la comparecencia simple no son concurrentes, por lo que la ausencia de peligro procesal es suficiente

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

para aplicarla (no es necesario que concurra junto a la falta de apariencia de buen derecho, y viceversa).

37. No existe en sentido estricto un procedimiento para aplicar la comparecencia simple, y esto es coherente si se admite que no constituye una medida cautelar personal o limitación específica de derechos fundamentales. En cualquier caso, el art. 286° NCPP menciona que el Juez de la Investigación Preparatorio *dictará* mandato de comparecencia simple si el Fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el art. 266°. Esta obligación resulta vital pues permite evitar una prolongación ilegal del mandato de detención.

i. No procede recurso de apelación del imputado contra la resolución de oficio del juez o contra aquélla que acepta la solicitud del fiscal de declarar la situación de comparecencia simple. El imputado no necesita impugnar la resolución porque ésta no acarrea una limitación adicional de sus derechos fundamentales.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

38. La comparecencia restrictiva sí es una medida cautelar del proceso penal, incorpora limitaciones específicas contenidas en el art. 288° NCPP, y su incumplimiento acarrea la posibilidad de revocar la medida y dictar mandato de prisión preventiva u otra medida alternativa más intensa (art. 287°.3). Se trata de una medida cautelar personal que configura un *status obligatorio* y debe respetar las garantías de presunción de inocencia y la regla de proporcionalidad. Esta medida cautelar persigue los mismos fines que la prisión preventiva: evitar la fuga del imputado e impedir la obstaculización probatoria.

i. La medida de comparecencia restrictiva es una medida alternativa a la prisión preventiva – la alternativa por antonomasia – y en aplicación del sub-principio de necesidad, debe ser utilizada con carácter *prioritario*, cuando sea capaz de cumplir con eficiencia sus mismos objetivos, y claro

está, luego de verificarse los presupuestos exigibles a toda medida cautelar personal del proceso penal: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, los cuales deben verificarse específicamente en atención a su distinta intensidad en relación con la prisión preventiva.

39. Los presupuestos necesarios y concurrentes para aplicar la medida de comparecencia restrictiva son la existencia de una sanción superior a una de carácter leve, la presencia de actos de investigación que la justifiquen y el peligro en la demora. Como vimos, la ausencia de uno de estos presupuestos constituye, en un sentido inverso, la presencia de una de las condiciones de la comparecencia simple.

i. El límite penológico como primer aspecto del *fumus boni iuris* implica la superación de la condición de "sanción leve", es decir, podrá acordarse la comparecencia restrictiva cuando la pena máxima prevista por el tipo penal denunciado supere los dos años de pena privativa de libertad, o cuando el CP acumule como sanción, indistintamente, la inhabilitación o la multa, y la pena privativa de libertad.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ii. El marco de aplicación de la comparecencia restrictiva no queda abarcado por penas que se ubiquen entre los 2 y 4 años. Si se utiliza dicho razonamiento se incurre en el error de entender que es imposible aplicar la medida de comparecencia restrictiva en aquellos casos donde la prognosis de pena (o pena máxima conminada) supere los 4 años de pena privativa de libertad. Lo que constituiría una conclusión tan violenta que incluso puede involucrar un razonamiento que indique que en estos casos, la prisión preventiva es obligatoria.

iii. Es posible y en muchos casos *necesario* aplicar la comparecencia restrictiva a procesos penales en los que la pena conminada supera los 4 años de pena privativa de libertad. También es posible aplicar la comparecencia simple a los procesos penales en los que se investiga un

delito que tiene asignada una pena superior a 2 ó incluso 4 años de pena privativa de libertad (en los casos en los que no existan elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado, peligro procesal alguno, o solicitud fiscal expresa).

40. En segundo lugar, la aplicación de la comparecencia restrictiva exige que los actos de investigación la justifiquen. Esta medida exige que el juez entienda que los medios de prueba que constituyen el soporte de la investigación, por lo menos superen los requisitos mínimos exigibles para la formalización de la investigación preparatoria. Un pronóstico cercano a la sola *posibilidad* obliga a aplicar la comparecencia simple; la *probabilidad* de una sentencia condenatoria, puede justificar la comparecencia restrictiva; y un pronóstico *cercano a la certeza*, la prisión preventiva.

41. Finalmente, la comparecencia restrictiva como toda medida cautelar personal del proceso penal, también requiere de un peligro procesal que permita justificar su imposición. Para verificar la existencia del peligro procesal y su intensidad, se deben acudir a los mismos criterios utilizados para verificar el peligro procesal en la prisión preventiva (art. 269° y 270° NCPP), es la razón por la cual son medidas alternativas: persiguen los mismos objetivos. Luego se deben evaluar prioritariamente la eficiencia de las restricciones previstas por esta medida cautelar.

42. La medida de comparecencia restrictiva involucra la posibilidad de aplicar las siguientes restricciones: la obligación de someterse al cuidado o vigilancia, la obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse ante la autoridad; la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa; el pago de una caución en garantía del cumplimiento de las restricciones impuestas.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

43. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia (art. 288º.1 NCPP) no es una restricción en sentido estricto, sino una medida complementaria que pretende garantizar el cumplimiento de las reglas impuestas por la comparecencia restrictiva. La supervisión de su cumplimiento recae en una tercera persona o una institución determinada, que debe ser designada por el Juez y está obligada a informar periódicamente en los plazos designados. Es una obligación cívica que adquiere una persona no vinculada al proceso, pero que colabora con la Administración de Justicia.

44. Las obligaciones de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse ante la autoridad (art. 288º.2 NCPP) son restricciones del derecho a la circulación o libertad de tránsito (art. 2.11 Constitución peruana).

i. La obligación de no ausentarse de la localidad no debe interpretarse como una detención domiciliaria, pues no supone la *sujeción* al domicilio, sino la obligación de permanecer en un ámbito territorial más amplio que debe ser fijado por el Juez. Tampoco implica la imposibilidad *absoluta* de salir de determinada circunscripción territorial, lo que se impide es la *ausencia* que evidentemente tiene una cariz de permanencia (típico caso del cambio de domicilio o viajes prolongados). Permite al Juez una localización permanente del imputado, tenerlo a disposición judicial y controlar el cumplimiento de las obligaciones procesales, las notificaciones y otras restricciones. Sin duda alguna persigue, como objetivo, neutralizar el peligro de fuga.

ii. La obligación de no concurrir a determinados lugares también constituye una limitación a la libertad de circulación. Es una restricción que debe ser utilizada para evitar el peligro de obstaculización probatoria, para impedir que el imputado se encuentre en disposición de destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar determinadas fuentes de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

prueba. Es útil para evitar que el imputado concurra al lugar en el que se produjeron los hechos para alterar la escena del crimen. Debe durar el tiempo necesario para el aseguramiento de las pruebas en el transcurso de la investigación.

iii. Con la obligación del imputado de presentarse a la autoridad se pretende tener noticias con cierta frecuencia del paradero del procesado que se halla en libertad. Puede ser realizada ante cualquier autoridad, que no necesariamente ha de ser la judicial. En el Perú constituye una "regla no escrita" que el imputado comparezca una vez al mes ante el Tribunal, y el control de la obligación se encuentra casi siempre a cargo del Secretario Judicial. Sin embargo, lo deseable es que sea el órgano judicial quien determine la frecuencia de la presentación del imputado, una menor o mayor periodicidad dependerá de las circunstancias concretas del caso y la finalidad que se persiga con la medida, siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

iv. El legislador no sólo ubica estas tres causales en la misma norma (art. 288º.2 NCPP), además utiliza la disyunción conjuntiva "o", lo que indica que el Juez puede optar solo por una de las restricciones previstas en el numeral 2. Cada una de ellas puede ser acumulada con las restricciones previstas en los demás numerales, pero no pueden ser acumuladas entre sí. Es una técnica legislativa deficiente, pues hubiera sido más claro si cada una de estas restricciones se regulaba por separado, así se entiende claramente que el Juez puede optar por una o varias de las medidas descritas en el art. 288º. No hay ninguna razón para que solo el numeral 2 acumule tres restricciones, cuando esto no ocurre en los demás numerales. Sobre todo cuando no guardan relación entre sí, no era necesario regularlas en el mismo apartado.

45. La prohibición de comunicarse con *personas determinadas*, siempre que no afecte el derecho de defensa es una obligación que también puede

ser aplicada para evitar el peligro de obstaculización, persigue el mismo objetivo que la prisión incomunicada, evitar que el imputado sea capaz de influenciar a los coimputados, testigos o peritos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (art. 270º.3), o evitar que induzca a otros a realizar comportamientos obstruccionistas (art. 270º.4). Es una medida mucho menos intensa que la prisión preventiva incomunicada, y en su caso, de menor eficacia. Porque la primera es un status de sujeción, el más severo. La segunda constituye un status obligatorio que será útil en aquellos casos en los que el riesgo sea mucho menos intenso.

46. El art. 288º.4 establece la posibilidad de imponer una caución económica cuando las posibilidades del imputado lo permitan, e indica que puede ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente. Por su parte el art. 289º.1 menciona que la caución consistirá en una suma de dinero que se fijará en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad. La consideramos una garantía que tiene como fin asegurar el cumplimiento de las restricciones impuestas, similar a la custodia regulada por el art. 288.1 – que el NCPP también califica, equivocadamente, como restricción –. Por tanto, su imposición requiere que se fije por lo menos alguna de las restricciones previstas por la comparecencia restrictiva, que son el objeto a garantizar.

i. La redacción del art. 289.1 acude a la gravedad del daño o la modalidad de comisión del delito para fijar el monto de la caución. Si estos elementos fortalecen la presencia del peligro de fuga u obstaculización, entonces pueden justificar la imposición, cantidad y calidad de la caución. Pero lo cierto es que para eso bastan los elementos que configuran el *fumus boni iuris* en torno a la base fáctica y la posible responsabilidad penal y la pena a imponer. El impacto social, el daño causado y la modalidad de comisión del delito son instituciones que

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

acercan esta figura, que pretende ser una garantía cautelar, hacia el espacio reservado a la prevención general y especial, de competencia exclusiva del Derecho penal, que sólo opera con la sentencia condenatoria.

ii. Es confusa la redacción del art. 289º.4 que habla de "reglas de conducta", lo que genera dudas pues se trata del término utilizado para las restricciones incorporadas por la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena. El art. 289º.4 en realidad hace referencia a las restricciones impuestas por el art. 288º, no a las reglas de conducta que incorporan los arts. 58º y 64º CP, de naturaleza estrictamente punitiva.

47. Los arts. 287º y 288º NCPP no establecen en forma expresa que la comparecencia restrictiva sólo pueda ser dictada por el Juez, luego de la solicitud del Fiscal y la audiencia contradictoria respectiva, que hubiese sido lo pertinente, pero la ausencia de esta mención expresa no justifica en ningún caso su imposición de oficio. La redacción del art. 286º NCPP es confusa, pareciera que sitúa un binomio comparecencia simple-prisión preventiva que no guarda relación alguna con las demás disposiciones que integran la tutela cautelar personal, sobre todo en relación con la comparecencia restrictiva. Lo ideal hubiese sido que la redacción fuese mucho mas completa.

48. El art. 287º.1 NCPP hace mención a la posibilidad de utilizar alternativamente alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan las restricciones a la libertad impuestas (p. ej. pulsera electrónica). Sin embargo, esta norma no cumple con los criterios de "calidad de ley habilitadora" y el "canon de la previsibilidad de la medida", que toda restricción de derechos fundamentales exige; se necesita una regulación mucho más específica, sobre todo cuando se pone en peligro la dignidad del ser humano.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

49. El art. 287°.3 NCPP menciona que si el imputado no cumple con las restricciones impuestas en la resolución que aplica la comparecencia restrictiva, previo requerimiento realizado por el Fiscal o por el Juzgador, se revocará la medida y se dictará mandato de prisión preventiva. El problema que plantea esta norma es que no resuelve qué es lo que ocurre si no se cumplen con los presupuestos para adoptar la prisión preventiva. Por ejemplo, no resuelve qué es lo que ocurre cuando la pena esperada es inferior a 4 años de pena privativa de libertad; todo indica que será imposible aplicar la prisión preventiva. El Juez deberá acudir a otros mecanismos como la ejecución de la caución y el endurecimiento de las restricciones o la aplicación o acumulación de otra medida.

50. El NCPP no establece un plazo de duración para la comparecencia restrictiva, lo que constituye un error del legislador pues se está frente a una medida cautelar personal del proceso penal que limita derechos fundamentales. Incluso es de reconocer que las restricciones que incorpora el art. 288° NCPP regulan distintas formas de aplicar la medida de comparecencia restrictiva y deben acarrear una duración diferenciada.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

51. Otra medida alternativa, que el NCPP ubica sistemáticamente como una modalidad de la comparecencia, la constituye el arresto domiciliario. Consiste en la imposición coactiva de la obligación de permanecer en el propio domicilio con el fin de asegurar la *sujeción* del imputado al proceso penal, pero al mismo tiempo evitando su ingreso en un Centro Penitenciario cuando existan razones de tipo humanitario que se opongan a ello.

i. Si bien el NCPP la ubica sistemáticamente como una modalidad de comparecencia, el arresto domiciliario no constituye nunca una medida de comparecencia. El arresto domiciliario es una privación cautelar de

libertad que configura un *status de sujeción* y no un *status obligatorio*, propio de la comparecencia. El arresto domiciliario acarrea una *privación* de libertad y ocupa el segundo lugar en intensidad dentro de las medidas cautelares personales del proceso penal, lo que es vital para el análisis de la proporcionalidad de la medida.

ii. Se trata de una medida que *sustituye* a la prisión preventiva por razones humanitarias y por tanto siempre es subsidiaria de ésta. Para su aplicación, el NCPP exige verificar en primer lugar los presupuestos de la prisión preventiva (art. 268º), su correcta valoración a través de los criterios expuestos en los arts. 269º y 270º. Sólo una vez valoradas estas circunstancias, y luego de determinar la necesidad de imponer la prisión preventiva al caso concreto, deben evaluarse las "causales humanitarias" reguladas por el art. 290º, para establecer si "pese a corresponder prisión preventiva" es necesario atenuar sus efectos (modelo restringido de arresto domiciliario, apartándose del modelo "mixto" previsto en el CPP 1991). Se está ante una auténtica "prisión atenuada".

iii. Los presupuestos que deben cumplirse para aplicar la detención domiciliaria regulada por el NCPP 2004 son, además de los previstos para la prisión preventiva, que (a) el imputado debe ser mayor de 65 años; (b) adolecer una enfermedad grave o incurable; (c) sufrir grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; o (d) ser una madre gestante. Pero estas condiciones deben ser valoradas en orden al riesgo de fuga u obstaculización de la actividad probatoria al momento de determinar la necesidad de una determinada medida – distintas a la prisión preventiva y al arresto domiciliario – para asegurar el proceso. La condición de madre gestante, ser mayor de 65 años, sufrir una enfermedad grave o incapacidad física permanente; son argumentos que a priori, permiten descartar la aplicación de la prisión preventiva y elegir alguna de las medidas alternativas dispuestas por el NCPP. Estas condiciones también dotan de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

contenido a la obligación que fija el art. 268, que consiste en evaluar las condiciones particulares del imputado para determinar la existencia del riesgo procesal.

iv. Por tanto, la imposición del arresto domiciliario importa un "doble nivel de análisis", que de ser obviado se incurriría en el fatal error de considerar que la detención domiciliaria es "obligatoria" para todas las madres gestantes, enfermos graves o incurables e incapaces físicos; cuando se les siga un proceso penal en el que el *fumus boni iuris* –incluida la prognosis de pena superior a 4 años- se encuentren presente. En realidad el NCPP no establece al arresto domiciliario como medida obligatoria. Si en el caso concreto la detención domiciliaria es una medida incapaz de evitar el peligro para el proceso, entonces la medida pertinente es otra vez la prisión preventiva (art. 290º.2).

v. Respecto a las causales humanitarias específicas, no parece justificarse un límite de edad específico. Desde la perspectiva procesal no existe ninguna diferencia relevante entre una persona que tiene 65 años y 64 años 11 meses, las razones humanitarias justifican ambos casos. Lo ideal hubiese sido que el NCPP disponga expresamente la posibilidad de aplicar la detención domiciliaria al preso preventivo pendiente de sentencia que cumpla los 65 años de edad en el centro penitenciario. Sin embargo, aun cuando el art. 290º no lo especifique, en estos casos el juez puede variar la prisión preventiva por detención domiciliaria al amparo de los arts. 253º.2, 253º.3 y 255º.2 NCPP.

vi. Respecto a la causal enfermedad grave o incurable, a diferencia del ordenamiento español, el peruano incluye una causal más amplia, que no sólo pretende preservar la salud y el derecho a la vida del imputado, sino en general, evitar los efectos que involucra el ingreso en un establecimiento penitenciario a un enfermo, quizá solo preservar la dignidad del imputado-enfermo, o utilizando términos más sencillos,

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

aunque sea solo por "humanidad". De hecho, no existe ninguna razón para descartar la utilización del arresto domiciliario por una prevención vinculada a los demás internos, el caso de las enfermedades graves que involucran además, un grave riesgo de contagio.

vii. Respecto a esta última causal, también hubiera sido deseable que aplicando la lógica de la variabilidad de las medidas cautelares se estipulara la posibilidad de variar la prisión preventiva por detención domiciliaria a un preso preventivo al que se le descubre o adquiere una enfermedad incurable durante el tiempo de reclusión, y siempre que no haya sido condenado a una pena privativa de libertad mediante sentencia firme. En todo caso, sigue siendo esta una posibilidad al amparo de los arts. 253º.2, 253º.3 y 255º.2 NCPP.

viii. La causal humanitaria de incapacidad física permanente pretende restringir el ámbito de aplicación de la detención domiciliaria a aquellas personas para las cuales el ingreso en un centro penitenciario antes de la condena sería insoportable. En un país que carece de infraestructura para minusválidos e incapaces físicos en libertad (hospitales, organismos públicos, centros de entretenimiento, etc.), no es difícil advertir que la situación de las cárceles es mucho peor.

ix. El NCPP podría haber incluido algunos casos que pudieran merecer un tratamiento benigno. Los sordos y mudos por ejemplo, pueden sufrir consecuencias terribles en prisión por su incapacidad para comunicarse (en las prisiones peruanas no poder comunicar, reclamar, pedir auxilio, puede tener consecuencias fatales), pero en estos casos no se puede decir que esa incapacidad física afecte su desplazamiento. Sería interesante, desde una perspectiva de *lege ferenda*, incluir algunos de estos supuestos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

x. Finalmente, acá también se puede acudir a una variación inversa: aplicar la detención domiciliaria si el imputado adquiere la condición de incapaz físico durante el cumplimiento de la prisión preventiva. En todo caso, el Juez deberá comprobar que no se trata de una lesión causada voluntariamente para evadir la prisión, en tanto que ese solo hecho podría constatar una conducta del imputado que demuestra un grave peligro de fuga y una intención manifiesta de eludir la justicia, situación que no podría ser neutralizada a través de la detención domiciliaria.

xi. Respecto a la causal humanitaria de madre gestante, incluye a todas las madres embarazadas, desde el primer día de gestación hasta el momento del parto. Siguiendo el ejemplo del modelo colombiano, hubiera sido saludable que el NCPP amplíe esta causal humanitaria a los primeros meses posteriores al parto. En cualquier caso, el nacimiento de un niño puede constituir un hecho relevante a tener en cuenta para la evaluación del peligro procesal, quedando abierta la posibilidad de recurrir a otras medidas como la comparecencia restrictiva.

xii. Sin embargo, una vez más se debe evaluar si esta situación se ha generado de forma intencional, con el único propósito de evadir la prisión, porque ello arroja importantes conclusiones en el análisis del riesgo de fuga y la intención de la imputada de sustraerse a la acción de la Justicia; y con ello, acarrea importantes efectos en el análisis de la "suficiencia" de la detención domiciliaria en el caso concreto. Sin embargo, ¿Cómo es posible demostrar si es una situación intencional o casual? ¿Cómo "quitarle" ese derecho a una mujer que quiere ser madre, o cuando menos, cómo se puede "sancionar" la decisión de procrear, negando la aplicación de la detención domiciliaria? Y lo que puede ser incluso más grave, la variación de la medida puede fomentar el nacimiento de personas por razones que nada tienen que ver con el deseo de procrear, sino, con el de evitar la prisión.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

xiii. En la detención domiciliaria no existe a priori una obligación de permanecer en el domicilio durante todo el tiempo de duración del arresto domiciliario. Si por un lado el NCPP no admite la posibilidad de que la detención domiciliaria se realice en instituciones sanitarias públicas o privadas, y por otro contempla esta medida como una aplicable a enfermos graves, incapaces físicos y madres gestantes, es evidente que el juez puede y debe establecer la posibilidad de salir del domicilio para que el imputado cumpla con atenciones médicas que sean indispensables para su salud. En suma, la detención domiciliaria no impide un ámbito de flexibilización, el mismo que es imposible de aplicar a la prisión preventiva.

xiv. El arresto domiciliario es dictado por el juez previa solicitud del fiscal, luego de una audiencia con debate contradictorio. Es una medida reformable cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo. Cuando el imputado no cumple con las restricciones impuestas, previo requerimiento hecho por el fiscal o el juez, se revocará la medida y se dictará prisión preventiva.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

xv. Finalmente, el plazo de duración de la detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva (art. 273° al 277° NCPP). Además, existe una identidad entre el abono en el cumplimiento de la pena aplicable como consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, y el abono de la detención domiciliaria. Resulta razonable la previsión del art. 490°.2 NCPP de descontar un día de pena privativa de libertad por uno de detención domiciliaria, porque se trata de imputados a los que el arresto domiciliario no se les impone como medida alternativa (discriminatoria) a la prisión preventiva, sino que es sustituto de ésta.

52. La internación preventiva constituye otra medida alternativa, cuyo objetivo es asegurar el desarrollo y resultado del *proceso penal de peligrosidad* en el que se pretende aplicar la medida de seguridad de

internamiento contemplada en el art. 74º CP, mediante la privación cautelar de libertad del inimputable en un establecimiento psiquiátrico. La internación preventiva no es una medida alternativa de la prisión preventiva en sentido estricto. Son las condiciones del sujeto sobre el que recae la medida y la consecuencia jurídica que se pretende asegurar, los que determinan la elección de una u otra medida. La medida más grave que se puede aplicar a un inimputable es la internación preventiva y ésta solo se dirige a "cautelar" la imposición de una medida seguridad (internamiento) no una pena privativa libertad.

i. Cuando la medida de seguridad que se espera no es una de carácter prolongado, o cuando el peligro procesal que representa el sujeto es de muy baja intensidad, es posible aplicar el impedimento de salida del país o la comparecencia (simple o restrictiva) como auténticas alternativas del internamiento preventivo, en tanto ésta no es una "medida obligatoria", como no lo es ninguna medida cautelar personal del proceso penal.

ii. El art. 293.1 establece que el Juez de la Investigación Preparatoria podrá ordenar la internación preventiva del imputado en un establecimiento psiquiátrico, previa comprobación, por dictamen pericial, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornen peligroso para sí o para terceros. Antes de la enumeración de los presupuestos específicos –*fumus boni iuris* y *periculum in mora*- el NCPP describe un presupuesto subjetivo de carácter general. Sin embargo, si bien es cierto que la internación preventiva solo puede aplicarse a un "sujeto peligroso", la circunstancia preponderante es que éste debe constituir, además, un peligro para el proceso.

iii. En el *fumus boni iuris* de la medida de internamiento preventivo no solo se debe verificar la probabilidad de que el sujeto haya cometido un delito y que su conducta sea peligrosa para el desarrollo y resultado del proceso. También debe demostrarse que es muy posible que cometa

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

delitos en el futuro (art. 293º primer párrafo); y no solo eso, tal como señala el art. 74º CP, que dicho peligro se funde en la probabilidad de cometer delitos considerablemente graves. De lo contrario tampoco será posible aplicar la medida de seguridad y, si no existen posibilidades de aplicar ésta, no corresponde imponer la medida que cautela su ejecución.

iv. En el *periculum in mora* de la internación preventiva el Juez debe acudir a los mismos criterios que se utilizan cuando se aplica la prisión preventiva con la intención de evitar el peligro de fuga: arraigo; gravedad de la pena que se espera; importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él; y, comportamiento del imputado durante el procedimiento o en un procedimiento anterior (art. 269º NCPP). Lo mismo sucede con el peligro de obstaculización, se debe evitar: la destrucción, modificación, ocultación, supresión o falsificación de medios de prueba; la influencia para que coimputados, testigos, peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e inducir a otros a realizar tales comportamientos (art. 270º NCPP). Además, tal como ocurre con la prisión preventiva, basta la presencia de uno de estos peligros para aplicar la internación preventiva (siempre que el peligro sea suficiente y se cumplan los demás presupuestos).

v. La diferencia entre la internación preventiva y la prisión preventiva no se ubica en los criterios ni en las funciones que pretenden ambas medidas, sino en torno a la "firmeza" del pronóstico de peligrosidad procesal del individuo. Llama la atención que para la internación preventiva se establezca como criterio la existencia de una "presunción suficiente" de un peligro procesal. Resulta absurdo que para aplicar la prisión preventiva se requiera que los actos de investigación permitan colegir razonablemente la existencia de un peligro; y que para la internación preventiva sea suficiente una "presunción suficiente". Otra vez pareciera que las funciones terapéuticas justifican una menor rigidez en

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

los presupuestos, o lo que es peor, pareciera que dicha menor rigidez se justifica en una posible medida de seguridad predelictual encubierta. En cualquier caso, no existe ninguna justificación para ese tratamiento diferenciado.

vi. Respecto al procedimiento para aplicarla, el Juez solo la puede aplicar de oficio cuando el imputado se encuentre sometido a prisión preventiva y se entienda que existe un "viraje" en el proceso penal, porque durante su sustanciación se descubre la anomalía psíquica que convierte al proceso en uno de peligrosidad. En este caso específico, si el Fiscal no solicita la variación de la medida –una acorde para la salud mental del imputado- es evidente que el Juez puede declararla de oficio, porque es una medida que considerada globalmente es de menor intensidad que la prisión preventiva, a pesar de constituir una privación cautelar de libertad.

vii. El NCPP no regula en forma expresa la duración de la internación preventiva, una omisión grave si se entiende que se está frente a una medida cautelar personal de una especial intensidad. No existe ninguna razón que permita un trato diferenciado entre la internación preventiva y la prisión preventiva o la propia detención domiciliaria. Medidas privativas de libertad con carácter cautelar que deben ser valoradas, cuando menos, desde una misma perspectiva. Para la internación preventiva se debieron seguir los mismos criterios de duración que la prisión preventiva, o en su caso, criterios más benignos.

viii. Es lo que ocurre con el CP, que en el art. 75 establece que la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. En este sentido, lo lógico hubiera sido que el NCPP disponga que el plazo de duración máximo de la internación preventiva sea de 9 meses, de 18 en casos complejos, y prorrogable a 27 meses

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

cuando la investigación deba prolongarse necesariamente. De hecho esta investigación entiende que esos son los plazos aplicables a la internación preventiva, como también son aplicables los criterios desarrollados en torno a la evaluación del plazo razonable.

ix. Finalmente, el art. 492.1 menciona además que las reglas establecidas en la sección regirán para las medidas de seguridad privativas de libertad en lo que sean pertinentes. Ello involucra que el art. 490.2 es aplicable para el cómputo de las medidas de seguridad, esto es, también existe un abono en el cumplimiento de la medida de seguridad, se debe descontar el tiempo permanecido en internación preventiva para el cómputo del cumplimiento de la medida de seguridad de internación.

x. Finalmente, el art. 294º NCPP regula el "internamiento previo" para observación y examen. Es un internamiento que puede disponer el Juez para que el imputado sea llevado y observado en un hospital psiquiátrico, con el propósito de preparar un dictamen sobre el estado psíquico del imputado. Los presupuestos para adoptar esta medida son: 1) la existencia de elementos de convicción razonables de la comisión de un delito; 2) que guarde relación con la importancia del asunto; y, 3) que corresponda esperar una sanción grave o la medida de seguridad de internamiento. Este internamiento previo tiene una duración máxima de un mes.

xi. Es evidente que esta es una clara limitación de derechos fundamentales, constituye nada menos que una privación de libertad, el internamiento, que no tiene una función cautelar. Es una clara medida pre-cautelar. El Juez en algunos casos debe adoptarla con carácter previo a la decisión de aplicar una internación preventiva. Dota a los peritos de las condiciones necesarias para realizar una evaluación seria que permita establecer si se está frente a un anormal psíquico, y si además, constituye un peligro para sí o para terceros.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

xii. Llama la atención que el NCPP exija que el internamiento previo "guarde relación con la importancia del asunto". Sin duda es una referencia etérea que parece acudir a una concepción preventivo general que debe ser rechazada. Las medidas cautelares no deben ser aplicadas a causas importantes, se debe aplicar en aquellos casos que se considere necesaria para asegurar el proceso penal.

53. Finalmente, el NCPP regula el impedimento de salida del país o de la localidad (o del lugar que se le fije) cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años, resulte indispensable *para la indagación de la verdad*. Esta medida se diferencia de la comparecencia restrictiva (no ausentarse de la localidades que se reside) en que se trata de un *status de sujeción* y no un *status obligatorio.* El imputado sometido a comparecencia restrictiva, solo depende de su voluntad para incumplir el deber impuesto en la resolución cautelar, mientras que en el impedimento de salida el imputado no puede, libremente, incumplir el mandato, debe burlar ciertos controles migratorios apostados en los aeropuertos y puestos fronterizos terrestres, que constituyen impedimentos, coerciones. El impedimento de salida se encuentra más cerca de la estructura de la detención domiciliaria bajo custodia y la prisión preventiva, que de la estructura de la comparecencia restrictiva. En una actuación escalonada, sólo se impondrá el impedimento de salida cuando resulte insuficiente la medida alternativa de obligación de no ausentarse de la localidad de residencia.

i. La referencia a la necesaria protección de la "indagación de la verdad" confirmaría esta figura como un acto de restricción de derechos dirigido a preservar la actuación de un medio de prueba. Otro dato fundamental es, sin duda, que la medida también pueda ser aplicada a un *testigo importante*. La limitación de la libertad de tránsito de un testigo

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

no constituye una medida cautelar personal del proceso penal porque no se asegura el desarrollo y resultado del proceso vía una neutralización de conductas que, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, deben partir necesariamente del *imputado*. Se restringen determinados derechos fundamentales con el objeto de asegurar un acto de investigación.

ii. Por lo tanto, siguiendo la tesis del Profesor Asencio Mellado, y siempre sobre la base de la redacción que utiliza el art. 295º, el impedimento de salida –tanto del imputado como del testigo- es una medida que debió ser incluida en el Título III de la Sección II (La Prueba), que regula la restricción de derechos fundamentales con fines probatorios. Y esto se desprende claramente de la construcción del art. 202º NCPP, que establece que cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines del esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. El "esclarecimiento del proceso" y "la indagación de la verdad", son frases equivalentes.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

iii. Sin embargo, tal como se encuentra regulado el impedimento de salida en el NCPP, presenta una estructura curiosa. Se crea un auténtico híbrido, porque no se pretende asegurar la fuente de prueba evitando una conducta obstruccionista, se protege la actuación probatoria mediante una medida que persigue asegurar la presencia del imputado, su disponibilidad, para la actuación de la diligencia. Esto plantea la incógnita de si en el Perú, el impedimento de salida ha sido pensado como un instrumento estrictamente dirigido a asegurar un acto de investigación o, como una medida cautelar personal del proceso penal que pretende evitar la fuga del imputado.

iv. Debe quedar claro que el art. 295º NCPP regula, o en realidad intenta regular, dos figuras claramente diferenciadas: una medida de

aseguramiento del imputado, dirigida a que permanezca disponible para el proceso; y, una medida coercitiva tendiente a garantizar la indagación de la verdad, asegurando un concreto acto de investigación que además, se juzga "importante" (testigo importante). Es imprescindible un desarrollo diferenciado, para evitar confusiones.

v. De *lege lata*, si se pretende utilizar el impedimento de salida como una auténtica medida cautelar personal del proceso penal, es necesario realizar algunas variaciones a la redacción del art. 295. Primero, reconducir la medida de impedimento de salida contra el testigo a la sección de restricción de derechos fundamentales vinculada a la Prueba. Segundo, regular el impedimento de salida del imputado en la sección III, y establecer en forma específica, que su función es evitar el peligro de fuga. Está sería una decisión acertada, en tanto es evidente que si un imputado abandona el país, la localidad donde reside o la zona territorial fijada por el Juez, se sustrae a la acción de la justicia e, independientemente de los efectos que esa conducta pueda tener en función de un acto procesal específico, el efecto preponderante es que se frustra la realización y resultado de un proceso penal que no puede ocurrir en su ausencia. Sin embargo, mientras no se modifique la institución de impedimento de salida, es preferible seguir la tesis del Prof. Asencio Mellado, en tanto su redacción, por el momento solo permite reconducirla a una medida coercitiva tendente a garantizar la averiguación de la verdad. Lo que tiene importantes efectos prácticos, como es el hecho de que una vez actuado el medio de prueba que se pretende asegurar, la medida debe ser levantada inmediatamente.

vi. Respecto al *fumus boni iuris,* resulta interesante que el NCPP sitúe el límite penológico en tres años, en tanto es una de las razones que permiten arribar a la conclusión de que el impedimento de salida del país y la comparecencia restrictiva, han sido plasmadas como medidas alternativas a la pena privativa de libertad, destinadas a neutralizar

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

distintos peligros. El NCPP entiende que el impedimento de salida es una medida más intensa que la comparecencia, y por lo tanto, desde una perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, la reserva para delitos de mayor gravedad. No es posible aplicar el impedimento de salida para delitos cuya sanción principal sea una pena no privativa de libertad, una prestación de servicios a la comunidad, una inhabilitación, o multa; en la medida que el legislador entiende que es una medida demasiado intensa para cautelar una consecuencia jurídica tan leve.

vii. Un impedimento de salida que se configure como una auténtica medida cautelar personal del proceso penal sí debe cumplir los mismos objetivos que la prisión preventiva, y en esa línea, deben utilizarse los mismos criterios utilizados en aquélla para evaluar la existencia de un peligro de fuga (art. 269° NCPP). La diferencia para acudir a una u otra medida se encuentra en una evaluación de la "medida necesaria" en función de la gravedad del peligro y la intensidad de la intervención. Es el caso, por ejemplo, de las facilidades que dispone el imputado para abandonar el país (art. 269°.1). Siempre que se cumplan los demás presupuestos, es razonable aplicar un impedimento de salida a una persona que tiene recursos económicos, pasaporte vigente, contactos en el exterior; etc. No ocurre lo mismo con una persona que no tiene esos medios, en este caso resulta más lógico aplicar la restricción del art. 288°.2.

viii. El NCPP establece que el impedimento de salida sólo podrá aplicarse previa solicitud de parte y audiencia contradictoria previas. El requerimiento –fiscal- debe estar fundamentado, lo que implica que se debe justificar por qué la "orden de impedimento de salida" es necesaria en el caso concreto y, cuál es la función que está llamada a cumplir en el proceso. También es necesario justificar por qué es imposible cumplir con el mismo objetivo a través de una medida menos intensa.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ix. El art. 296°.2 NCPPP establece que el impedimento de salida del imputado tiene una duración máxima de 4 meses. Un dato importante es que el art. 295°.2 establece que el Fiscal, en su requerimiento, debe indicar la duración de la medida. Lo que de conformidad con el art. 296°.1, debe ser incluido por el Juez en la resolución cautelar. Esto significa que el Juez aprueba o desaprueba, también, la solicitud vinculada al tiempo de duración de la medida. Siendo lógico que pueda interponer una duración menor a la solicitada, pero nunca una mayor. Esto quiere decir que el impedimento de salida no puede durar, siempre, el plazo máximo de duración. Ello solo es posible si el Fiscal lo solicita y, si el órgano jurisdiccional lo aprueba. Se debe cumplir con el plazo máximo fijado en la resolución cautelar –que a su vez, tiene un límite máximo fijado por la norma- pero no se debe cumplir, al menos no siempre, con el plazo máximo fijado por la norma.

x. Es posible aplicar una prolongación de 4 meses adicionales, pero de conformidad con el art. 274°.2 no se está frente a una prolongación automática. Ello solo es posible cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación (circunstancias sobrevenidas que no pudieron ser advertidas al momento de la resolución cautelar primigenia) y siempre que permanezca –se mantenga- el peligro de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. La prolongación de la duración también exige una audiencia contradictoria previa y es fundamental que el Fiscal la solicite antes del vencimiento del plazo ordinario (no se puede prolongar una restricción ilegal de la libertad de tránsito). Contra la misma procede recurso de apelación (274°.3 NCPP).

xi. Finalmente, en el impedimento de salida impuesto a los testigos importantes la duración tiene un límite máximo de 30 días (improrrogable) y en cualquier caso, deberá levantarse la medida luego de realizada la declaración o actuación procesal que la determinó. Es otro ejemplo de

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que, la voluntad del legislador, es regular en una misma norma, una medida cautelar personal alternativa –cuando el impedimento se dirige contra el imputado- y una restricción de derechos fundamentales para asegurar una actuación probatoria –cuando se dirige contra el testigo-; de lo contrario, en el primer caso el impedimento también debería ser levantado inmediatamente después de la actuación del acto procesal que pretende asegurar. Sin embargo, todo indica que, mientras no se realicen las modificaciones que conviertan al impedimento de salida del imputado en una auténtica medida cautelar personal alternativa, la medida también debe ser levantada una vez practicado el medio de prueba que se pretendió asegurar con su imposición.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA

AA VV, *Justicia penal en Centroamérica y Caribe,* Poder Judicial Número Especial, CGPJ, Madrid, 1989.

- *Seminario sobre Detención y Prisión Provisional,* Xunta de Galicia - CGPJ, Santiago, 1995.
- *Detención y prisión provisional* (DIR. Andrés Ibáñez, P.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.
- *Prisión Provisional, Detención preventiva y Derechos fundamentales* (coord. Barbero Santos, M.), Universidad de Castilla de la Mancha, Cuenca, 1997.
- *Régimen jurídico de la prisión provisional,* (coord. Dorrego de Carlos, A), Ed. Sepín, Madrid, 2004.
- *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales,* (coords. Cubas Villanueva, V., Doig Díaz, Y., Quispe Farfán, F.), Palestra, Lima, 2005.
- *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva,* Comares, Granada, 1996.
- *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia,* (Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan, Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. IV, Reus, Madrid, 1924.

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., y QUERALT JIMÉNEZ, A., "La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la ley de 10 de setiembre de 1931", *La Ley,* Nº 6174, 24 de enero de 2005.

ANADÓN JIMÉNEZ, M.A., "La insuficiencia de la norma legal habilitante para acordar la prohibición de abandonar el territorio nacional y la retirada de pasaporte, *La Ley,* Nº 5658, 2002.

ANDRÉS IBAÑEZ, P., "Presunción de inocencia y prisión sin condena", en AAVV, *Detención y prisión provisional,* CGPJ, Madrid, 1996.

- "El Juez y la Prisión provisional", *Detención preventiva y derechos fundamentales,* Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997.
- *Justicia penal, derechos y garantías,* Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2007.

ARAGONESES ALONSO, P., *Instituciones de Derecho Procesal,* Madrid, 1981.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ARAGONESES MARTÍNEZ S., *Derecho Procesal Penal*, 6º ed., Ramón Areces, Madrid, 2003.

ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal español,* J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1991.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal,* Marcial Pons - Ediciones jurídicas y sociales, Madrid - Barcelona, 2003.

ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional,* Civitas, Madrid, 1987.

- "Los presupuestos de la prisión preventiva", *Seminario sobre Detención y Prisión preventiva,* Xunta de Galicia, 1995.
- "Hacia la reforma de la prisión provisional", Justicia, 1998-1.
- *Derecho Procesal Penal,* 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- "Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma de la prisión provisional", www.iustel.com, *RGDPR*, Nº1, junio 2003.
- "La libertad de movimientos como derecho fundamental", *Derechos Procesales Fundamentales, Manuales de formación continuada,* Nº 22, CGPJ, 2004.
- Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad", *La Ley,* Nº 6211, 16 de marzo, 2005.
- "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú", *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.

BACIGALUPO, E., *Justicia penal y derechos fundamentales,* Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 139.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (ET AL.), *Derecho Constitucional,* Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español,* Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

BARALLAT LÓPEZ, J., "Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional", *Régimen jurídico de la prisión provisional (coord. Alberto Dorrego de Carlos),* Sepín, Madrid, 2004.

BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas,* Bosch, Barcelona, 1988.

- *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con J. Montero Aroca, J.L Gómez Colomer, A. Montón Redondo), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- "¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?", *Revista del Poder Judicial*, Nº XIX, 2006.

BARRERA HERNÁNDEZ, N., "La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras", *La Ley,* Nº 6325, 2005.

BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Madrid, 1982.

BELLIDO PENADÉS, R., "Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertad provisionales", *Actualidad Penal*, 1998.

- "La duración de la prisión provisional (y II): problemas de cómputo e incidencia del Código penal de 1995"*, Tribunales de Justicia*, Nº 7, Julio, 1998.

BINDER, A., *Introducción al Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1999.

BONET NAVARRO, A., "Posibilidad, probabilidad y certeza en el proceso penal", *Estudios sobre la jurisdicción y su actividad,* Fernando el Católico, Zaragoza, 1981.

BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales,* Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nº 25, Bogotá, 2003.

BURGOS MARIÑOS, V., "Principios rectores del Nuevo Código procesal penal"", *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.

CÁCERES JULCA, R., *Las Medidas de Coerción Procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial,* IDEMSA, Lima, 2006.

CAFFERATA NORES, J., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

CALAMANDREI, P., *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares,* ARA Editores, Lima, 2005.

CAMPOS SÁNCHEZ, M., *La reforma de la prisión preventiva,* (Selección de Jurisprudencia), Murcia, 1996.

CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal,* Buenos Aires, 1959.

- *Principios del Proceso Penal* (trad. Santiago Sentís Melendo), *Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1971.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

- *Derecho Procesal Civil y Penal II. Principios del Proceso Penal* (trad. Santiago Sentís Melendo), Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1971.
- *Lecciones sobre el proceso penal,* Vol. I y II *(trad. sentís Melendo),* Ediciones jurídicas Europa – América, Buenos aires, 1950.

CARO CORIA, C., "El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena".

CARRANZA LUCERO, E., "Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa", *Ciencias Penales, Nº 16, Mayo 1999, Año 11*.

CARRARA, F., "Inmoralidad de la prisión provisional" (trad. Manuel Quintanar), *Cuadernos de Política Criminal,* Nº 67, 1999, pp. 7- 10.

CASTILLO ALVA, J.L., "El cómputo del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena privativa de libertad", *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Nº 140, 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, L. "Criterios de interpretación para evaluar la constitucionalidad del mandato de detención*", Revista Actualidad Jurídica,* N °137, Gaceta Jurídica, 2007.

CESANO, J.D., "Cesación de la prisión preventiva", *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales,* Palestra, Lima, 2005.

CONDE PUMPIDO FERRERO, C. (ET AL.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Vol. III,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CUENCA MIRANDA, A., "La prisión provisional en el Derecho Comparado y en el TEDH", *Régimen jurídico de la prisión provisional,* Sepín, Madrid, 2004.

CHIAVARIO, M., *Commento al nuovo Codice di Procedura penale*. Vol. III. Torino, 1990

DAMIÁN MORENO, J., "La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal", *Régimen Jurídico de la Prisión preventiva* (coord. Alberto Dorrego de Carlos), Ed. Sepín, 2004, p. 91 – 111.

DE ARAUJO JUNIOR, J.M., "Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los Derechos del Hombre en Brasil", *RIDP*, Francia, 1993.

DE HOYOS SANCHO, M., *La Detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (ET AL.), *Derecho Procesal Penal,* 6ª ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2003.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Procesos y medidas cautelares en los procedimientos civiles, penales, mercantiles, laborales, administrativos, económicos-administrativos y contenciosos-administrativos,* Editorial Comares, Granada, 1999.

DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?", *La Ley,* Nº 6148, 2004, pp. 1595-1608.

DE LUCA, G., "Custodia preventiva", *Enciclopedia del Diritto* XI, Varese, 1962.

DEL OLMO DEL OLMO, J.A., "La determinación del plazo razonable de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción en España", *La Ley,* núm. 4, 1996.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., "Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos", *La Ley,* Nº 5931, 2004, pp. 1601-1607.

DIEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales,* Thomson - Civitas, Madrid, 2003.

FAIRÉN GUILLÉN, V., "La detención antes del juicio", *RDPrIb, núm. 4, 1972, pp. 755 - 769.*

- *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional III, La Reforma Penal (1988-1992),* Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.

FARALDO CABANA, P., La Prisión provisional en España, Alemania e Italia. Un Estudio de Derecho comparado.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Detención y prisión preventiva", *Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos,* Hacer, Barcelona, 1986, p. 79.

- "El sentido de la prisión preventiva y la ley orgánica 10/1984, de 26 de diciembre", *La Ley,* 18 de octubre de 1985.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª Ed., Trotta, Madrid, 2004.

FOSCHINI, *Sistema del Diritto processuale penale,* I, Milano, 1965.

FREIXES SANJUÁN, T., *El derecho a la libertad personal,* Ed. PPU, Barcelona, 1993.

GARCÍA CUADRADO, A.M., *Sistema Constitucional de derechos y libertades, 2ª ed., Ed. Club Universitario, Alicante, 1999.*

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

GARCÍA GARCÍA - SOTOCA, J., "Breve reflexión en torno a la función que la prisión provisional está llamada a desempeñar en el proceso penal al hilo de la STC 47/2000, de 17 de febrero", *Tribunales de Justicia,* núm. 12, Dic. 2002, pp.21-31.

GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad),* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución, 3ª ed. ampliada,* Ed. Civitas, Madrid, 2001.

GIALDINO. R. "La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos", *Red de Información Jurídica,* www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm.

GIMENO SENDRA, V., *El proceso de habeas corpus,* Tecnos, Madrid, 1985.

- "Prólogo" a la obra de Asencio Mellado, J.M., *La prisión provisional,* Civitas, Madrid, 1987.
- "La prisión provisional y derecho a la libertad", *La Ley,* núm. 4187, 1996.
- "La prisión provisional y derecho a la libertad", *Prisión provisional, Detención preventiva y Derechos fundamentales* (coord. Marino Barbero Santos), Universidad de Castilla de la Mancha, Cuenca, 1997.
- *Los procesos penales* (con Conde – Pumpido Tourón, y J. Garberí Llobregat), T. IV, Bosch, Barcelona, 2000.
- *Derecho Procesal Penal,* Colex, Madrid, 2004.
- "La prisión provisional y sus medidas alternativas", *Las reformas procesales,* Estudios de Derecho Judicial, Nº 58, CGPJ, Madrid, 2005.

GOLDSCHIMDT., *Principios Generales del Proceso,* Buenos Aires, 1961.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *El proceso penal. Tratamiento Jurisprudencial, 7ª* ed., Forum, Barcelona, 2004.

GÓMEZ OBRANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Bosch, Barcelona, 1947.

GONZÁLEZ - CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Ed. Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ PASTOR, C-P., "La nueva regulación de la prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal", *La Ley,* Nº 5849, 2003.

GUARRINIELLO, "La discrecionalità del giudice in tema di mandato de cattura e di libertà provvisoria", *Riv. Dir. Proc.,* 1966.

Universidad de Alicante

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal de hoy,* Ad – Hoc, Buenos Aires, 1998.

HERRERO HERRERO, C., *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación,* Ministerio de Justicia e Interior Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.

IBÁÑEZ GARCÍA - VELASCO, M., *Curso de Derecho procesal penal,* Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1969.

JORGE BARREIRO, A., "La prisión preventiva en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Detención y prisión preventiva,* Cuadernos de Derecho Judicial Nº XVIII, CGPJ, 1996, p. 67.

LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de la prisión provisional", *La Ley,* núm. 5926, 5 de enero de 2004.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, M., *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999.

LEAL MEDINA, J., "La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad", *La Ley,* núm. 5409, pp. 1303-1310.

LERMAN, M.D., "Embargos, inhabilitaciones y prohibiciones de ausentarse o concurrir a determinados lugares durante el proceso", *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

LEONE, G., *Tratado de Derecho Procesal Penal II,* E.J.E.A, Buenos Aires, 1963.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de Derecho procesal penal,* Akal/Iure, Madrid, 1999.

- *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

LÓPEZ ORTEGA, J. "La detención del indocumentado", *Poder Judicial*, Nº 26, 1992, p.155.

LLOBET RODRÍGUEZ, J., "La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)", *Revista de Derecho Procesal,* Nº, 1995, pp. 547-571.

- *La prisión preventiva (límites constitucionales),* UCI, San José de Costa Rica, 1997.

MACÍA GÓMEZ, R. Y ROIG ALTOZANO, M., "El nuevo sistema de adopción de la medida cautelar de prisión provisional", *Actualidad penal*, núm. 5, 29 de enero – 4 de febrero de 1996.

MAIER, J., *Derecho procesal penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MÁLAGA DIÉGUEZ, F., "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", Justicia, 2002, núms. 1 y 2, pp. 111-262.

MANZINI, V., *Trattato di Diritto processuale penale italiano,* III, Torino, 1970.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Libertades Públicas Vol. I y II,* Fundación Universitaria San Pablo C.E.U, Valencia, 1993.

MEINI MÉNDEZ, I. "La detención domiciliaria y su abono para el cómputo de la pena privativa de libertad", Informativo Justicia Viva, Nº 18, ene – feb 2005.

MENDO ESTRELLA, A., "La reforma y la "contrareforma" de la prisión provisional", *La Ley,* Nº 5998, 2004, pp. 1838 - 1843.

MILANS DEL BOSCH, S. Y J. DE URRÍES., "Aspectos sustantivos de la prisión preventiva (Especial referencia a su abono a la condena posterior)", *La Ley, 1996-3*.

MONROY PALACIOS, **J.J.,** *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Comunidad, Lima, 2002.

MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch – alternativa, Valencia, 1999.

- *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con J.L Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar), *Tirant lo Blanch, Valencia, 2004*.

MONTÓN GARCÍA, M., "Los actuales presupuestos fácticos de la prisión provisional", *La Ley,* Nº 5972, 2004.

MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal* (con J. Montero Aroca, J.L Gómez Colomer y S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, 13ª ed., Valencia, 2004.

MORENO CATENA, V. "En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980", *RDP (iberoamericana y filipina*), Nº 4, 1981.

- *El Proceso Penal*, Vol. II (con A. Coquillat Vicente, A. Juanes Peces, A. de Diego diez, y E. de Llera Suárez Bárcena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Derecho procesal penal* (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SANGUINÉ, O., *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales,* Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

ORÉ GUARDIA, A., "Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano", *Justicia Constitucional,* Año II, Nº 3, enero – junio, Lima, 2006.

ORTEGO PÉREZ, F., "Instrucción Judicial y Garantías (Sobre el incorrecto entendimiento del principio acusatorio), *La Ley,* Nº 5514, 2002.

ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", *RGLJ,* núm. 244, 1978, pp. 439-489.

- *Las medidas cautelares,* Ed. La Ley, Madrid, 2000.

PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal. T.I, Principios del proceso penal,* Colex, Madrid, 2000.

PÉREZ - CRUZ MARTÍN, A., *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y la reforma de la prisión preventiva,* Ed. Comares, Granada, 1996.

PEREZ GORDO, A., "Libertad provisional y prisión provisional en la Constitución, en la LECr y en los textos legales y jurisprudenciales", *Revista Jurídica,* núm. 1, 1984.

PICATOSTE BOBILLO, J., "La prisión provisional en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Seminario sobre Detención y Prisión Provisional,* Xunta de Galicia - CGPJ, Santiago, 1995.

PICO I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso,* J.M Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PISAPIA, G. D., *Compendio di procedura penale,* Padova, 1982

PRIETO – CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal,* Madrid, 1982.

PRIORI POSADA, G., *La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental*, ARA Editores, Lima, 2006.

- "La tutela cautelar y el problema del tiempo y el proceso", *JUS Doctrina y Práctica, Nº 4*, Lima, abril, 2007.

PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso,* Marcial Pons, Madrid, 2008.

Universidad de Alicante

PUYOL MONTERO, F.J., *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional sobre el Proceso Penal*, Ed. Comares, Granada, 1995.

QUISPE FARFÁN, F. "¿El que canta su mal espanta? El derecho a la no autoincriminación en el proceso penal peruano", *Revista Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Nº 141, agosto 2005.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *En busca de la prisión preventiva,* Jurista Editores, Lima, 2006.

REYES ALVARADO, V.R., "Las medidas de coerción procesal personal en el nuevo Código Procesal Penal del 2004", *Revista Actualidad Jurídica,* Nº 163, Gaceta Jurídica, 2007.

REYNA ALFARO, L.M., *El proceso penal aplicado,* Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

ROBLES BRICEÑO, M. "El principio de proporcionalidad como garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal", *Actualidad Jurídica*, Nº 165, Grijley, Lima, agosto - 2007

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La Prisión Preventiva y los Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos,* Nº 2, Madrid, marzo, 1983.

- "La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?", *La Ley,* 1984, pp. 1056-1058.
- *La Detención, Akal/iure, Madrid, 1987*.

ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal (traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor),* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

RUIZ - JARABO COLOMER, D., "La prisión preventiva en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo", *RDJud*, Nº 10, p. 153.

SALINAS SICCHA, R., "La prisión preventiva y la primera casación en el nuevo modelo procesal penal", *JUS Jurisprudencia,* Nº 6, Noviembre, Grijley, Lima, 2007.

SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal,* vols. I y II, Grijley, Lima, 2003.

- "Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal", *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.
- "Las reformas del ordenamiento procesal penal en el año 2006", *JUS Doctrina y Práctica,* Nº 1, Grijley, Lima, enero 2007.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades,* 2ª ed. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1995.

SÁNCHEZ MELGAR, J., "Límites temporales de la prisión provisional ", *Régimen Jurídico de la prisión provisional,* Sepín, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ VELARDE, P., *Comentarios al Código Procesal Penal.,* Idemsa, Lima, 2004, pp. 225-226.

SANGUINÉ, O., *Prisión Provisional y Derechos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SANTOS REQUENA, A.A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal,* Ed. Comares, Granada, 2001.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., "La reforma de la prisión preventiva", *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Comares, Granada, 1996.

TALAVERA ELGUERA, P., *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004.

VASALLI, G., "Observazioni sulla custodia preventiva", *Scritti giuridici in onore de Vicenzo Manzini*, Padova, 1954.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante